

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXV
FASCICULO II



ABRIL - JUNIO
MCMLXXII

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 D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

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

JAIME 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 PEÑA BERNALDO DE QUIROS
Letrado de la Dirección General de Registros
y del Notariado

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

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

Secretario:

JUAN HERNANDEZ-CANUT ESCRIBA
Profesor A. de D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

SUMARIO

Páginas

Estudios monográficos

ENRIQUE DE LA TORRE MARTÍNEZ y JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA: <i>Apuntes críticos al Derecho español de la concentración de empresas</i>	395
JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ: <i>Las obligaciones facultativas en el Derecho español</i>	475
JOSÉ MANUEL LETE DEL RÍO: <i>La habilitación de edad</i>	539
RAFAEL ALVAREZ VIGARAY: <i>El domicilio</i>	549

Vida Jurídica

Notas Críticas

Hacia un nuevo Derecho mercantil. Escritos, lecciones y conferencias, por Francisco Lucas Fernández 575

Bibliografía

Libros 586

CRISTOBAL-MONTES, Angel: *La donación con reserva de disponer*, por José Bonet Correa; SOTO NIETO, Francisco: *Derecho vivo (Jurisprudencia comentada)*, por José María Reyes Monterreal; VAZQUEZ RICHART, José: *Situación y porvenir legal de los hijos ilegítimos y adoptados*, por José Bonet Correa; YANGUAS MESSIA, José: *Derecho internacional privado. Parte general*, por Juan Antonio Carrillo Salcedo.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por José María Chico Ortiz 595

Jurisprudencia

I. Sentencias comentadas:

El contrato de arrendamiento de industria con cláusula de elevación de la renta, por José Bonet Correa 627

II. Sentencias 638

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 XXV
FASCICULO II



ABRIL - JUNIO
MCMLXXII

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 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

Artes Gráficas y Ediciones, S. A.—Rodríguez San Pedro, 40.—Madrid-15

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

Apuntes críticos al Derecho español de la concentración de empresas

ENRIQUE DE LA TORRE MARTINEZ
de la Dirección de Estudios del
Instituto Nacional de Industria

JOSE LUIS VILLAR EZCURRA
Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

SUMARIO: I. Introducción: la heteromorfía de los grupos normativos confluyentes en la concentración de empresas.—II. El Derecho español de la concentración de unidades económicas: 1. Relaciones de facto. 2. Relaciones contractuales entre empresas. 2.1. Centros de imputación con personalidad jurídica y forma societaria: La Sociedad de empresas. 2.2. Centros de imputación con personalidad jurídica y sin forma societaria. 2.2.1. Agrupación temporal de empresas. 2.2.2. Agrupaciones para la exportación. 2.3. Centros de imputación sin personalidad jurídica y carentes de forma societaria: asociaciones sin personalidad jurídica. 2.4. La subcontratación como forma de integración de unidades económicas. 2.4.1. La subcontratación en la legislación española de uniones de empresas. 2.4.2. Las cuasi-integraciones económicas y las bolsas de subcontratación en España. 2.5. Formas contractuales de dominación del mercado: fórmulas prohibidas por el Derecho español. 2.5.1. Acuerdos de reparto de mercado: Cartel. 2.5.2. Acuerdos de acaparamiento del suministro: la subcontratación prohibida. 2.5.3. Acuerdos de regulación unitaria de precios. 2.5.4. Acuerdos abusivos basados en una posición de monopolio de derecho en el mercado. 2.5.5. Acuerdos de uniformidad en las variaciones de precios. 2.5.6. La competencia aparente. 2.5.7. Acuerdo de reparto de mercados específicos en las macro-unidades económicas. 2.6. Arrendamiento de empresas. 3. Relaciones reales con otras empresas. 3.1. Participación en los créditos, en forma de obligaciones emitidas por una sociedad. 3.2. Participación en el capital de las sociedades. 3.2.1. Participación simple o directa. 3.2.2. Participación compleja o indirecta. 3.2.3. Participaciones recíprocas. 3.2.4. Las Sociedades de inversión como institucionalización de la participación en el capital de las sociedades. 3.2.5. Las "One Hand Companies" como medio de dominación en el mercado. 3.3. Recapitulación acerca de las relaciones reales de dominación y control. 3.4. Compra de empresa o negocio. 3.5. Usufructo de empresa. 3.6. Prenda de empresa. 4. Relaciones de integración patrimonial.—III. El fenómeno de la desconcentración aparente con fines de dominación de mercado: 1. Concepto. 2. Efectos. 3. El Derecho español ante la desconcentración de empresas.—IV. El Orden Público económico y la

desconcentración industrial: La Empresa Pública antimonopolística: 1. La Empresa Pública antimonopolística en la legislación del Plan de Desarrollo. 2. El Instituto Nacional de Industria y la Empresa Pública antimonopolística.

I. INTRODUCCION: LA HETEROMORFIA DE LOS GRUPOS NORMATIVOS CONFLUYENTES EN LA CONCENTRACION DE EMPRESAS

Pocas ocasiones, como las que ofrece el tema del presente trabajo, podrían aprovecharse para enjuiciar el Derecho económico español y el entorno pluridimensional en que se desarrolla. Es bien sabido que, actualmente, cualquier intento de penetración en la esencia de las cosas a través del exclusivo prisma de lo jurídico, se verá abocada a visiones más o menos irreales, entorpecedoras y desilusionantes. La distorsión no se produce, como es lógico, en el terreno de lo fáctico, el cual, considerado como conjunto existencial, carece de valor intrínseco, sino en el tamiz jurídico —puramente axiológico—, a través del que se valoran determinados conceptos.

Las categorías absolutas van perdiendo, poco a poco, pero aceleradamente, toda su validez dogmática, para devenir irrealizables ante meros conceptos coyunturales, aplicables tan sólo aquí y ahora. Todavía quedan juristas, un tanto aturcidos, que sueñan en controles y balanzas, viendo convertirse en obsoletas, instituciones y conceptos de honda raigambre justiniana.

Frente a un Derecho civil o mercantil, contruidos sobre grandes pilares absolutos y perennes, surge ágil y dinámico el Derecho administrativo moderno, o el fiscal, operadores de lo concreto y lo real. Cada vez en mayor medida, el ordenamiento jurídico va proliferando en disposiciones de rango inferior que son, ciertamente, las que regulan y conforman la sociedad moderna, arrinconando los grandes Códigos decimonónicos que, en su época, también fueron el resultado de corrientes político-jurídicas muy concretas.

Debido a esta gran profusión normativa se opera un curioso fenómeno que deforma lo que, hasta hoy, fue considerado sustento esencial del Estado de Derecho: el orden jurídico. Se trata precisamente de la *colisión desordenada entre lo perenne y lo coyuntural*, de la norma como expresión de lo abstracto con el acto concreto que regula y cumple un fin determinado y perentorio.

El Derecho fiscal surge, con su especial fuerza operativa, como un Derecho a corto plazo carente de categorías abstractas. Se trata de un Derecho creado para subvenir a necesidades concretas urgentemente necesitadas de solución. La forma en que actúa este tipo de normatividad —fiscal y administrativa— es bien sencilla: surge la necesidad de actuación en determinado sentido y, a continuación, se promulga la norma. Su eficacia será sin embargo, muy distinta, según lo que realmente se persiga: el "fin político" o la conformación social y económica. La gran actuación administrativa a través de le-

yes-medida supone una aseveración de esta realidad que, progresivamente, va inundando todo el panorama legislativo.

“El Derecho es un concepto cultural, no una vacía estructura de ideas, sino titular, portavoz y soporte de ciertos valores” (1). Las categorías perennes ya han sido descubiertas y los iusprivatistas poco o nada pueden aportar en la “labor creadora”, que, hoy más que nunca, protagoniza el mundo de lo jurídico real. No se trata de enjuiciar a nadie, sino de constatar realidades cotidianas y reiteraciones de hechos consumados.

Si el Derecho mercantil fue la cristalización del capitalismo comercial, el administrativo viene a plasmar la *tendencia socializadora de la sociedad moderna*. Actualmente nadie puede ya mantener el concepto clásico de la “propietas” como “absoluta potestas” sin admitir, paralelamente, limitaciones y sustituciones del Derecho dominical. Lo que ocurre es que la excepción acaba por convertirse en regla general y lo universal acaba vaciado de su propio contenido.

Consecuencia de la proliferación de lo concreto será, también, la constante colisión entre grupos normativos heteromórficos (2). De esta forma, disposiciones legales con distinta finalidad parecen apuntar hacia soluciones irreconciliables. Tal sucede entre la normativa fiscal de fomento a la concentración industrial y las disposiciones que, como la LPRC, intentan regularla. Su enfrentamiento, empero, al no ser normas isomórficas, es sólo aparente. En cualquier caso, se tratará de aplicar una norma u otra, según la finalidad que se persiga en cada caso.

La heteromorfía se demuestra aquí, no sólo por la distinta finalidad de ambos grupos normativos (dimensiones óptimas *versus* tendencias monopolísticas) que aparece en la normativa de los dos así expresado —por ejemplo, artículo 1 del Decreto 2.910/1971, de 25 de noviembre—, sino incluso lógicamente, ya que entre los elementos normativos de ambos grupos no existe una correspondencia biunívoca isomórfica, es decir, que de su aplicación no se obtiene nunca el mismo resultado (de la aplicación de la normativa antimonopolio no se deduce, en ningún caso, la dimensión óptima empresarial y, de igual modo, de la aplicación de la normativa fiscal no se llegan nunca a combatir prácticas monopolísticas, sino que, en todo caso, lo único que se conseguiría sería la denegación de los beneficios fiscales previstos). Como elemento ajeno a estos grupos, pero que incide en ellos, se encuentra la Empresa Pública antimonopolística, a través de la cual se complementa el grupo encabezado por la LPRC y, a la vez, al compuesto por disposiciones de fomento de la concentración industrial.

La concentración industrial no puede considerarse aisladamente. Aunque este trabajo es fundamentalmente jurídico, no olvida en nin-

(1) Cfr., VILLAR PALASÍ, “Derecho administrativo, Introducción y teoría de las normas”, Madrid, 1968, pág. 329.

(2) Cfr., sobre el concepto de isomorfía y heteromorfía, VILLAR PALASÍ, op. cit.

gún momento el substrato económico que inspira la normativa sobre esta materia. Así, siendo muchos y variables los obstáculos a la concentración de empresas en España, entre los no jurídicos pueden señalarse como principales los siguientes: situación inflacionista continuada; mantenimiento a ultranza de una política oficial de "superempleo"; escasa agresividad del empresariado español; desordenada y masiva utilización de patentes e inversiones extranjeras; sistema impositivo y evasión fiscal generalizada; falta de organizaciones secundarias o intermedias; diversificación de la acción económica de la Administración y, por fin, ausencia de ágiles y racionales fuentes crediticias y de financiación.

Así, pues, como queda dicho, al examen crítico de la heteromorfía normativa existente en la concentración industrial se dedica el presente trabajo. Esta incide en aspectos mercantiles, fiscales y laborales. Pues bien, salvo estos últimos, para los cuales el proyecto de Ley del III PDES (2 bis) ilumina una vía de solución autorizando planes de reestructuración de plantillas y empleo para determinadas "acciones empresariales", los demás aspectos se tratan sin ánimo exhaustivo —quedan fuera temas como los consorcios, cooperativas...—, pero sí realista y suficiente. Se tratan, en primer lugar, las relaciones contractuales interempresas, criticando tanto las permitidas y fomentadas —sociedades de empresas, agrupaciones...— como las combatidas, más o menos eficazmente —acuerdos monopolísticos—, y tratando de buscar apoyo jurídico a las más dudosas —arrendamiento y compra de empresas—. Se examinan a continuación, con las mismas pretensiones, las relaciones reales y de integración patrimonial, para terminar con lo que debe ser el contrapunto a los peligros de la concentración industrial —la Empresa Pública antimonopolística—.

Como se ha expuesto (3), es el propio jurista quien, al construir las categorías, debe proceder a una valoración de la norma y a un estudio de su práctica utilización técnica. El mundo del Derecho no termina en la creación e interpretación estricta de las disposiciones. Las normas tienen una interpretación a tenor de su eficacia, sin que baste una hermenéutica muerta de la letra de la Ley.

Este es el punto de base de los autores de este trabajo. "... Y como el hombre es terco y no suele querer enterarse y acostumbra después que se le ha sermoneado cuatro horas a volver a las andadas, los preguntones, si leen esto volverán a preguntarme: «Bueno; pero ¿qué soluciones traes?». Y yo, para concluir, les diré que, si quieren soluciones, acudan a la tienda de enfrente, porque en la mía no se vende semejante artículo. Mi empeño ha sido, es y será, que los que me lean piensen y mediten en las cosas fundamentales, y no ha sido nunca el de darles pensamientos hechos. Y he buscado siempre agitar

(2 bis) En prensa este artículo, la Ley del PDES todavía no había sido aprobada. Ver art. 30, 4, del Decreto 1.541/1972, de 15 de junio.

(3) VILLAR PALASÍ, "Administración y Planificación", Instituto de Cultura Hispánica, Madrid.

y, a lo sumo, sugerir, más que instruir. Si yo vendo pan, no es pan, sino levadura o fermento" (4).

II. EL DERECHO ESPAÑOL DE LA CONCENTRACION DE UNIDADES ECONOMICAS

Uno de los signos más distintivos del derecho neocapitalista de la economía es, como señala Villar Palasí (5), su carácter antinómico y dialéctico, al jugar entre dos polos opuestos, difícilmente conciliables: los intereses individuales dominicales y la contingencia de las necesidades públicas, condicionadas por los cambios continuos de la coyuntura económica. De ahí que, al construirse este derecho sobre lo discontinuo y problemático, los autores hayan intentado, no el estudio de todas las figuras pensables, sino sólo de las más deseables para el desarrollo español. De ahí también que, ya desde ahora, advirtamos la inagotabilidad del tema, al incidir éste sobre aspectos mercantiles, administrativos, fiscales y laborales de difícil conciliación (6). A consecuencia de la consagrada libertad de pacto del Derecho español —artículos 1.255 del Código civil y, para la sociedad, el 1.666 del mismo texto y el 117 del Código de Comercio— en principio pueden ser realizados todo tipo de pactos entre empresas para una inteligencia común. Sin embargo, dada la penalización fiscal de algunos supuestos no bonificados y la paralización formal o administrativa de otros, acaban por no tener resultado práctico alguno.

En nuestro país no existe un claro movimiento de concentración industrial (7), ni se toman las oportunas medidas para que así sea. Por un lado, porque el contenido de las disposiciones sobre concentración de empresas es excesivamente casuístico y de naturaleza fiscal en su casi totalidad, aspectos ambos que no parecen los más adecuados, ni suficientes, para un país donde el movimiento es prácticamente inexistente y la evasión fiscal muy generalizada. De otro lado, si tenemos en cuenta que una operación de concentración lleva mucho

(4) MIGUEL DE UNAMUNO, "Mi religión", C. L. V., Barcelona, 1970, pág. 130.

(5) Cfr., sobre este punto, VILLAR PALASÍ, "El impacto de lo económico en el Derecho administrativo", inédito, Madrid, 1959, y bibliografía allí citada.

(6) Se excluye aquí, en consecuencia, el tema de los consorcios, las cooperativas y otras formas de concentración, que serán objeto de sucesivos trabajos por los mismos autores, así como aspectos referidos a formas concretas de concentración, como p. ej. en materia de prensa, ...

(7) Existen no pocas publicaciones que demuestran el escaso movimiento de concentración industrial; así, entre otras, "Concentración de Empresas", Ministerio de Industria, 1967; "Economía Industrial", núm. 74, febrero 1970; "Influencia del sistema tributario sobre las dimensiones de las empresas españolas", Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1966; FERNÁNDEZ MARINA, "Política Industrial y Concentración de Empresas", Sercobe, Madrid, marzo de 1969; "Lento proceso de concentración empresarial en España", *Tiempo Nuevo* de 30 de enero de 1970; GARCÍA RAMAL y otros, "Fusión y Concentración de Empresas", Madrid, 1966; "La reestructuración empresarial y el II PDES", mayo 1969; "Concentración de Empresas: escasa participación de los empresarios", *Desarrollo*, Madrid, 4, 1968; las publicaciones de la APD sobre este tema, etc., etc.

tiempo, no sólo en realizarse, sino incluso en pensarse y decidirse, no se conciben disposiciones como el Decreto-Ley 8/66 o el 11/67, cuya vigencia se limitó a un año. Es cierto, y no puede olvidarse, que hasta hace poco tiempo nuestra economía pasó por una obligada y necesaria autarquía. No podía entonces pensarse en que la industria se concentrara, sino, simplemente, en que existiera como fuese. En este sentido, no pudieron desarrollarse las facultades que el Decreto de 20 de agosto de 1938 y, principalmente, la Ley de 24 de noviembre de 1939, concedieron al ministro de Industria.

Resumiendo las características del Derecho capitalista español de concentración de unidades económicas, diríamos que nuestra legislación en este campo adolece de tres defectos generales: a), es una legislación *tardía*, ya que se inaugura prácticamente al final de la década de los cincuenta, puesto que los precedentes anteriores no gozaron de eficacia alguna; b) es una legislación *inadecuada* a nuestra realidad económica (8), de desarrollo incipiente. El enorme número de controles, formalismos, requisitos, etc., la naturaleza casi exclusivamente fiscal —y no crediticia, financiera ni laboral— de la normativa vigente (9) ... no parece que correspondan a un país con un índice de concentración tan escaso como necesario, y c) se trata de una legislación *raquítica*, ya que limita al máximo los supuestos de concentración beneficiados, esto es, posibles.

En aspectos más particularizados, nuestra LSA sólo regula la fusión y absorción de sociedades, haciendo tales procedimientos demasiado lentos e inspirados en un capitalismo individualista trasnochado. La Ley de 5 de diciembre de 1968, aunque agiliza los procedimientos y atiende más al interés de la nueva entidad que al individualista de socios y accionistas, es una disposición coyuntural, de naturaleza dispositiva —no obligatoria—, y se ciñe únicamente a aquellos dos supuestos, subordinando su eficacia a la previa aplicación de los beneficios fiscales.

No regula el Derecho mercantil los contratos y uniones de empresas y, aunque la legislación fiscal bonifique algunos supuestos, éstos son muy limitados (10). A través de la legislación fiscal podría facilitarse la introducción, tan urgente como necesaria en nuestro país, de un derecho de concentración de empresas que concibiera, por su flexibilidad y actualidad, las participaciones de una sociedades en otras, los sistemas "holding", los convenios de agrupación (coordinación, subordinación, contratos de órgano), etc. No importaría que nuestro Derecho sustantivo dificulte, por su absentismo, algunos de estos

(8) La inadecuación de la legislación de concentración a nuestra realidad económica se demuestra con el hecho de haber producido en no pocos casos —y en empresas extranjeras sobre todo— el resultado contrario de la desconcentración, de la que se habla más adelante.

(9) El Proyecto de Ley del III Plan de Desarrollo concibe ya "planes especiales de reestructuración y regulación de empleo", que, a no dudar, serán un buen camino promocional a las concentraciones industriales. Ver nota 2 bis.

(10) Vid., más adelante.

convenios (arrendamientos, usufructo, prenda...), si el Derecho fiscal los protegiera.

El Derecho español, como buena parte del europeo, no consigue superar el gran escollo que supone establecer un concepto jurídico de empresa (11). Sin embargo, tales dificultades no tienen motivo de existir para las autoridades administrativas. Lo único que se precisa en este campo es suprimir los obstáculos fiscales para un amplia gama de supuestos. Las mismas empresas se encargan de lo demás, aunque sea en base a la libertad de pacto que nuestro Derecho privado, como el de aquellos países, consagra en sus textos positivos.

La excesiva discrecionalidad—que también es defecto de la legislación laboral—(12), la necesidad de concesión expresa de los beneficios—neutralidad—fiscales, es algo que debe desaparecer en favor de *concesiones automáticas* para las concentraciones que se consideran deseables. Sería lo más lógico, y así se ha hecho en otros países (13), que la discrecionalidad y necesidad de expediente previo existiera respecto de las concentraciones “dudosas”, pero no para las restantes. Lo contrario produce, además, una gran inseguridad en el empresario, quien, después de cubrir el farragoso camino del expediente, no sabe qué beneficios recibirá ni en qué medida (14).

La legislación fiscal española conviene observarla desde dos puntos de vista diferentes. De un lado se observa que es preocupación constante del legislador gravar todo tipo de concentración económica, de forma que resulta, en muchos casos, prácticamente imposible llevarla a cabo. De otro lado, se observa también que, consideradas las concentraciones como beneficiosas y urgentes, se ha elegido el peor sistema para fomentar su auge, como lo es el cercenar a unos pocos supuestos los beneficios que se conceden, dejando fuera otros más normales, siendo casi todos ellos igualmente beneficiosos económicamente; así ocurre, por ejemplo, con la concentración en forma de titularidad de acciones, etc. Si a tan irracional limitación de supuestos añadimos que los beneficios no son positivos, que el procedimiento es largo y penoso, que la concesión es discrecional y los fuertes controles a que se somete, no puede extrañar a nadie que las concentraciones en España sean pocas y de parca entidad, a la vez que, en su mayoría, no son sino consolidación de situaciones de hecho preexistentes (15). Por otra parte, tomar medidas fiscales y no modificar las demás circunstancias de la estructura económica nacional es producir “a priori” resultados pequeños y de utilidad o ventaja dudosa. En tal sentido,

(11) Ver, por todos, RUBIO, “Introducción al Derecho mercantil”. Ed. Nauta, Madrid, 1970, y bibliografía allí citada, págs. 444 y ss. DE LA CÁMARA, “Estudios de Derecho Mercantil”, T. I, vol. 1, CET, págs. 17 y ss.

(12) Cfr., APD, “Problemas reales de las concentraciones de empresas”, Madrid, 1968.

(13) Vid., sobre este punto, WEBER, “Fusions et concentrations d'entreprises en France”, *La Documentation Française*, 1969, traducido por el Consejo Económico Sindical Nacional, Doc. núm. 342, 1970, pág. 14.

(14) Ver, entre muchos, APD, “Problemas reales”, op. cit.

(15) Cfr., ELORDUY en “Fusión y concentración de Empresas”, APD, Madrid, 1966; “Influencia del sistema Tributario”, op. cit., etc.

el único dato elogiable ha sido la refundición de la legislación, dispersa y poco coherente, realizada por el Decreto 2.910/71, de 25 de noviembre (15 bis).

La concentración de empresas es un fenómeno que debe su auge y ordenación a la actuación de los poderes públicos (16). Si la Administración quiere impedir el movimiento, cuenta con armas más que sobradas para hacerlo. E igualmente podría afirmarse lo contrario. El fomentar las concentraciones es, sin embargo, un problema complejo, que afecta a materias industriales, laborales o fiscales... Considerar uno sólo de los aspectos y olvidarse de los demás es obstaculizar un gran número de concentraciones. Y, respecto de España, precisemos, por cierto, que al no haber seguido nuestro país los derroteros mundiales en los últimos años, se ha producido un aislacionismo, un desfase, que es necesario corregir. Esa tardía incorporación ha producido la consecuencia de no darse en nuestro país aquel cúmulo de circunstancias que han causado y fomentado la concentración de empresas en la cantidad y calidad con que se están dando en todos los países desarrollados económicamente. Con todo, la política interna de las empresas no es más que el reflejo del medio económico en que actúan. De ahí la necesidad de urgentes medidas de intervención que produzcan en nuestro marco económico los cambios necesarios para que nuestra total incorporación a Europa sea rápida y beneficiosa.

Conviene precisar, sin embargo, que la concentración de empresas es un fenómeno esencialmente económico que, sólo a veces, utiliza fórmulas jurídicas para su realización. Como fenómeno económico sería nefasto considerarlo aisladamente. Son muchos y diversos los factores que influyen en este problema, pero es, en definitiva, el mayor o menor grado de competencia el que incide de manera decisiva. Tomadas las medidas necesarias que aumenten la eficacia de nuestra economía, son, entonces, los estímulos fiscales y financieros los que han de entrar en juego.

Es preciso, empero, tener cuidado con la intervención administrativa en este campo. La sociedad de estudios "Mc. Kinsey Co" (17), en un estudio sobre los resultados de 22 operaciones de concentración, determinó que las dos terceras partes de las concentraciones que fueron consecuencia de presiones o de estímulos de la Administración, acaban en fracasos relativos. Ello es natural si se tiene en cuenta que una presión exterior, artificial por naturaleza, no puede dar a los responsables de las empresas el arranque de dinamismo que es necesario para obtener el máximo partido de la concentración.

(15 bis) Este Decreto ha sido desarrollado en lo referente al procedimiento de aplicación de los beneficios en él previstos, por la Orden de 24 de abril de 1972. Ver VICENT CHULIÁ, en *RDM*, 123, 1972, págs. 43 y ss.; MARTÍN OVIEDO, *RDF* y *HP*, 98, págs. 271 y ss.; del mismo, *ib.*, núm. 99, páginas 501 y ss.

(16) Cfr., WICKHAM, "Concentrations et dimensions"; HOUSIAUX, "La concentration des entreprises"; ... cit. por WEBER, *op. cit.*, págs. 6 y ss.

(17) Vid., MC. KINSEY COMPANY, "Les reagroupements d'entreprises", *Direction*, núm. 129, 1966, cit. por WEBER, *op. cit.*, pág. 59.

Conviene aclarar, sin embargo, que no fue ésta la principal causa de fracasos y que, en última instancia, los resultados serían todavía peores si las empresas no hubieran intentado la concentración. Así, John Kitching (18) demuestra que las principales causas de los fracasos son: la disparidad de dimensiones (en el 84 por 100 de los fracasos, el volumen de venta de la absorbida era inferior al 2 por 100 del correspondiente al de la absorbente); y la inadaptación de las medidas de reorganización adoptadas por los dirigentes de la absorbente.

1. Relaciones "de facto" (19).

Las relaciones de "facto" constituyen uno de los estadios más primitivos de inteligencia entre empresas. El tema, con ser importante, se presta a la fácil demagogia y merece un estudio por separado. En efecto, contra lo que pueda parecer, en unos casos las relaciones "de facto" contribuirían a políticas empresariales comunes, pero, en otros muchos lo que originan son beneficios de muy diversa índole, para grupos determinados, y no tanto para las empresas. De ahí que pueda distinguirse entre las relaciones "de facto", originadas por las mismas empresas o la mayoría accionarial— salvo que sea estatal (20)— y las causadas por grupos de presión o por cuerpos de funcionarios muy cualificados. En el primer supuesto, el intercambio de consejeros (21), o las vinculaciones entre ellos, derivará hacia acciones empresariales conexas, en favor de las empresas y el dominio del mercado. Pero, en el segundo, lo que menos interesa es la actividad empresarial coligada y si, en cambio, la palanca hacia el poder—económico y político—; en este último supuesto se encuentra el caso de no pocas Empresas Públicas o mixtas.

Realmente, las relaciones "de facto" son más preponderantes a través del control de la asamblea general de accionistas que mediante consejeros comunes, aunque en la casi totalidad de los casos van identificadas o son consecuencia la una de la otra. La asamblea general está en crisis desde hace muchos años y las más modernas legislaciones tienden al sistema alemán o a su perfeccionamiento. Y es que, como ha dicho Roviére (22), "la experiencia ha demostrado

(18) Ver, "Pourquoi certaines fusions échouent-elles", *Direction*, número 148, 1968, cit. por WEBER, loc. cit., pág. 60.

(19) Cfr., sobre el tema, TAMAMES, "La lucha contra los monopolios", *Tecnos*, Madrid, núm. 17 y bibliografía allí citada. Existen, además, no pocas publicaciones sobre el tema.

(20) Si la mayoría es estatal, la coligación se produce más en base al reparto de consejos hacia grupos políticos o funcionariales en el poder.

(21) Es interesante sobre este tema, la cfr. con la Clayton Act, de 1914, sec. 8, en materia de "interlocking directorates"; vid., TAMAMES, op. cit., y VILLEGAS, ut supra.

(22) Cfr., "Le droit des sociétés dans ses rapports avec la concentration", *Com. des Comm. Eur.*, Concurrence, 1967, trad. al español por el Consejo Económico Sindical Nacional, Doc. núm. 331, 1969, I Parte, págs. 9-10; DOUGLAS y SHANKS, "Insulation from liability through subsidiary corporations", *Yale Law Journal*, New Haven, vol. XXXIX, 1929-30, págs. 193 y ss.; VILGREUX, "Les droits des actionnaires dans les sociétés anonymes: théorie et réalité", París.

la insuficiencia del órgano supremo”, debida, “en principio”, al absentismo de los accionistas y, en segundo lugar, y como consecuencia a su vez de ese absentismo y como reacción contra él, a un fenómeno de concentración”. Los accionistas, sigue diciendo el autor, por variadas razones, poco a poco van dejando de asistir a las reuniones, tanto por la época intempestiva en que se convocan—en verano—, como por el lugar de la convocatoria—que exige a muchos pagarse los gastos de desplazamiento y estancia— y, también, por la sensación de la pérdida de tiempo. “Para obtener el “quorum” necesario, los administradores buscan entonces las representaciones de voto; el hábito se consolida y las asambleas se llevan pronto a efecto en presencia de veinte personas, de las que algunas detentan o representan el 30 por 100 o más de las acciones de la sociedad. Estos son los administradores, que son entonces los dueños de la asamblea, que se ha convertido en un órgano fantasma. ¿Cómo puede extrañar entonces el sistema, tan extendido en los estatutos sociales, de la aprobación por aclamación? ¿A qué continuar con prácticas solapadas de control? (23).

2. Relaciones contractuales entre empresas.

Decíamos líneas atrás que, en base a la libertad de pacto del Derecho español, nada parece oponerse al establecimiento de relaciones contractuales entre empresas (24), pero que apenas parecen practicable tales relaciones si no están fiscalmente protegidas. Pues bien, manteniendo esta postura conviene precisar que la penalización fiscal es mucho más grave en las relaciones reales que en las contractuales. Son éstas las menos estudiadas y a las que menor atención ha prestado la doctrina y la literatura jurídica. En todo caso, se ha estudiado alguna de sus específicas variantes, aunque de modo aislado y sin ofrecer generalmente una visión de conjunto. Por ello, y para sistematizar este tipo de relaciones, con proyección hacia lo posible y “razonable”, hemos escogido un instituto jurídico consagrado desde Kelsen (25), a quien se debe su juridización popular; en concreto, nos referimos a los “centros de imputación con personalidad jurídica propia y forma societaria”—sociedad de empresas—; “centros de imputación con personalidad jurídica, pero carentes de forma societaria”—agrupaciones temporales de empresas, agrupaciones para la expor-

(23) Hablamos aquí, obviamente, de sociedades anónimas en las que no se da la matización de Empresas Nacionales. En éstas lo que ocurre, en la mayoría de los casos, es que el organismo del que dependen ostenta la cualidad de socio único, más por imperativos políticos que económicos. Cfr., sobre el tema, GARRIGUES-URÍA, “Comentarios a la LSA”, Madrid; VILLAR PALASÍ, “La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo”, *RAP*, 3; ARENA, “La société commerciale publice”, *Giuffré*, Milán, 1942; BANGNIET, “La société d'une personne”, *Upsala*, 1966; BROSETA, “La sociedad anónima unipersonal como instrumento de la actividad económica del Estado”, *Upsala*, 1966, etc.

(24) Cfr., MARTÍN OVIEDO, “Aspectos administrativos y fiscales de las uniones de empresas”, Madrid, 1968.

(25) Cfr., “Teoría pura del Derecho”, Buenos Aires, 1965.

tación—, y, por fin, “centros de imputación sin personalidad jurídica y carentes de forma societaria” —asociaciones sin personalidad jurídica—.

2.1. *Centros de imputación con personalidad jurídica y forma societaria: la Sociedad de Empresas.*

Es éste el primer tipo de unidad económica, que varias sociedades pueden crear conjuntamente con el fin de lograr una actuación coordinadora en el mercado. Está integrado, por la estructura que mayor cohesión puede tener en el mundo del Derecho: la “sociedad”, la cual se presenta, a este respecto, con una “personalidad jurídica” que se para en mayor grado su propia naturaleza y esencia de la de aquellas personas —naturales o jurídicas— que la constituyen.

La LUE (26) define estas sociedades como “las compañías anónimas constituidas por sociedades o empresas individuales, agrícolas, mercantiles o industriales que, cumpliendo los requisitos que en ella se señalan y manteniendo su propia personalidad y libertad de mercado, tengan por objeto uno o varios de los fines siguientes: a) Expansión, modernización o realización de las instalaciones productivas. b) Aportación o adquisición de maquinaria y otros bienes de equipo para su utilización conjunta o particular. c) Promoción de venta de los productos obtenidos o comercializados en los mercados nacional y extranjero. d) Estudio de nuevas técnicas y de mejora de métodos de producción para su ulterior aplicación. e) Cualquier otro objetivo que pueda señalarse posteriormente mediante Decreto”.

El Decreto-Ley 11/67, al dar nueva redacción al artículo 4 de la LUE, limita su ámbito a las empresas agrarias, industriales y comerciales, a excepción de las inmobiliarias, de seguros, bancarias, y demás de carácter financiero, con lo cual, los propósitos de amplitud, con que en principio fuera concebida esta figura, se ven rápidamente mermados. Lo cierto es, sin embargo, que ni siquiera en su primitiva redacción se permitía una intervención de la “voluntad de los particulares” al disponer un “*numerus clausus*” de posibles contenidos económicos en la Sociedad de Empresas. Pero con el Decreto-Ley de 1967, se limitan, no sólo estos posibles contenidos, sino también los sujetos, que pueden llevar a cabo esta forma de unión.

Necesitada de previa autorización administrativa, los requisitos exigidos para la constitución de este especial tipo de sociedad tienen fines de publicidad y la consiguiente garantía de terceros interesados,

(26) Ley de Uniones de Empresas, de 28 de diciembre de 1963, desarrollada por la Orden de 25 de enero de 1964, adaptada por el Decreto de 27 de julio del mismo año. Existen no pocas publicaciones comentando esta Ley. Además de las citadas expresamente en el trabajo, pueden verse PELLETER, “Concentración y reestructuración de Empresas”, Madrid, 1968; SÁENZ DE BUJANDA, “Hacienda y Derecho”, Tomo III, Madrid; APD, “Asociaciones y Uniones de Empresas”, Madrid, 1963; FRAGUAS, en *RDM*, núm. 93, 1964; GARRIGUES, en *RDM*, núm. 91, 1964; FORNIÉS, en *Themis*, Zaragoza, 14, 1963; BERGÓS, en *RJC*, 63 (1964), 2; SERCOBE, marzo, mayo, 1968; etc.

así como el evitar que, en ningún caso, la sociedad de empresas sea dominada por ninguno de los socios.

Los empresarios o sociedades que quieran constituir esta entidad deberán figurar inscritos en el Registro mercantil—además, los empresarios individuales, completarán este dato constatando la cifra de valoración que a su empresa se señale—; tener diligenciados sus libros de conformidad con lo establecido en el Código de Comercio; y, en la escritura, se harán constar expresamente cuantos requisitos exige la LUE: títulos nominativos, domicilio, igualdad de derechos accionarios, cifra de valoración, mantenimiento de la unidad económico-jurídica de las empresas, cláusulas de garantía para los supuestos establecidos e información contable al órgano rector. Con ello, no ya la complejidad de requisitos, sino incluso las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones, el complicado procedimiento, la discrecionalidad resolutive y el régimen sancionador, limitan la eficacia práctica de la figura.

La forma de sociedad anónima impuesta a la sociedad de Empresas resta gran parte de la agilidad que podría tener esta figura, si se llegaran a admitir cualesquiera de las restantes formas existentes en Derecho español (27). Por ejemplo, para la sociedad cuyo capital no sobrepase los 50 millones de pesetas, no existe la obligación de adoptar la forma de sociedad anónima (28). Una empresa con capital inferior a esta cantidad, puede, por tanto, considerar más conveniente adoptar la forma de sociedad de responsabilidad limitada (29), a cualquier otra existente, para el cumplimiento de los objetivos que se proponga. Pese a ello, la Sociedad de Empresas, tal como se configura en la LUE, no puede adoptar otra forma que la de sociedad anónima. Si las Empresas participantes considerasen más ventajosa la adopción de cualquier otra y así constituyesen un ente societario, perderían los beneficios fiscales y de otra índole, otorgados exclusivamente para las que se constituyan como sociedades anónimas.

La utilización de “procedimientos impuestos” en el Derecho mercantil no ha sido nunca, ni podrá serlo, el medio idóneo para intentar el logro de unos fines que, tales como la concentración o unidad de empresas, acabarían mejorando el panorama económico español. El poco éxito obtenido por esta figura (30), a lo largo de la experiencia obtenida, es un índice expresivo de la atonía con que estas medidas han sido recibidas por el empresario español.

Existe además una limitación, posiblemente no querida por el legislador, pero que evidentemente ha sido uno de tantos motivos que han encauzado el estrecho panorama en que se desenvuelve. La parti-

(27) Cfr., sobre este punto, entre otros, FRAGUAS, “Sociedades de régimen particular”, *R. D. M.*, julio-dic., 1966, pág. 104.

(28) Ley 84/1968, 5 dic., que modifica lo dispuesto en el art. 3.º de la L. S. R. L., 17 julio 1953, y art. 4.º L. S. A., 17 julio 1951.

(29) Cfr., ALVAREZ QUELQUEJEU, “La sociedad de responsabilidad limitada como instrumento de la concentración de empresas”, Valladolid, 1958.

(30) Vid., “Concentración de empresas”, op. cit., págs. 191 y ss.; ELORDUY, op. cit.; VICENT CHULIÁ, op. cit., in fine.

cipación de los socios en la Sociedad de Empresas no podrá exceder del 30 por 100 del capital desembolsado. El legislador que pretendió evitar indudablemente las agrupaciones dominadas o excesivamente vinculadas a uno de los socios, no reparó en los inconvenientes que de ello se podrían derivar. En el caso de dos sociedades que pretendiesen establecer unos servicios comunes en base a ella, no podrían llevar a término sus propósitos, precisamente por esta limitación (ya que forzosamente alguna de ellas deberá sobrepasar el límite de 30 por 100 fijado como máximo (31). En consecuencia, se verán privados de los beneficios fiscales previstos y, posiblemente, acabarían desistiendo de su propósito. Por otra parte, aunque se autorice al Ministerio de Hacienda para variar este porcentaje, creemos que tendrá escasos resultados por el carácter discrecional de esta decisión, y, en último término, por la excesiva demora que puede tener este procedimiento.

Los beneficios que la Administración otorga a este tipo de sociedades, pueden estudiarse desde una doble óptica: acción negativa de la administración (aspecto fiscal) y acción positiva.

La acción negativa de carácter fiscal puede resultar acertada si bien su campo de aplicación se halla excesivamente reducido por el mismo ámbito de la LUE. Abarca, prácticamente, todas las vías de imposición, gozando en algunos casos de exención total y en otros tan sólo de bonificación.

Más interesante, aunque sólo por el precedente de "acción positiva" que suponen, parecen los estímulos de orden financiero. En primer lugar se permite la emisión de obligaciones con el máximo límite de la cifra que resulte de sumar los capitales desembolsados por las sociedades miembros, o en su caso de las cifras de valoración consignadas por los empresarios en el Registro Mercantil (LUE, art. 5.º, a) (32). Con ello se suprime el límite establecido por el artículo 111 de la LSA (33).

Con todo, este tipo de medidas, a pesar de suponer un interesante precedente, en cuanto a las nuevas perspectivas que ofrecen tienen poco atractivo para los empresarios. El mercado de capitales español, como ha señalado acertadamente Garrigues Walker, no será atraído hacia este tipo de obligaciones, que no goza de especial privilegio ni ofrece intereses superiores a los normales. Más positivo hubiera sido crear un régimen crediticio especial y prioritario para estas sociedades o regular la concesión de préstamos (sin emisión de obligaciones) de otras entidades nacionales o extranjeras a ella.

(31) Aunque este escollo se ha superado en la práctica, es buena muestra del escaso rigor de la redacción legislativa.

(32) Este artículo impone el límite, para la emisión de acciones de una nueva no superior al capital desembolsado "de la propia sociedad". En las sociedades de Empresas este límite se amplía hasta una garantía igual a la suma de los capitales de las empresas miembros.

(33) No operan tales topes si la emisión de obligaciones se hace con las garantías establecidas en los números 2 y 4 del artículo 114 de la L.S.A., es decir, con prendas de efectos públicos o con la garantía del Estado, Provincia o Municipio.

2.2. Centros de imputación con personalidad jurídica y sin forma societaria:

2.2.1. Agrupación Temporal de Empresas.

Siguiendo el esquema propuesto —referente al grado de coherencia existente—, la presente figura no supone ya la creación de una sociedad típicamente mercantil que aglutine los lazos de unión entre las empresas participantes. Se trata, tan sólo, de la creación de una unión que, ni en su estructura (no llega a crearse una entidad típicamente societaria), ni en su duración (esencialmente limitada en el tiempo) goza de la firmeza otorgada a la Sociedad de Empresas. Su encuadramiento deberá ser, entonces, ubicado en el nivel inmediatamente inferior al anteriormente expuesto; esto es, dentro de los centros de imputación con personalidad jurídica y carentes de forma societaria.

La LUE, no ofrece el concepto expreso de estas específicas agrupaciones, pero, no obstante, podría inferirse su noción de la misma Ley. A estos efectos puede definirse como “agrupación temporal de empresarios (individuales o sociales) con el fin de lograr un mejor desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro —arts. 1 y 7—. Este tipo de entidades se conocía ya en nuestro país antes de la promulgación de la LUE (34). Las “joint venture”, las contratas de construcción y los servicios de ingeniería son, así, claros precedentes de este tipo de agrupaciones.

Para la concesión de los beneficios fiscales que se disponen en la LUE se ha recurrido de nuevo al sistema de “imposición de la forma jurídica”, tal como ocurre con las sociedades de empresas. Así, es requisito “sine qua non” que la agrupación se constituya conforme a las características y condiciones que se imponen por el legislador. Dos de estos requisitos (35), el gerente único de la agrupación y el necesario otorgamiento de escritura pública (junto con la inscripción en el Registro Mercantil) acercan la naturaleza de esta figura hacia la idea de la personalidad jurídica. Parece que ésta sería la conclusión más acertada para el Derecho español, ya que en muy raras ocasiones se reconoce la imputación de acciones a un sujeto que, como tal, carece de personalidad jurídica distinta de la de sus miembros (36). Por

(34) La Ley de Contratos del Estado, de 28 de diciembre de 1963, recoge esta misma figura en su artículo 5, y el Reglamento para su aplicación, de 28 de diciembre de 1967, en el artículo 24, matiza su contenido.

(35) Lo ridículo de los requisitos exigidos a estas figuras tiene su punto culminante en la exigencia de tener un representante, responsable de la agrupación, en Madrid. Cfr. O. M. 25 enero 1964.

(36) La legislación fiscal, no obstante, saltando por encima de las construcciones jurídicas rígidas, reconoce implícitamente estos “centros de imputación” sin personalidad jurídica para equipararlos en algunos de sus aspectos (no en todos) a los sujetos con personalidad jurídica diferenciada. Así, el artículo 57 del T. R. de 6 de abril de 1967 (Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales) otorga esta semipersonalidad a algunas figuras (cuentas en participación, comunidad de bienes por actos “inter vivos” o “mortis causa”, etcétera....).

ello, y con objeto de proceder a una sistematización clara de los diversos supuestos, deberá otorgarse a esta "agrupación", personalidad jurídica propia. Esta personalidad no creemos que pueda plasmarse, a pesar de todo, en una estructura de tipo societario. La misma LUE se hace eco de este matiz, al denominar a la figura resultante de este tipo de uniones, con la expresión "agrupación" y no con la de "sociedad", lo cual no es óbice para seguir otorgándole personalidad jurídica. Parece como si el legislador se hubiese hecho consciente de la dificultad que entrañaría la calificación de tal categoría como "sociedad" (en cuyo caso difícilmente se diferenciaría de la Sociedad de Empresas) y haya optado por la creación de una nueva figura. Por otra parte, la ausencia de conceptos intermedios en los que encuadrar la persona moral (37) hace pensar en que el propósito del legislador no pudo ser otro que la creación de una nueva categoría para este fin.

La falta de patrimonio propio, en estas agrupaciones, obliga a pensar, consecuentemente, en la inaplicación de los arts. 1.665 y 55 del Código Civil, ya que, si bien existe un ánimo de partir entre sí las ganancias, es evidente que falta un patrimonio común de la sociedad. Los tipos societarios regulados por el Código de Comercio toparían con esta dificultad a la hora de intentar englobarla en su entorno. No nos parecen, por este motivo, convincentes, las razones alegadas por autores que, como Vicent Chuliá (38) pasan por alto este inconveniente e intentan asimilar esta categoría a las sociedades colectivas.

Las "agrupaciones temporales" se presentan, pues, como integrantes del segundo nivel (en un sentido de cohesión decreciente) dentro de las formas de unión reguladas en el Derecho español. La personalidad jurídica seguiría subsistiendo, pero la figura creada ya no gozaría de la naturaleza societaria (con la idea de coherencia que ello supone), sino que adoptaría la forma de mera "agrupación" ("centro de imputación con personalidad jurídica"). Una nota peculiar de este tipo de "centros de imputación con personalidad jurídica", es la responsabilidad subsidiaria frente a terceros de las empresas coaligadas (artículo 7, e) LUE). Parece como si "la persona jurídica interpuesta", se desvaneciese a estos efectos, y en su lugar apareciesen respondiendo solidariamente los miembros que la constituyeron. La responsabilidad típica de las sociedades (responsabilidad proporcional a la aportación de cada socio, artículo 1.689 C. c.) se sustituye aquí por una responsabilidad subsidiaria, poco común en este tipo de contratos (sólo a las sociedades colectivas y comanditarias es aplicable este tipo de responsabilidad).

La figura creada recibe, por tanto, las características peculiares de varios tipos de sociedades, a las que se añaden otras, tan sólo aplicables a ella misma (por ej., la limitación en cuanto a los fines perseguidos, o en cuanto al tiempo de su duración).

(37) Las categorías existentes, tales como asociación, fundación, o cooperativas, muy difícilmente podrían integrarse en este supuesto.

(38) Cfr. FRANCISCO VICENT CHULIÁ, "Concentración y Unión de empresas ante el Derecho español", Ed. Confederación Española de Cajas de Ahorros. Madrid, 1971, pág. 456.

Por último, es de señalar que los beneficios concedidos para este tipo de uniones se polarizan tan sólo en las exenciones fiscales que se otorgan con el único fin de evitar la duplicidad impositiva. Ahora bien, ¿qué ventajas supone la fórmula fiscal de la LUE frente a la civil ordinaria? La fórmula más tradicional de actuación unitaria de varias empresas (en las adjudicaciones de obra, por ejemplo) era su presentación conjunta y solidaria, sin el surgimiento de una personalidad jurídica diferenciada, y sí, tan sólo, de un mero "centro de imputación de intereses" (39). Este era el procedimiento utilizado para la contratación de obras, servicios o suministros con el Estado, con anterioridad a 1963, fecha de promulgación de la Ley de Contratos del Estado. En ella, y precisamente por no crearse una nueva personalidad jurídica, sino tan sólo una conducta paralela permitida y querida por la Administración, no existía el "supuesto de hecho" gravable. Se trataba únicamente de un centro de imputación independiente, carente de personalidad jurídica y de forma societaria, más barato, fiscalmente, que el que ahora se crea.

En este aspecto, la fórmula que actualmente se ofrece, únicamente reduce la exención del impuesto a las posibles operaciones entre empresas que pueden hacerse desde la unión como tal. Pero es difícil saber "a priori" cuáles pueden ser estas operaciones y, más aún, si no pueden ser realizadas con un tercero, sin perder la exención. Con ello la tributación sería la misma en uno y otro caso. Es más, la fórmula civil podría no llegar a tributar por el concepto de "Transmisiones Patrimoniales" en el acto de la constitución (art. 54 T. R. de 6 de abril de 1967, en relación con el art. 57 del mismo texto). La "agrupación temporal" tributa al 5 por 100 de la cuota resultante de aplicar el tipo del 2,7 por 100 a la base liquidable y, por tanto, resulta más gravosa fiscalmente que la anterior figura.

También resulta ilógico el diferente trato que reciben, en este aspecto, las obras públicas y las privadas. En efecto, cuando se trata de agrupaciones para la realización de obras públicas, el mero hecho de que la unión obtenga la adjudicación de la obra para la que se constituyó, supone la aplicación provisional de los beneficios fiscales previstos en los apartados A y B del artículo 4.º. Así, conforme al artículo 7, a), 5 de la LUE, "cuando una unión temporal de empresas se constituya o se proyecte constituir con el exclusivo objeto de realizar una obra pública, cuya adjudicación se verifique por el Estado a través de los sistemas de subasta o de concurso, el hecho de que la unión obtenga dicha adjudicación supondrá para la misma, como instrumento asociativo, el derecho a los beneficios fiscales señalados en los apartados A y B del artículo 4.º de esta Ley, pero la concesión definitiva de los mismos quedará subordinado a que la parte interesada cubra los trámites establecidos en los dos párrafos inmediatos anteriores, en los que además de las condiciones generales, ha de resultar

(39) Cfr., "Influencia del sistema tributario...", op. cit.

cumplidamente acreditada la realidad y exclusividad del referido objeto de la ejecución de una obra pública”.

Aparte de las remisiones inexactas (40) que se hacen en el artículo anterior, tal automatismo sería deseable para todos los tipos de agrupaciones, y aun de uniones de empresas, sea cual fuere la naturaleza de la obra, industria o servicio a realizar.

2.2.2. Agrupaciones para la exportación (41).

Parece que el origen de esta figura podría encontrarse en la Webb-Pomerene Act (1918) USA. Mediante ella se eximió a los grupos de exportadores de las medidas previstas por las Leyes Sherman y Clayton, que tendían a reprimir cualquier tipo de acuerdos o coligaciones de las que resultara una disminución de la competencia. Se permitió de este modo el surgimiento de agrupaciones y acuerdos acerca de la fijación de precios, distribución de áreas, etc..., entre las unidades exportadoras, con el fin de hacer frente a la importación extranjera (42). Su utilización fue orientada preferentemente hacia las ventas a los aliados durante la primera guerra mundial. Sin embargo, tuvieron escaso éxito, al decir de la doctrina americana (43) y de las estadísticas, ya que tan sólo 120 asociaciones de este tipo fueron creadas en el período de 1918-40. El fin primordial de conseguir que los “american businessmen were to be permitted to meet foreigners on equal terms so far as their own combined action was concerned” (44) no pudo ser logrado por este medio. Los exportadores americanos prefirieron la actuación a espaldas de la Webb-Pomerence Act, y no parece, a la vista de los resultados obtenidos, que la corriente exportadora haya disminuido por ello, sino todo lo contrario. Al igual que en España y que en cualquier otro país, el empresario se muestra reacio a seguir los estrechos cauces marcados por el legislador, abocando al fracaso cualquier medida impuesta de este tipo. No parecen compensar los estímulos y ayudas previstas, al sacrificio que supone una sujeción estrecha a los controles administrativos.

En España se ha seguido esta misma línea, y los resultados parecen indicar idéntico camino al descrito para los EE.UU. La figura

(40) Así, como afirma MARTÍN OVIEDO, la primera remisión “a los dos párrafos anteriores” no es posible jurídicamente, por tratarse de procedimiento interno de la Administración en el que los particulares no tienen parte; y la referente a “los párrafos segundo y tercero de este apartado” porque lo que se exige es la presentación de la documentación detallada con anterioridad.

(41) Cfr., por todos, MANZANEDO, “El Comercio Exterior en el Ordenamiento Administrativo Español”, IEAL, Madrid, 1968.

(42) Los requisitos que debían reunir las “export-trade associations” eran: “a) The association must have been formed for the sole purpose of engaging in export trade. b) Must actually be engaged solely in export trade. c) Must not restrain trade within the U.S. including manipulation of domestic prices, and d) Must comply with certain reporting provisions”.

(43) Vid. BADDIA J. RASHID, “The judicial and economic problems posed by export and import associations”, pág. 732.

(44) Vid. DIAMOND, “The Webb-Pomerence Act and Export Trade Association”, 44. Col. Law Review, 805, 811 (1944).

creada de las “agrupaciones para la exportación” es, no obstante, lo suficientemente reciente como para poder modificar aún los excesivos controles y dependencias a que se encuentra sometida. Un esbozo de sus principales características y evolución nos podrá dar una idea aproximada de su futura eficacia y de lo que cabalmente puede esperarse de esta figura.

El Decreto 738/66, de 24 de marzo, regulador de la “Carta de Exportador”, establecía ya la posibilidad de “agrupaciones con carácter permanente, de dos o más comerciantes individuales, Sociedades o Entidades Jurídicas, que se constituyen para, totalizando el volumen de sus exportaciones, poder disfrutar de los beneficios de la “Carta de Exportador”. Esta “Carta” supone un instrumento de política comercial, previsto por el artículo 35 de la Ley del I Plan de Desarrollo, para fomentar la exportación estimulando al empresario con determinados beneficios, de carácter fiscal fundamentalmente. Sin embargo, la cristalización de esta figura no surge sino con el Decreto-Ley de 30 de noviembre de 1967, por el que se regulan los requisitos y condiciones para disfrutar de estos beneficios.

A los efectos del citado Decreto-Ley, los sectores de exportación estarán integrados por el conjunto de entidades, empresas o grupos de empresas exportadoras de productos que, pertenecientes a una o varias posiciones arancelarias, se sometan voluntariamente a una regulación unitaria por conveniencias de su comercialización. Cada sector exportador puede ser objeto así de una ordenación comercial exterior aprobada por Orden del Ministerio de Comercio, a solicitud de la Organización Sindical y con informe del Ministerio competente por razón de la materia.

La Ordenación Comercial Exterior de un sector implica que las empresas interesadas no pueden obtener la carta individual de exportador y sí sólo la sectorial, que otorga los mismos beneficios que la individual. La ordenación de un sector se refiere y debe contener los extremos siguientes: ámbito del sector, con determinación de las posiciones arancelarias que comprenda; sus principios informadores; órgano de gobierno, con la representación de los Ministerios afectados y de la Organización Sindical, normas para designación, competencia, funciones y procedimiento de actuación; medios económicos, sanciones y cualesquiera otros que se establezcan.

Dentro de la ordenación, y de acuerdo con las características del sector, puede preverse la constitución de varias unidades de exportación y las condiciones mínimas de organización y funcionamiento de tales unidades, pudiendo constituirse como tales unidades las empresas cooperativas.

El Decreto-Ley 16/1967 exige la constitución de un fondo destinado a su propio desarrollo y al fomento en común de la exportación del sector. Dicho fondo se formará de acuerdo con lo establecido en la ordenación correspondiente, en base a la desgravación fiscal y otras aportaciones que puedan obtenerse por la Carta Sectorial. La aproba-

ción de los proyectos de inversión de los fondos de cada una de las unidades corresponde al Ministerio de Comercio.

Pese a todo, esta figura, al igual que otras muchas —las asociaciones para la investigación, por ejemplo—, se encuentra repetidamente regulada en la dispersa legislación económica española, con la consecuencia fundamental de ser objeto de un trato diferente. Vimos ya anteriormente cómo la LUE preveía entre uno de los posibles fines de la sociedad de empresas, la comercialización exterior de sus productos. Esta misma actividad es recogida por el Decreto-Ley de 30 de noviembre de 1967, para integrar las agrupaciones de exportaciones con la esencial diferencia de dotar, a estas últimas, de una forma jurídica distinta de la típica sociedad. El objeto económico, es, por consiguiente, idéntico, pero la estructura jurídica que reviste al sujeto es esencialmente diferente. Sin embargo, y sin que exista ninguna explicación coherente para ello, las mayores ventajas fiscales y financieras se encuentran en las disposiciones de que ahora tratamos. No se comprende bien por qué dos figuras que gozan de idéntico contenido (la comercialización exterior) reciben un trato jurídico discriminado. Si la finalidad del legislador es el impulso del comercio exterior, y la promoción, para ello, de unidades exportadoras mayores, debería ser indiferente la forma jurídica que adoptase la unidad. En el caso de que se adopte la estructura societaria (sociedad de Empresas) los beneficios concedidos son muy inferiores a los que se lograrían en el supuesto de constituirse una mera “agrupación”. La única explicación posible consistiría en pensar que el mismo legislador cayó en su propia trampa (originada por la legislación profusa y dispersa a este respecto) y equiparó indebidamente ambas figuras. Por ello, nos parece que sería recomendable hacer extensivos los beneficios concedidos a la agrupación a cualesquiera otras formas jurídicas que pudiese adoptar el sujeto y que integrasen la actividad de comercialización exterior. Para ello, bastaría con aplicar una argumentación del tipo “unínove ord mains” al Decreto-Ley de 30 de noviembre de 1967, y hacer extensivos sus beneficios a la “sociedad de empresas” dedicada a esta actividad. Si la “ratio legis” que inspiró al legislador fue el logro de una mayor coherencia en las unidades exportadoras, los beneficios otorgados a la “agrupación” deberán otorgarse con mayor motivo a la “sociedad de empresas”, que supone un mayor grado de cohesión.

La confusión expuesta está motivada por la aplicación simultánea de dos textos: la LUE y el Decreto-Ley de 30 de noviembre de 1967 (que regula las agrupaciones para la exportación). En efecto, el supuesto específicamente regulado por esta última disposición, resultaría encajado en la categoría de “centros de imputación con personalidad jurídica sin forma societaria”, de modo que la posible colisión surgiría con la “agrupación temporal de empresas”, englobada en este mismo concepto. Pero también puede pensarse en constituir una “sociedad de empresas”, cuyo objeto sea la comercialización exterior

de sus productos (45), en cuyo caso parece que nos encontraríamos fuera de la regulación del Decreto-Ley de 1967. En este supuesto se constituiría una verdadera sociedad con personalidad jurídica" y no sólo una mera agrupación de empresarios tal como ya quedó expuesto anteriormente. Sin embargo, los mayores beneficios de que disfruta esta última categoría, en el caso de no hacerse uso de la argumentación anteriormente expuesta, harían preferible su utilización en lugar de proceder a la creación de una "sociedad de empresas) con este fin.

Los beneficios a que aludimos y que se conceden para la figura creada en el Decreto-Ley de 1967, no son tan sólo fiscales, sino que suponen ventajas financieras, fundamentalmente en forma de créditos a la exportación (su cuantía está en función a la categoría de que disfrute la "Carta de Exportador" concedida).

Las "asociaciones sin personalidad jurídica" del artículo 108 de la L.R.S.T. (incluidas en nuestra clasificación dentro del último nivel) también han tenido una feliz intervención en el campo de la exportación. El artículo 8 del Decreto 1.559/1970, de 4 de junio, admite la titularidad de "agrupaciones y uniones de Empresas", entre las que se encuentran las Asociaciones sin personalidad jurídica. Los únicos requisitos que se imponen a su actuación en este sector recaen sobre la inscripción en el Registro General de Exportadores y la necesidad de que la Asociación o un representante figuren como titular de las licencias de exportación, cuentas de desgravación fiscal, y en general, de la documentación relativa a la exportación. Las medidas de "ayuda a la exportación", concedidas por Decreto-Ley de 1967, serán disfrutadas por las Asociaciones en la misma medida que las "agrupaciones para la exportación".

2.3. *Centros de imputación sin personalidad jurídica y carentes de forma societaria: Asociaciones sin personalidad jurídica.*

Podría verse en los contratos de Empresa Piloto, típicamente franceses, el precedente de este tipo de contratos (46). Sin embargo, como expondremos a continuación, existen diferencias esenciales en cuanto a la estructura de ambas figuras, que las hacen irreconciliables. En el contrato de Empresa Piloto, quien contrata directamente es una sola Empresa, por encargo de todas las demás, a diferencia de lo que sucede en las asociaciones sin personalidad jurídica y en las agrupaciones (47), en las que todas las empresas concertadas se presentan como un todo homogéneo.

Esta figura, de mucho más interés que la Sociedad de Empresas, aparece en el panorama legislativo español con la Ley de Reforma del Sistema Tributario (art. 108), que fue desarrollada en este punto por la O. M. de 20 de abril de 1966. Legalmente se encuentran definidas

(45) Vid., LUE, artículo 1, ap. c).

(46) Cfr., sobre este punto, VICENT CHULIÁ, op. cit., págs. 436 y ss.

(47) Vid. apartado anterior.

en el citado artículo al disponer que, “cuando diversas personas sean físicas o jurídicas, se asocien para la realización de alguna actividad en común, en beneficio de la propia, sin llegar a constituir una personalidad jurídica independiente, disfrutarán de la exención del impuesto sobre sociedades las asociaciones así constituidas, al amparo de las normas que, sobre el particular, dicte el Ministerio de Hacienda, siempre que cada una de las personas físicas y sociedades tributen efectivamente por el impuesto general o a cuenta que les pueda corresponder”.

Al hilo de la clasificación sentada en los apartados anteriores, esta figura vendría a ser el último eslabón de la cadena. Se trataría simplemente de un “centro de imputación de intereses” carente de personalidad jurídica (lo que le separa de las agrupaciones temporales), y de forma societaria (en contraposición con los caracteres de la “sociedad de empresas”, que reúne estas tres condiciones).

Como requisito previo para el surgimiento de esta categoría se exige esencialmente la ausencia de personalidad jurídica. A éste deben acompañarle los dos siguientes: que su finalidad sea realizar alguna actividad en común que favorezca el ejercicio de la propia y que los asociados tributen por los impuestos generales o a cuenta que les puedan corresponder. Por su parte, el artículo 2, c) de la O. M. antes citada dispone que “los resultados económicos de cada ejercicio o, en su caso, la producción o los servicios de la asociación, sean distribuidos o imputados a cada una de las personas naturales o a las entidades integrantes de la asociación, las cuales habrán de tributar efectivamente por el impuesto industrial, cuota por beneficios o por el impuesto general sobre la renta de sociedades, según corresponda”. De otro lado, el procedimiento para la concesión de beneficios, no sólo es mucho más ágil que en los supuestos anteriores, sino incluso menos discrecional, ya que las devoluciones desestimatorias son recurribles en la vía económico administrativa. Autorizada la constitución y concesión de beneficios, deberán llevar su contabilidad con total independencia de la de sus miembros.

La categoría creada no parece, sin embargo, ofrecer demasiadas ventajas desde el punto de vista fiscal, ya que seguirá tributando por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, en virtud del núm. 26 del artículo 19 del Reglamento de 15 de enero de 1959 (48).

Con la figura del contrato de cuentas en participación (teniendo como sujetos del contrato a empresas o personas jurídicas), podría llegarse, indudablemente, a la misma consecuencia. Únicamente existe el inconveniente de tener un gravámen superior, en virtud de lo dispuesto en el núm. 27 del artículo 19 de este mismo Reglamento

(48) Dice este artículo que “el contrato, sean o no mercantiles las sociedades o personas que lo celebren, por el cual se hagan comunes o deban repartirse en la proporción convenida, el todo o parte de las ganancias o utilidades obtenidas por aquéllas, o los productos de bienes, empresas o negocios determinados, se considerarán como Sociedad de ganancias, liquidable sobre la base del usufructo de los bienes cuyos productos o utilidades sean objeto de la Sociedad”.

(por el que el contrato de cuentas en participación tributaría como constitución de Sociedad). Por lo demás serían perfectamente extensibles las exenciones fiscales dispuestas por el artículo 108 de la Ley de 11 de junio de 1964.

2.4. *La subcontratación como forma de integración de unidades económicas* (49).

Este fenómeno es de capital importancia dentro de la política industrial de los países desarrollados o en vías de desarrollo, siendo considerada una de las óptimas soluciones de reestructuración de la pequeña, mediana y gran empresa. Para la gran empresa la subcontratación supone una posibilidad de asegurar su crecimiento en mercados o coyunturas inestables caracterizados por deficientes estructuras industriales, generalmente poco especializadas. Por su parte, para la pequeña y mediana empresa, otorga una solución de supervivencia en las mismas circunstancias, a la vez que un medio de asociación en grupos mayores y más productivos, especializándose, sin por ello perder su independencia (50).

En España, sin embargo, contrariamente a lo que pueda pensarse como razonable y deseable, la subcontratación carece de regulación específica clara. De un lado, lo que jurídicamente se denomina subcontratación no coincide con la subcontratación económica, aunque en algunos casos, los menos, se produzca tal asimilación. De otro lado, pueden llegarse a ver algunas aproximaciones en determinados supuestos, no calificados de subcontratación en la legislación fiscal de concentración de empresas, pero que tampoco son todo lo flexibles, claros y universales que debieran.

Frente a la tradicional subcontratación jurídica, la subcontratación económica ha adquirido relevancia en el capitalismo moderno, aludiendo a la participación de una empresa en el proceso productivo de otra dimensionalmente superior, bien en una fase especializada del

(49) Cfr., sobre el tema, SÁENZ, "Una solución a la atomización: las cuasi-integraciones", *EED*, núm. 49, 1960, págs. 45 y ss.; GUTIÉRREZ GÓMEZ, "Posibilidades que ofrecen las Asociaciones y Uniones de Empresas en relación con las Centrales de Compras y las Bolsas de Subcontratación de las Cámaras de Industria de Madrid", *APD*, 1966; HOUSIAUX, "La quasi-integration", en *Revue Economique*, marzo y mayo de 1957: íd., "Experiences récentes de quasi-integration", *Revue Economique*, noviembre 1959, págs. 838 y ss.; Cámara de Industria de Madrid: Bolsa de Subcontratación, Primer año de servicio, 1964-65.

(50) No puede confundirse la subcontratación con el "franchising", aunque éste se realice, normalmente, en exclusiva. En efecto, por el "franchising" se permite la utilización de un sistema de producción, razón social, etc., contra una cuota inicial y un tanto por ciento periódico dependiente de la cifra del negocio en cuestión. El concesionario actúa con medios financieros propios, beneficiándose de compras conjuntas, asesoramiento, formación de personal y, en general, de las ventajas de una gran cadena comercial. Ello, no obstante, ofrece similitudes con las exclusivas y la subcontratación. Cfr., GRAB, "Un nuevo sistema financiero: el franchising", en *El Mundo Financiero*, núm. 296, 1971, pág. 5.

producto, bien colaborando en todo el proceso productivo en una época punta de demanda.

Como puede verse, la subcontratación económica es mucho más amplia y flexible que la jurídica y si lo que se pretende es encauzar aquel fenómeno moderno a través de este último, no sólo se la desvirtúa, privándola de su necesario dinamismo, sino que, incluso se llegaría a un nocivo fomento de la subcontratación horizontal, de cuya regresividad hoy nadie duda.

La LUE se refiere a la subcontratación en un solo artículo, el 8, que la doctrina apenas glosa. El citado precepto contiene un típico fenómeno de subcontratación jurídica, tratando de resolver el problema fiscal de las “contratas” con un alcance, como veremos a continuación, muy limitado y, también, perjudicial, ya que por pensar que el beneficio a la subcontratación que contiene tal declaración positiva puede ser ampliado a los varios supuestos de subcontratación económica, éstos se encuentran olvidados y desprovistos. Se trata, en suma, de una grave laguna que es necesario remediar, sobre todo pensando en la necesaria supervivencia de las pequeñas empresas a través de su forzosa especialización. Algo que no deja de ser curioso e ilustrativo es el hecho de que la LUE se promulgara pensando en este tipo de industrias.

2.4.1. *La subcontratación en la legislación española de uniones de empresas.*

Como dijimos más arriba, el artículo 8 de la LUE trata de un supuesto de subcontratación jurídica: en concreto, de la “cesión de unidades de obras”, existentes “cuando el titular de un contrato estipula por escrito con un tercero, de conformidad a la naturaleza y condiciones del convenio principal, la ejecución de posibles unidades de una obra o servicio” (51). Con este sistema de subcontratación, el que pretenda ejecutar determinada obra, de cualquier naturaleza, podrá contratar con un principal y éste subcontratar ciertas partes a terceras personas. Pues bien, a este segundo contrato es al que se beneficia fiscalmente en el meritado artículo 8 de la LUE, desarrollado por el artículo 12 de la Orden de 25 de enero de 1964.

A diferencia de lo que ocurre con los demás supuestos contemplados en la LUE, aquí los requisitos exigidos son mínimos—que el contrato sea escrito, se presente en los plazos fijados reglamentariamente y sea el subcontrato conforme a la naturaleza y condiciones del contrato principal—. Con sólo eso, se suprime la tributación nor-

(51) A este respecto, GARRIGUES considera las “contratas de exclusiva” como una de las formas de subcontratación más importantes, a pesar de la ausencia de legislación específica para estos supuestos. Vid. GARRIGUES, “Tratado de Derecho mercantil”, Tomo III, págs. 429 y ss. Cfr., sobre este tema para los EE.UU., el caso “Federal Trade Commission v. Motion Pictures Advertising Service Co.”, “Tampa Electric Co. v. Nashville Coal Co. y, en general, la Clayton Act. Sec. 3 y Sherman Act. Sec. 1”.

mal—el 1,40 por 100 de la cantidad total—y se bonifica discrecionalmente hasta un 95 por 100 del I. T. P. y A. J. D.

La subcontratación pública se encuentra regulada en la Ley de Contratos del Estado y su Reglamento (52). Con ella se recoge la modalidad de “subcontratación de obras y gestión de servicios públicos”. Para el primer supuesto se exige dar conocimiento a la Administración por escrito del subcontrato a celebrar, así como la limitación cuantitativa del mismo al 50 por 100 del presupuesto de la obra principal; para el segundo supuesto bastará la autorización de la Administración al gestor, previo conocimiento de las cláusulas y condiciones que regirán el subcontrato.

2.4.2. *Las cuasi-integraciones económicas y las Bolsas de Subcontratación en España.*

No es éste lugar para tratar de los problemas que tengan las pequeñas y medianas empresas (53). Aunque sea de forma muy general y, por lo tanto, simplista, conviene afirmar que no es nuestro país en el único que proliferan este tipo de industrias. Lo verdaderamente grave en España no es que el 99 por 100 de los establecimientos sean pequeños, sino que son minúsculos, ya que las empresas con menos de 10 obreros suponen el 90 por 100 y las que tienen empleados menos de 5 son el 80 por 100. De ahí que, aún necesarias, este tipo de empresas deben conformarse hacia una reestructuración que considere dimensiones reales (54)—no ideales—, contemplando medidas de colaboración en la organización, técnicas de gestión, producción, máxima productividad de la maquinaria, etc. (55).

Por su parte, las medidas de concentración industriales establecidas hasta ahora no atraen a la pequeña empresa. No hay más que estudiar los requisitos exigidos, o los beneficios concedidos, para deducir que el legislador montó la normativa de forma casi quimérica. Además, a ello hay que sumar los aspectos psicológicos que forman el substrato real del pequeño empresario burgués—seguridad frente a riesgo, temor a la privación del negocio,...—. En resumen, lo que la pequeña empresa necesita es su adaptación a competitividades de grado superior a las actuales. Ello explica, desde luego, la atención a momentos de otros países, históricamente similares a los actuales

(52) Cfr., VILLAR PALASÍ, “Apuntes de Cátedra”, Tomo VIII, Madrid, 1965-66.

(53) Vid., en general, CES, II.^a Mesa Redonda, “La Pequeña y Mediana Empresa”, Madrid, 1970, y la bibliografía citada en sus ponencias, así como las publicaciones de la Junta Intersindical de la Pequeña y Mediana Empresa (Vicesecretaría Nacional de Ordenación Económica).

(54) No nos referimos aquí, naturalmente, al problema de los “mínimos” que ya aparece en el capítulo III del Capital y que con inesperado mimetismo surge en la legislación industrial española de la década de los 60, sino a series y costes mínimos.

(55) Buen modelo de tales colaboraciones lo suponen las operaciones T. O. P., tan escasas en nuestro país. Cfr. “Concentración de Empresas”, loc. cit., págs. 196 y ss.

españoles, pero no, en cambio, mimetizar las legislaciones vigentes de otros países.

Con ello queremos significar el magnífico papel que, sobre este punto, deberían representar las "Bolsas de Subcontratación" (56). En efecto, considerando un país tan copiado legislativamente como Francia, fue necesaria su entrada en el Mercado Común para plantearse, sería e irremediablemente, las fórmulas de subcontratación practicadas desde mucho antes, en los Estados Unidos. En Burdeos se funda, en 1959, la primera Bolsa de Subcontratación—hoy existen decenas en todo el país—. En Inglaterra funcionaban ya desde 1948. Las Bolsas de Subcontratación deberían resolver en España, como en aquellos países, buena parte de los numerosos problemas de este tipo de empresas—mercado interior y exterior, financiación, mejora técnica—; sin embargo, su escasez y raquitismo, a lo que se unen preceptos como el Decreto 3.677/1970, de 17 de diciembre (por el que se responsabiliza a las empresas con funciones que deberían ser administrativas o sindicales), no lo permiten.

Por lo que respecta a las Bolsas de Subcontratación españolas, creada la primera en 1963, en Madrid, hoy existen de tres tipos: las sindicales, las cuasi-públicas—creadas por las Cámaras de Comercio e Industria—, y las privadas. Sin embargo, contra lo deseable, ni siquiera existen asociaciones plurirregionales de estas Bolsas. Además, no cubren todas las modalidades de acción interempresarial necesarias—centrales de compras o de ventas, préstamos colectivos, caja solidaria, seguro mutuo...—. En efecto, si su objetividad ideal es orientar los pedidos de un grupo de empresas asociadas, éste no existe más que muy limitadamente en la mayoría de las españolas, lo que, bien es cierto, se debe a la ausencia en nuestro país de sociedades o entes intermedios. Si las Bolsas quieren llegar a un óptimo desarrollo deben recurrir a cuantas modalidades originen el máximo de cuasi-integración, evitando inversiones innecesarias. No basta, en efecto, con la simple puesta en comunicación, sin intervenir en el resto del proceso de subcontratación industrial.

2.5. *Formas contractuales de denominación del mercado: fórmulas prohibidas por el Derecho español.*

No quedaría completa una exposición como la presente, sin hacer, aunque somera, una mención del llamado sector prohibido de la contratación intersocietaria. En legislaciones como la alemana, la mayoría de los supuestos de acuerdos contractuales de dominación del mercado se hallan recogidos y englobados en una figura unitaria, el Konzern (57), que integra tanto las relaciones de tipo real (participaciones en otras sociedades) como las contractuales, siempre que éstas sean constitutivas de un control unitario del mercado. En el

(56) Se entiende por tales Bolsas, aquellas instituciones que facilitan, mediante información u otros servicios comunes, la subcontratación especializada entre grandes y pequeñas y industrias.

(57) El "Consorti" italiano viene a cumplir esta misma finalidad.

Derecho español, si bien no existe una categoría uniforme semejante al Konzern, la regulación represiva de las medidas de control de mercado se encuentra recogida en un mismo texto legal: la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia, de 20 de julio de 1963. Es elogiable el propósito del legislador de recoger, en un mismo texto, la normativa aplicable a la contratación intersocietaria, que viene a operar así como regulación y límite coherente de la libertad contractual.

Las figuras expuestas en los apartados anteriores suponen las formas de unión queridas y propuestas por la Administración a los particulares. Su realización conlleva la adquisición de ventajas que, tales como las exenciones impositivas o las ayudas financieras, favorecen indudablemente a quienes las llevan a cabo.

En los apartados que a continuación se desarrollan se tratará de las formas "permitidas" por la Administración, pero cuya realización se encuentra sujeta, en todo caso, a un control. Se trata de evitar con ello, las posturas de dominación y abuso en el mercado a que puedan dar lugar. La LPRC (58) ha prescindido para ello de la utilización de categorías y supuestos tipificados, con el fin de no quebrantar la "regla áurea de la adecuación y proporcionalidad de la sanción" (59).

La oportunidad y necesidad de una normativa de este tipo, no viene más que a recoger una tendencia general traducida ya en realidades más allá de nuestras fronteras. Desde la publicación de la ley Sherman en EE.UU (1890) hasta las últimas regulaciones europeas en este sentido (Restrictive Practices Act 1956; G. B. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1957,...), las manipulaciones abusivas del mercado han ido evolucionando hacia nuevas técnicas que permiten eludir el control de la Administración. A estos efectos la primera manifestación tuvo lugar al implantarse las restricciones en EE.UU como consecuencia de la ley Sherman. Las grandes unidades económicas que allí operaban se vieron compelidas a buscar otros mercados donde este control fuese inexistente o apenas incipiente. De esta forma, se produjo una verdadera "exportación de la dominación de mercados" por parte de las empresas americanas (60), principalmente la dirigida hacia los mercados europeos. Las inversiones directas de capital norteamericano comenzaron a hacerse más y más abundantes hasta llegar a ahogar determinados mercados europeos y fundamentalmente sudamericanos. Los EE.UU. al intentar defender su propio mercado, obligaron a sus empresas a controlar los mercados extranjeros, inermes ante esta súbita penetración. Lo que es más grave; EE.UU tan sólo sufría una dominación originada por sus propios capitales nacionales, al fin y al cabo sin expoliación de sus recursos, pero en los mercados europeos y latinoamericanos el control

(58) Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia, de 20 de julio de 1963.

(59) Cfr. Exposición de Motivos LPRC, ap. 2.

(60) Cfr. sobre este punto, en general, SERVAN SCHREIBER, "Le defi américain", trad. esp., Barcelona, 1967.

era realizado por las sociedades americanas, que a causa de ello transferían cuantiosos beneficios al exterior, en detrimento de las balanzas de pagos de estos países.

Era necesario, por tanto, defenderse contra esta doble agresión. Por un lado el control ilícito de mercados, por otro la excesiva preponderancia de las sociedades extranjeras que en muchos casos tendían a acaparar sectores fundamentales de la economía nacional (61). Conforme un determinado país imponía una normativa restrictiva hacia las manipulaciones abusivas de mercado, sus propias empresas se sumaban a las americanas en la invasión de mercados extranjeros.

España no podía quedarse atrás en esta carrera, y fruto de ello fue la Ley de 20 de julio de 1963. Sin embargo, y por el mismo deseo de intentar lograr una normativa elástica, sus disposiciones han sido reiteradamente inaplicadas en muchos supuestos, dando al traste con las esperanzas que en ella fueron puestas.

La eficacia de las Leyes Sherman, Clayton, Robinson-Patman, etc., no radicaba tanto en la precisión de su redacción como en el ánimo con que se llevó a cabo su rigurosa aplicación. Grupos financieros tan poderosos como la General Electric, Dupont de Nemours, I. B. M., etc. (62), han sido, sometidos a las medidas de control de la "División Antitrust" que a este respecto funciona con encomiable independencia y expeditividad. La LPRC, a pesar de tener un contenido prácticamente idéntico al de aquellas leyes, no ha sabido o no ha querido otorgar a los servicios por ella creados (Tribunal, Consejo y Servicio de Defensa de la Competencia) la agilidad de sus homónimos norteamericanos.

Sin embargo, es preciso subrayar una esencial diferencia entre los tipos legislativos europeos y americanos, reiteradamente puesta de manifiesto. Los principios inspiradores de ambos grupos de disposiciones se encuentran plasmados en la oposición dialéctica de dos ideas: "Bigness is badness" contra "Mere size in no offence". Las leyes americanas, se encuentran inspiradas en el primero de ellos, y de ahí su mayor reacción contra todo tipo de actividades monopolísticas. Los países europeos, entre ellos España, han acudido, por el contrario, al segundo de los principios, dando como resultado una mayor relajación, a la hora de intentar reprimir actuaciones abusivas (63). Las Leyes americanas cortan cualquier abuso antes de que surja la unidad o el grupo que pueda producirlo (los llamados trusts o monopolios). Por el contrario, la legislación europea no establece ningún tipo de presunción y debe aguardar hasta que se produzca la situación abusiva para poder corregirla, ya que las situaciones de dominación no suponen, de por sí, una práctica ilícita. En rea-

(61) En España son bien explícitos los casos de Riotinto, Barcelona Traction, Tharsis Sulphur, Almadén III, Firestone, Montana, Hisma-Rowak, Sofindus, etc....

(62) Esta última tiene actualmente dos expedientes incoados, uno por la División Antitrust y otro por la "Control Data Co."

(63) Cfr. CORWIN D. EDWARDS, "Monteining Competition", N. Y., 1949, página 123.

lidad esta doble orientación podría sintetizarse en lo que se ha dado en llamar el "bewilderment of the lawyer" (aturdimiento del jurista), aplicado al jurista de corte latino, al encontrarse ante un Derecho completamente desconocido para él, basado en una realidad económica de estructura y motivaciones extremadamente complejas (64).

De los supuestos que a continuación se tratarán tan sólo han sido recogidas aquellas relaciones puramente contractuales que excluyen toda alusión a las formas de dominación estructural o real. Estas últimas serán examinadas en apartados posteriores, sin que por ello deje de ser importante el considerar que ambas categorías se hallan frecuentemente unidas. La LPRC recoge en su articulado, tanto las unas como las otras, intentando así otorgar una visión homogénea que supla la carencia de instituciones y conceptos existentes en otras legislaciones, y a los que al comienzo de este apartado hincamos referencia.

2.5.1. *Acuerdos de reparto de mercado: Cartel.*

Es el supuesto más típico y en el que con mayor atención ha reparado la doctrina (65). Supone la división del mercado en compartimientos estancos, con el fin de que cada sociedad o grupo de sociedades opere en una zona territorial determinada, sin invadir ni ocupar el resto de las zonas (66). Los precios que se fijen en estos mercados, intencionalmente fragmentados, no serán libres, sino falseados a través de la eliminación de la competencia real. Sin embargo, no es en lo absoluto fácil la determinación de este tipo de acuerdos. Por una parte, es preciso distinguir varios conceptos, dado que su conjunción es necesaria para la formación del cartel de mercado. En primer término, el "Line of commerce" o línea de comercio que supone el "mercado específico de un producto determinado". Para su conceptualización será preciso hacer referencia, bien a un producto único, bien a varios sustituibles entre sí, esto es, susceptibles de integrar el mismo mercado. En segundo lugar, se encuentra la llamada "section of the country", que expresa la compartimentación geográfica del mercado. A esta división territorial sería preciso añadirle el concepto anterior ("line of commerce") para poder constituir un auténtico cartel de reparto de mercado. En último lugar habrá que considerar el concepto de "relevant geographic area", que no viene a ser más que la dimensión de cada zona o mercado compartimentado (67) y mide el control efectivo dentro de la demarcación.

(64) Cfr. CHARLEY DEL MÁRMOL, "Les limitations de la concurrence dans l'organisation des achats et des ventes, par les entreprises qui dominant le marché", del volumen *Kartell und Monopole*, op. cit., pág. 455.

(65) Cfr., por todos, "Kartelle und Monopole im Modernen Recht", Institut für Ausländisches und Internationales Wirtschaftsrecht, Franckfurt, 1961.

(66) En España existe, en torno al mercado de la cerveza, un acuerdo de estas características, y a escala internacional es frecuente aludir al cartel del petróleo como paradigma de este tipo de coligaciones.

(67) Por ejemplo, la LPRC hace una referencia a este concepto, desde el punto de vista del "mercado nacional", en el artículo 21, núm. 7, al aludir

¿Cómo recoge la legislación española tales carteles? El artículo 1, ap. 2, de la LPRC, recoge este supuesto al prohibir “las prácticas surgidas de convenios, decisiones o conductas conscientemente paralelas que tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, ... o limitar la competencia en todo o en parte del mercado nacional”. La sanción que se dispone para estos supuestos parece la más acertada, ya que, al preceptuarse la nulidad de tales acuerdos (art. 1, ap. 2), se permite a cualquier contratante su resolución. Sin embargo, piénsese que la “vis obligandi” de estos convenios no se encuentra precisamente en su exigibilidad ante los Tribunales, sino en la coacción económica que supone la reacción del resto del grupo, en cuanto algún contratante incumpliera lo acordado. Con ella, mucha de la fuerza que la sanción legal parece llevar se desvanece étereamente ante la mayor presión de los motivos puramente psicológicos.

El artículo 3, ap. c), incluye explícitamente a los carteles de reparto de mercados, prohibiendo y sancionando su celebración (68). Esta especificación supone una acertada medida, al reducir la extensión del supuesto de hecho y aproximarse en mayor grado a la multiforme realidad que intenta regular. La redacción utilizada es bastante realista, y recoge tanto los supuestos de compartimentación en la oferta de los productos como en la demanda de los suministros o aprovisionamientos.

La Ley Clayton (1914), sec. 7, y la Ley Sherman, sec. 1, recogen de una manera explícita estos convenios. En tales disposiciones se basó el artículo 3, ap. c), de la LPRC, para establecer la distinción apuntada más arriba. Las leyes americanas distinguen, a este respecto, entre acuerdos verticales, horizontales y representaciones territoriales exclusivas. Los acuerdos verticales pueden ser lícitos y se refieren al pacto de no competir en determinada zona territorial, siendo celebrados entre dos unidades representativas de distintas fases de un proceso productivo —por ej., suministradores, vendedores, abastecedores, fabricantes, etc....—. Los acuerdos horizontales, los más típicos, tienden ya a eliminar la competencia entre dos unidades económicas, operantes en la misma fase productiva. Por último los contratos de representación exclusiva suponen un resultado semejante al alcanzado con la subcontratación abusiva, a que más adelante se hará referencia —por ejemplo, los contratos de suministro en exclusiva—. En realidad deberían ser incluidos aquí, ya que para nada influye el hecho de llevarse a cabo con las unidades más cercanas al mercado (vendedores), en lugar de celebrarse con las más lejanas (abastecedores). (69).

al control “del 30 por 100 o más del mercado nacional de un determinado producto”, pero sin aludir a los mercados regionales.

(68) El artículo 3, ap. c) dice textualmente: “Repartir los mercados, las áreas territoriales o sectores de suministros o las fuentes de aprovisionamiento”.

(69) Para más ampliación, cfr. JAIME VILLEGAS, “Monopolio y Competencia”, ed. Librería jurídica Villegas, Madrid, 1970, págs. 52 y 55.

2.5.2. *Acuerdos de acaparamiento del suministro: la subcontratación prohibida.*

Las formas de subcontratación examinadas en el apartado 2.4. son normalmente practicadas sin que ello produzca necesariamente un acaparamiento o una estrangulación del mercado. Sin embargo, el empleo abusivo de estos convenios puede dar lugar a una canalización exclusiva en el abastecimiento o en la oferta de productos, en favor de una empresa determinada, abocando, a la larga, en un monopolio del mercado. Esto es perfectamente posible al operar con macro-unidades de producción, que, por sus propias existencias de fondos y volúmenes de ventas, pueden lograr esta exclusividad abusiva.

El monopolio se produce en primer término, no en el mercado propio de los productos de la empresa, sino en el mercado de su abastecimiento. Al acaparar este mercado, se impide el aprovisionamiento de las competidoras que de esta forma se verán obligadas a importar las materias primas a precios normalmente mayores. En suma, a consecuencia del aumento de los costos en estas empresas, disminuirán sus beneficios marginales y tenderán a desaparecer del mercado.

La defensa normalmente utilizada para evitar este proceso, ha sido lo que más adelante se denomina como "desconcentración aparente". Mediante ella, la empresa matriz crea sus propias filiales de abastecimiento, evitando así el posible estrangulamiento por el encarecimiento de las materias primas. Lo evidente es que este procedimiento resulta ostensiblemente más caro que el de la subcontratación, pudiendo llevarse a cabo únicamente por las grandes unidades económicas.

La prohibición genérica establecida en el artículo 1 de la LPRC, al que ya se hizo alusión, es comprensiva de este tipo de acuerdos, que se integran en el "supuesto de hecho" descrito en el artículo 2, ap. d), al expresar que "... una empresa goza de posición de dominio cuando para un determinado tipo de productos o servicio es la única oferente o demandante, dentro del mercado nacional"... (70). La alusión a la exclusividad en la "demanda" impide la primera fase descrita de este tipo de convenios (la extensión alusiva de los contratos de exclusiva con los proveedores), mientras que la "exclusividad en la oferta" viene a sancionar la fase final del proceso, una vez que se ha consolidado el mercado y se ha eliminado la competencia.

Es interesante hacer referencia aquí a algunos tipos de contratación frecuentes en la práctica americana y que actualmente son utilizados por la mayoría de los países europeos. Tales son los llamados "Tied contracts" y los contratos de exclusión. Los primeros son aquellos por los cuales un fabricante o un distribuidor conviene en vender su producto con la condición de que el comprador no trafique en mer-

(70) La forma jurídica que pueden adoptar este tipo de contratos es enormemente pluriforme, estando la mayoría basados en la libertad contractual del Derecho español (contratos de exclusiva, franchising, contratos de intercambio comercial, etc.).

cancías de la misma clase de otros fabricantes o distribuidores competidores (71).

Una modalidad de estos contratos lo constituye la llamada “venta atada”, por la que un vendedor rehúsa vender un artículo o mercancía a menos que el comprador adquiera además otro artículo distinto, ofrecido por la misma empresa. El caso “IBM Co. versus United States” tenía por objeto resolver acerca de la licitud de este tipo de contratos. La IBM cedía en arriendo sus computadores con la condición de adquirir al tiempo sus propias tarjetas perforadas, que en el mercado podrían obtenerse a menor precio producidas por otros competidores (72).

Los contratos de exclusión son definidos por la Sec. 3 de la Ley Clayton, como cualquier arrendamiento, venta o contrato de maquinarias, mercancías, patentadas o sin patentar, por las que se fije un precio o haga un descuento especial, con la condición, acuerdo o inteligencia, de que el arrendatario o comprador no use la maquinaria o trafique en las mercancías de un cómpetidor o competidores del arrendador o vendedor. Estos contratos son declarados ilícitos por esta Ley si “pueden reducir sustancialmente la competencia o tender a crear un monopolio” (73). Con ellos se tiende a abusar de lo que la LPRC denomina “posición de dominio en el mercado” (74), presionando sobre la libertad de aquellos con quien contrata.

2.5.3. *Acuerdos de regulación unitaria de precios.*

Suponen otro tipo específico de cartel y quedan englobados en el artículo 3, apartado a) de la LPRC, que incluye como tales los dirigidos “a fijar, directa o indirectamente, los precios de compra, venta u otras condiciones de transacción”. La dificultad empero, de detectar coligaciones de este tipo es inmensa, ya que, cara al exterior, no tienen otra manifestación que la subida periódica de precios, sin que ello pueda imputarse a convenios o acuerdos celebrados con este fin.

La actuación de la Administración deberá estar, en consecuencia, basada en la presunta existencia de tales convenios, pero si ya se ha inhibido en otros supuestos mayormente manifiestos, difícilmente actuará en casos como el presente que sólo se basan en una simple presunción. Es de señalar, no obstante, que la preocupación primordial de la LPRC recae en la estrecha vigilancia de los acuerdos que, como el actual, directamente inciden sobre los precios. Por repercutir sólo indirectamente sobre ellos, ocupan un segundo lugar otros supuestos, como la canalización de la demanda, exclusividad en los mercados de aprovisionamiento, etc. (75).

(71) Cfr. JAIME VILLEGAS, op. cit., pág. 63.

(72) JAIME VILLEGAS, op. cit., pág. 64, vol 298 U.S. 131 (1936). Un caso semejante también citado por este autor es el de la “Automatic Canteen of America v. Federal Trade Comision” 346 U.S. 61 (1953).

(73) JAIME VILLEGAS, op. cit., pág. 63.

(74) LPRC, artículo 2.º.

(75) Ello se encuentra motivado por la mayor urgencia que requieren

Para lograr este objetivo será preciso hacer uso de la institución de las "conductas conscientemente paralelas" que, a este respecto, fueron recogidas por la LPRC, de los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma. Con esta categoría se trata de soslayar, precisamente, la dificultad que entraña el descubrimiento de los convenios celebrados para este fin. De esta forma no será preciso demostrar su existencia, bastando la constatación de un hecho externo tal como las variaciones y determinaciones paralelas de los precios (76). Esta verificación será mucho más sencilla para la Administración en los casos de productos esencialmente diferentes, por la multiplicidad de costes o factores integrantes que intervienen en la formación de sus precios. En otros casos, resultará más complicado por la propia homogeneidad de los productos, ya que normalmente sus precios estarán nivelados sin necesidad de acuerdos o convenios para lograrlo.

Este concepto de "conductas conscientemente paralelas"—como método para la determinación de los hechos punibles, y no como hechos sancionables en sí—difiere de la interpretación dada por la Sentencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 3 de diciembre de 1966, al considerarlas así cuando "dos o más personas sin previo acuerdo siguen, a sabiendas de que así es, unas mismas actuaciones en el campo comercial". Tales actuaciones no surgirán nunca espontáneamente, sino que serán fruto de un convenio o acuerdo. El secreto o la imposibilidad de demostrar su existencia no es motivo bastante para negarla. Por tanto, "las conductas paralelas", suponen un medio para la presunción de los acuerdos y no un hecho punible "per se", tal como da a entender la Sentencia antes citada.

Como puede suponerse, tales acuerdos necesitan de un órgano coordinador (con representación de cada una de las empresas) que determine en cada momento el precio efectivo en el mercado. El límite para su elevación se encontrará, consecuentemente, en función de la extensión del acuerdo. Si éste agrupa a la mayoría de las empresas operantes en el mercado, la coligación actuará, de hecho, como un verdadero monopolio, y los precios no tendrán más límite que la propia elasticidad de la demanda, conjugada con la posibilidad, más o menos mediata, de encontrar productos substitutivos. En este sentido, los precios de las mercancías o servicios importados vendrán a jugar el papel de "techo efectivo" de los precios interiores. Los perjuicios que tales actuaciones pueden causar en la balanza de pagos de un país podrían ser desastrosos. Los consumidores llegarían a orientar su demanda hacia los productos importados y aquélla se haría deficitaria o incrementaría, aún más, su desequilibrio.

En el supuesto de que el convenio abarque tan sólo a un grupo de las unidades existentes en el mercado, se lograría una mayor co-

aquellas prácticas, al actuar directamente sobre un elemento que, como los precios, influye decisivamente en la corriente monetaria del país.

(76) Obviamente, no se trata aquí de los precios impuestos convenidos o declarados por la Administración, sino por los particulares de forma autónoma.

herencia en la actuación frente al resto de la competencia. Normalmente, los efectos a corto plazo de tales grupos serían beneficiosos, ya que tenderían a fijar precios bajos unitarios, con el fin de eliminar a los competidores no incluidos en el acuerdo. Pero, una vez logrado este objetivo en el ámbito del convenio, éste abarcaría la totalidad del mercado, con los perniciosos efectos que esto conllevaría, y que ya señalamos anteriormente.

Por último, cabría señalar que este tipo de acuerdos es frecuente que se combinen con los carteles de reparto de mercados. Se formarían, así, grupos de empresas dentro de cada demarcación territorial, que actuarían como auténticos monopolios, al no existir en el mercado asignado competencia exterior.

2.5.4. *Acuerdos abusivos basados en una posición de monopolio de derecho en el mercado.*

Existen determinadas “posiciones de mercado” que, de hecho, suponen una actuación monopolística. Pero lo más curioso de ellas es que son el resultado de la protección legal otorgada por la Administración a determinadas formas de la propiedad. Así, la propiedad industrial resulta, en este sentido, una verdadera autorización implícita para el uso exclusivo de un determinado mercado.

En base a la protección temporal otorgada por el propio Estado (10 a 20 años) a las patentes de invención, introducción, marcas, etcétera..., se logra la exclusión de la competencia (¡que en estos casos se denomina también ilícita!) que actúe en ese mismo mercado. Son éstos los llamados “pequeños monopolios”, que han originado la expansión inicial de muchos de los grupos económicos existentes en la actualidad (77).

Autores como Sigmund Timberg han negado, sin embargo, la intrínseca correlación existente entre los monopolios y las leyes de protección industrial: “the patent and trademerk systems envisage the setting up of exclusionary monopoly, while antitrust legislation is directed at the elimination of monopoly and exclusionary practices” (78). Pero, ya la Sherman Act se hace eco de los peligros que conllevaría una aplicación desmesurada de las medidas y protecciones otorgadas por la Federal Patent Act (1793) y prohíbe todo tipo de limitaciones impuestas a los cesionarios de licencias por sus cedentes (79).

La LPRC, al prohibir en su artículo 2 las prácticas abusivas mediante las cuales una o varias empresas explotan su posición de dominio en la totalidad o en parte del mercado, parece hacer referencia

(77) El caso de la “International Bussines Machine” en el campo de los ordenadores es uno de los más típicos.

(78) Cfr., sobre este punto, SIGMUND TIMBERG, “International Patent and Trademark licence and interchanges: The U.S approach”, pág. 751 del volumen *Kartelle und Monopolle in Modernen Rech*, op. cit.

(79) Algunas limitaciones impuestas al concesionario, tal como sucede en las *One-Way Patent Licences* no parecen estar expresamente prohibidas por la Ley Sherman.

a este supuesto que comentamos. Lo que se prohíbe no es la situación de dominación que, como en el caso de la propiedad industrial, son legalmente protegidas, sino las prácticas abusivas que tal posición conlleva (80).

A este respecto, es interesante traer a colación los "tied contracts" y los pactos de exclusiva a que ya se hizo referencia anteriormente. Mediante ellos, la sociedad que goza de monopolio a causa de la titularidad de una patente de invención (o de la cesión de su explotación) obliga a sus compradores a adquirir otro producto, también suministrado por ella, sin lo cual la primera venta no tendría lugar. De esta forma se consigue una situación de monopolio para productos que legalmente no deben gozar de esta protección. Se trata, como se ve, de un evidente abuso de la posición dominante en el mercado que la LPRC ha incluido acertadamente en el seno de su regulación.

Otro problema relacionado con esta figura y que quizá constituye su contrapunto, es el referente a los supuestos de "negación a la contratación" por parte de las unidades monopolísticas, sean éstas consecuencia de la protección a la propiedad industrial o no (81). Se trata de indagar hasta qué punto no constituye una obligación el hecho de no discriminar en los contratos celebrados por las unidades monopolísticas con sus oferentes o demandantes. Ya Nipperdey, en 1920, exponía este tema (82) que tanta actualidad ha llegado a tener y que ha dado origen a numerosas y diversas posturas en la doctrina. El "nudo gordiano" de la cuestión residía en justificar de algún modo la índole de esta obligación, ya que, en esencia, se estaba ante una colisión de principios. Por un lado había que defender la "libertad contractual" que tantos "ríos de tinta" había hecho correr. Por otro, era preciso salvaguardar a los pequeños y medianos empresarios, de las posiciones y abusos de los grupos monopolísticos. Para ello se propusieron diversas soluciones, entre las que destacó la fórmula de Larenz. Consistía en establecer una específica obligación a contratar para todos aquellos productores de "Lebenswichtiger Güter" —productos vitales—, de forma que fueran compelidos a vender sus mercancías, sin posibilidad de establecer discriminaciones (83). Sin embargo, pronto se encontró la primera objeción a esta teoría, ya que, como acertadamente apuntó Bück (84), no se lograba más que traspasar el problema a la determinación de lo que debía entenderse por "Lebenswichtiger Güter" —producto vital—.

(80) En este mismo sentido, vide "Comentario a la ley Española sobre represión de las prácticas restrictivas de la Competencia", Seminario dirigido por Guillermo Senén de la Fuente, Ed. por Soc. de Estudios y Publicaciones, 1964 página 80.

(81) Cfr. sobre este punto, STOLFI, L'obbligo legale a contrattare", *Riv. Dir. Civile*, 24 (1932), pág. 105; PATTERSON, "Compulsory contracts in the crystal ball", 43, *Columbia Law Rev.* (1943), pág. 731.

(82) Cfr. NIPPERDEY, "Kontrahierungszwang und diktierter vertrag" (1920).

(83) LARENZ, "Lehrbuch des Schuldesrechts", 4, *Sufl. BdI* (1960), pág. 37.

(84) BÜCK, "Von Kontrahierungszwang Zur Abschlusspflicht" (1940).

En Francia, sin embargo, el problema se orientó en otro sentido y se “publicó” este tipo de contratación. De esta forma se conceptuó el “refus de vente” como práctica punible que atentaba contra el principio de no discriminación (85). Se trataba, en palabras del propio Jossierand, de un verdadero “abus de droit de ne pas contracter” que conllevaba la sanción de la Administración. En esencia, no era otra cosa que un mero paralelismo con el “duty to serve” aplicable a los servicios públicos y que, en este caso, se imponía a una nueva categoría: los servicios necesarios. En España, parece aplicable esta última solución al estar intervenidos administrativamente la mayor parte de los “servicios necesarios” y ser fácilmente denunciable una práctica en tal sentido. Sin embargo, como ya habrá podido intuirse, el verdadero problema no reside en este sector (nos referimos a los llamados “servicios necesarios”), sino en las mercancías o servicios de cualquier tipo. Tanto las soluciones propuestas por Larenz como las de la doctrina francesa, apuntan en la misma dirección, soslayando el verdadero centro de la cuestión.

Los casos de “US. v. Colgate Co.” (86) en EE.UU, OLG. München WuW. (1960), OLG. Hamm, WuW. (1951-52), etc. ..., son los verdaderos exponentes de la esencia del problema. En ellos se trata de supuestos en los que una “macrounidad” (con monopolio de hecho) se niega a contratar con pequeños oferentes o demandantes habituales, con el fin de excluirlos del mercado. No son aplicables aquí las teorías del “refus de vente”, para los servicios necesarios ni del “deuty to serve”, propio de los servicios públicos. Es preciso arbitrar una obligación de tipo general que sea comprensiva de todo tipo de productos y servicios y atienda, no a la índole de éstos, sino a la posición de la empresa que los ofrece en el mercado. Si la posición de ésta supone una dominación o monopolio de hecho, deberán prohibirse las discriminaciones en la contratación. Si, por el contrario, se trata de una empresa que no goza de tal posición, subsistirá la libertad contractual y la eventual elección del contratista.

En este amplio sentido se han pronunciado las más recientes leyes, tales como la holandesa de 28 de julio de 1956 (87) y la española de 20 de julio de 1963 (LPRC). En esta última podrían encuadrarse tales prácticas dentro del contexto de su artículo 2.º, ya comentado (88), que vendría así a englobar a todo tipo de prácticas abusivas.

2.5.5. Acuerdos de uniformidad en las variaciones de precios.

Los precios globales que las unidades económicas diversificadas ofrecen al mercado, sufren fluctuaciones a lo largo de un período determinado. Estas variaciones obedecen a múltiples motivos entre los que suelen presentarse con mayor frecuencia los llamados “precios de

(85) En este sentido parece apuntar el Decreto de 9-VIII-53.

(86) Cfr. “US. v. Colgate Co.”, 250 US. 300 (1919).

(87) Modificando la Ley de 16 julio 1958.

(88) Se trata de la prohibición genérica de abuso de las posiciones de dominio en el mercado.

liquidación". Las grandes "organizaciones de venta" (89), del tipo de los almacenes, galerías comerciales, etc., son a este respecto las que mejor pueden representar el prototipo de las "unidades económicas diversificadas".

En el supuesto de que coexistan dentro de un mismo mercado (que en estos casos, y salvo en el de sucursales descentralizadas o sistemas "franchising", no suele extenderse más allá de la población donde radica) es lógico suponer que la no coincidencia de la época de "rebaja de precios" llevaría a un desequilibrio pernicioso para todos en las ventas efectuadas. En efecto, la demanda se orientaría cada vez hacia la unidad que hiciera uso de los "precios rebajados", dejando de acudir durante este período de tiempo a los restantes. Se producirían de este modo beneficios discontinuos originados por la rotación en la dirección de la demanda, que sería excesiva en los períodos de rebajas, mientras que en los restantes sería insuficiente para llegar a un equilibrio deseable con la oferta de productos. De esta forma, el nivel de precios general tendería a bajar desmesuradamente, hasta llegar a equilibrar la oferta y la demanda. Para evitar esta tendencia general a la baja de los precios, nada más lógico que llegar a un acuerdo entre todas las unidades operantes en el mercado, de modo que los períodos de precios rebajados sean coincidentes en el tiempo. Así, no existirá una demanda de dirección rotacional, y tanto ésta como los precios gozarán de homogeneidad, dentro del entorno del acuerdo.

Existe, sin embargo, un riesgo evidente al permitir la legalidad de este tipo de acuerdos. Supongamos un mercado cerrado, con un convenio de esta clase, que coaliga a todas las unidades operantes en el mismo. Estas unidades disfrutarán del mercado en términos de verdadero oligopolio, gozando, a la vez, de un margen considerable de beneficios. Si en un momento posterior se intentare la creación de una nueva unidad, el grupo de empresas ya instalado en el mercado reaccionaría contra ella, intentando eliminarla, con el fin de no perder un porcentaje de la demanda de la que ya disfrutaban. Para ello el mejor método a su alcance consiste en negar sencillamente la entrada de esta nueva unidad en los términos del convenio.

La consecuencia fundamental que cabría deducir de todo lo expuesto, es la formación de "mercados cerrados", con la consiguiente eliminación de la competencia, que producen los acuerdos como el presente.

La prohibición de estos convenios no se encuentra, sin embargo, recogida expresamente por la LPRC y no podría declararse su nulidad en la etapa inicial. Sí podrán aplicarse, en cambio, las disposiciones de esta ley, en fases posteriores, esto es, cuando se impida, a través del grupo coligado, la inclusión de un tercero en el mercado. Para ello debería aplicarse la abstracta descripción del artículo 1.º de esta Ley, con la ayuda del instituto de las "conductas paralelas" apuntado más arriba.

(89) En el sentido a que se refiere el artículo 10, b) pág. 2, del T.R. del I.T.E., aprobado por Decreto 3.314/1966, de 29 de diciembre.

2.5.6. *La competencia aparente.*

La desconcentración de unidades económicas de cuyo concepto y características se hablará más adelante (90), ofrece un contrapunto obligado en su actuación cara al mercado exterior. Realmente sería difícil indagar la motivación efectiva que mueve a esta desconcentración, ya que en unos supuestos obedecería a razones de puro "control interno" (interés en lograr una compartimentación de la responsabilidad, en descongestionar determinadas actividades de la unidad principal, etc. ...), y en otras al interés de crear la ficción de un mercado competitivo, con el fin de ampliar la demanda efectiva. En cualquier caso se trata de un fenómeno existente en la realidad cotidiana y del que tenemos palpables muestras en las campañas publicitarias actuales.

El origen de este procedimiento de aumentar el volumen de ventas se encuentra en Estados Unidos, donde al comprobarse la saturación psicológica de la demanda ante determinada marca o producto, se recurrió al sencillo procedimiento de crear una nueva demanda, para un producto en apariencia independiente del anterior, con el fin de atraer hacia él el excedente de la demanda del producto originario. De esta forma se hace creer al consumidor que la "libertad de elección", a veces tan apreciada por él, sigue existiendo, aunque en realidad se trate de una pura ficción publicitaria.

La competencia aparente no precisa, como es obvio, de una concentración subyacente (91), sino que puede existir dentro de una misma firma o persona jurídica. La diversificación se produce únicamente en el mercado y no en las unidades de producción que pueden estar indistintamente concentradas o desconcentradas.

El peligro que esta actuación ofrece es mayor quizá que en los supuestos anteriores, ya que aquí lo que se produce es un fraude, no a la Administración, sino a los consumidores. Si en el caso de "competencia aparente", originada por una misma sociedad, podría imponerse la mención obligada de esta procedencia, en el supuesto de existir una desconcentración como la descrita, esta obligación carecería de sentido, ya que cada unidad funciona con una personalidad jurídica diferente.

Nada más propicio que la existencia de un mercado competitivo ficticio para la creación de situaciones encubiertas de monopolio y dominio de mercado. La Administración puede llegar a controlar los primeros movimientos de esta "competencia aparente", pero es evidente que acabaría por perder su rastro en cuanto se trasladara a otros mercados de productos superpuestos y entrecruzados con el anterior, dependientes también de la misma unidad económica.

Actualmente no interesa tanto la política de precios altos como la de volumen de ventas. Si a primera vista puede parecer que esta

(90) Vide., pág. 71, ap. III.

(91) Esto es, que los diversos productos se elaboren u ofrezcan en empresas diferentes, aunque controladas por la matriz.

mutación en la política de las empresas es inocua (o por lo menos no tan perniciosa como las situaciones de precios abusivos monopolísticos), basta un análisis ligeramente detenido de la situación para convencerse de lo contrario.

Las más potentes macrounidades operantes en los países en vías de desarrollo pertenecen a sociedades y grupos extranjeros. Si la política de "competencia aparente" es practicada generalmente por estas grandes unidades (92), ello quiere decir que la demanda global del mercado en que actúan, tenderá a orientarse hacia ellas en detrimento de las restantes unidades operantes. Estas no podrán generalmente sostener un nivel publicitario equivalente al practicado por aquéllas, y, por tanto, serán excluidas de la atención del consumidor. Los beneficios producidos por el aumento en la demanda, serán transferidos al exterior (93), que de esta forma comenzará a bombear los recursos monetarios interiores en perjuicio de la balanza de pagos del país.

Por último, y para concluir esta exposición, baste indicar que en este supuesto no se produce ninguna acción concertada entre diversos sujetos, sino que tiene lugar todo lo contrario: la creación de una situación ficticia de inexistencia de acción competitiva. Así, la acción se encuentra, no en la inexistencia de esta acción, sino en los presupuestos para que ésta sea posible (diversidad de sujetos económica y jurídicamente independientes). Con ello se logra un beneficio difícilmente controlable o conceptuable en términos jurídicos, que se traduce en un aumento efectivo de la demanda.

Ningún supuesto como éste, sin embargo, como para hacer patente la inaplicación y la efectividad de la LPRC ante una realidad más pujante que la propia coacción normativa. El artículo 1.º de esta Ley prohíbe expresamente los "convenios... que tengan por objeto o produzcan el efecto de... falsear... la competencia". Parece irónico que siga manteniéndose tal disposición, cuando a los ojos de todos se encuentra una realidad que repetidamente la contradice. Si en algunos casos es deseable la elasticidad en la descripción del supuesto de hecho normativo, en otros, como el presente, sería aconsejable una mayor precisión que tendiese a evitar estas situaciones.

2.5.7. *Acuerdo de reparto de mercados específicos en las macrounidades económicas.*

Se trata de un tipo especial de acuerdos por el que una unidad económica, diversificada en cuanto a la multiplicidad de mercados en que ofrece sus productos, cede a otra, de igual o parecidas características, uno de los mercados específicos en que opera.

Las formas que puede adoptar un acuerdo como éste, pueden ser

(92) Las pequeñas y medianas unidades no necesitan acudir a ella, ya que su oferta será normalmente absorbida por la demanda existente.

(93) Actualmente, y en virtud del Decreto de 17 de mayo de 1962, se declara la libre transferencia de beneficios para las sociedades de capital extranjero.

tan pluriformes y variadas que sería inútil el ofrecer una relación exhaustiva de ellas. Por tanto, sólo se tratarán algunas de sus formas más importantes como paradigma y elemento de análisis de todas las teóricamente posibles.

En primer término la realización de un contrato con este objeto deberá producir consecuencias en la estructura de ambas unidades económicas (cedente y cesionaria). Lo que se contempla en este apartado no es tanto la cesión de elementos materiales (establecimientos, fábricas, maquinaria, etc.) como la de aquellos otros inmateriales, pero de indudable contenido económico (94). Se trata de la transmisión de una parte del objeto social a que determinada sociedad se dedica.

El contenido específico de esta figura quedará, por consiguiente, reducido al pacto que normalmente acompaña a estas transmisiones, de naturaleza esencialmente convencional. Mediante él, la unidad cedente se compromete a no ejercer la actividad transmitida, y por tanto, a eliminar la posible competencia en esta parcela de mercado.

Las modificaciones precisas en la estructura de las sociedades contratantes afectan en primer lugar a la configuración jurídica de sus respectivos objetos sociales. En la unidad cedente, no será preciso proceder a su reducción (aunque puede estipularse así para mayor seguridad del cesionario), ya que se trata únicamente de una supresión de determinadas actividades que se realizaban por la empresa. El objeto social, como forma estatutaria que autoriza tales actividades, es algo diferente de éstas. El hecho de que se encuentren autorizadas por aquél, no implica el que efectivamente deban ser realizadas, sino únicamente *que pueden realizarse*.

En la sociedad cesionaria, por el contrario, deberá procederse, normalmente, a la ampliación del objeto social, si las nuevas operaciones no quedan englobadas en su redacción. Por lo general, sin embargo, el contenido otorgado inicialmente a estos "objetos sociales", suele ser muy amplio (95), de forma que lo único que tendrá lugar será una ampliación de las operaciones de la empresa, con las mínimas formalidades previstas en el artículo 86 LSA.

La ilicitud de estos contratos sólo podrá ser declarada en el supuesto de que den lugar a posiciones de dominación de mercado. Si la unidad cesionaria contaba ya, entre sus operaciones normales, con aquellas que son objeto de la transmisión, se producirá un aumento estimable en su mercado específico. Tal aumento podría producir la consecuencia de transformar en monopolística una actuación que inicialmente no lo era (por encontrarse repartida entre dos unidades

(94) Los elementos inmateriales, tales como patentes, "know how", clientela..., al ser considerados como elementos patrimoniales, se excluyen también de este epígrafe.

(95) La adición de cláusulas de estilo, tales como "y cualesquiera otras actividades que directa o indirectamente...", ha llegado a constituirse en una práctica abusiva de ampliaciones encubiertas de objetos sociales, con el fin primordial de eludir el pago del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (art. 54 T. R.).

diferentes). La sanción para tales convenios debería ser la nulidad radical, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.º, ap. 2, de la LPRC.

2.6. Arrendamiento de empresas (96).

De conformidad con nuestro Código Civil puede definirse el arrendamiento de empresa como “aquel contrato mediante el cual un empresario, sociedad o empresa, cede a otro u otra, por precio cierto y tiempo determinado, la explotación de una empresa mercantil para su goce y uso” —artículo 1.543—.

El primer problema que plantea esta institución es el de su posible existencia jurídica, cuestión que aparece como efecto del reconocimiento que el Derecho haga de la empresa misma como sujeto de derecho y objeto de tráfico jurídico. Pues bien, sin entrar ni salir en esta polémica (97), aunque es bien cierto que el arrendamiento de empresa encuentra dificultades en nuestro Derecho, no puede decirse que le sea desconocido.

La vocación del mundo moderno hacia la economía obliga al profesional —trátese de jurista o de cualquier otro científico— a aceptar realidades económicas que pueden ser —y de hecho lo son en muchos casos— desconocidas para ciencias distintas. Sin embargo, la ausencia de un concepto jurídico de empresa en buena parte de los derechos capitalistas occidentales no obliga al desconocimiento de realidades económicas de base, como lo es el arrendamiento de una empresa. Tal desconocimiento no puede ni debe cercenar el fenómeno económico de la concentración industrial. Precisamente por eso, es normal encontrar el reconocimiento de este tráfico mercantil en disposiciones ocasionadas por crisis o luchas sociales, aunque en las mismas el fenómeno se regule de manera perspectival (98). Y, de forma continuada, ante el desconocimiento positivo, el buen sentido común de nuestra jurisprudencia ha ido reconociendo y configurando tal realidad indudable, trasplantándola a través de la doctrina legal, al dialéctico mundo del Derecho.

Del mismo modo, la doctrina no puede sino buscar resquicios legislativos que apoyen un cierto progresismo jurídico en este campo. Así, se dice, el concepto jurídico de empresa puede derivarse, no sin dificultades, de los artículos 1.532 y 1.928 del Código civil.

De todo ello se deduce que nuestro Derecho no desconoce el concepto de empresa como objeto de tráfico jurídico. Además, la postura contraria sería tan contradictoria que supondría afirmar que nuestra legislación fiscal o laboral reconocen, por evidentes, reali-

(96) Cfr. entre otros, VICENT CHULIÁ, *op. cit.*, págs. 147 y ss.; BROSETA, “El arrendamiento de empresa”, Valencia, 1965; GARRIGUES, “Curso de Derecho Mercantil”, Madrid, 1968, Tomo I, págs. 172 y ss.; etc.

(97) Vid., por todos, BROSETA, “La empresa como objeto de tráfico jurídico”, Valencia, 1965; GARRIGUES, “Aspetto giuridico dell’impresa”, *NROC*, 1949; POLO, “Leyes Mercantiles y Económicas”, y para la doctrina en general, RUBIO, “Introducción al Derecho Mercantil”, Ed. Nauta, 1969, págs. 447 y ss.

(98) Cfr., sobre la perspectivalidad del moderno Derecho “publicado”, VILLAR PALASÍ, *op. cit.*; así, por otra parte, la LCT, legislación arrendaticia, administrativa, fiscal e, incluso, mercantil.

dades inexistentes, lo que no puede sostenerse más que por quienes hoy consideran que sólo lo sustantivamente jurídico es real y que nada desconocido por el Derecho tiene existencia para el mismo. De todo ello, concluimos que poco importa a la vida económica que el Derecho no conciba el instituto empresarial. La misión del jurista y del Tribunal será reconocer, como sea, su posibilidad.

Como decíamos, para nuestra jurisprudencia “cualesquiera que sean las dificultades con que se tropiece esta institución, favorecidas por el silencio que a ese respecto guardan nuestros cuerpos de Derecho material..., gana terreno en el orden científico la idea de que la empresa, es, en suma, una verdadera organización de actividades, de bienes y de relaciones de muy variada condición de cada uno de ellos...”, pudiendo ser, desde luego, en cuanto tal, objeto de tráfico jurídico, “sin que la idea sea extraña a nuestras prácticas comerciales... ni pueda aducirse extraña a nuestro Derecho” (99).

La empresa mercantil tiene, a estos efectos, un contenido fundamentalmente económico (100), como organización, dotada de vida propia, de los elementos que la constituyen—capital y trabajo—, siendo “susceptible de ser transmitida, cedida, traspasada, de modo permanente o arrendada por tiempo determinado a otra u otras personas que, al recibirla como tal industrial no adquieren... sino una entidad... multiforme en sus relaciones jurídicas, derivadas de los derechos y obligaciones que la corresponden como objeto de derecho y elemento económico y social” (101).

Con todo, además del reconocimiento jurisprudencial, legislativamente, el artículo 3 de la LAU, texto refundido aprobado por Decreto de 24 de diciembre de 1964, recogiendo antecedentes legislativos innecesarios de repetir, abunda en la misma tesis, al excluir—admitiendo su existencia jurídica—el arrendamiento de empresa del ámbito de la LAU citada (102).

Del mismo artículo 3 y de la jurisprudencia se infiere, por tanto, que para que el arrendamiento sea de empresa mercantil o industria, es condición precisa la preexistencia de dicha industria o empresa, ya que si lo que se entrega son simples cosas inertes, carentes de organización y vida propia, nos encontramos ante un mero arrendamiento

(99) STS. de 23 de marzo de 1943. En el mismo sentido, entre muchas, las de 3 de mayo del mismo año, de 7 de diciembre de 1945, etc.

(100) Cfr., SsTS. de 3 de julio de 1944, de 23 de marzo de 1946, 7 de diciembre de 1945, entre otras.

(101) Vid., STS. de 7 de diciembre de 1945.

(102) Dice este artículo que “el arrendamiento de industrias o negocio de la clase que fuere, queda excluido de esta Ley, rigiéndose por lo pactado y por lo dispuesto en la legislación civil, común o foral. Pero sólo se registrará existente dicho arrendamiento cuando el arrendatario recibiere, además del local, el negocio o industria en él establecido, de modo que el objeto del contrato sea no solamente los bienes que en él se enumeren, sino una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de nuevas formalidades administrativas”.

de local de negocio, sólo o con instalaciones, no siendo éstas aptas por sí mismas para constituir una empresa mercantil (103).

El arrendamiento de empresa se regirá entonces por lo pactado y, a falta de legislación especial aplicable, por el Derecho común (104), lo que exigirá la adaptación al caso presepte de los preceptos del Código civil, especialmente de los arts. 1.554 y 1.545.

Generalmente, el arrendamiento de empresa no es más que un paso previo a la integración total. De ahí que, en el contrato, se estipule la obligación del arrendador de ir poniendo en disposición de uso y goce total del arrendatario cuantos elementos separan a la empresa del simple local y cosas inertes—expectativas, relaciones, organización, clientela, propiedad comercial...—. Los pagos convenidos podrán integrar o no la totalidad o parte del precio final de venta, si es que el arrendatario ejercita al final la normal opción de compra que, como lo anterior, formaría parte del clausulado y estipulaciones contractuales.

3. *Relaciones reales con otras empresas.*

La formación de grupos de interés, unidades económicas, mercados repartidos, competencia falseada, etc., son fenómenos de una complejidad y caracteres que hacen difícil todo intento de encuadramiento. Conscientes de esta inherente dificultad ofrecemos una estructuración de estos fenómenos, sin la pretensión de hacerla exhaustiva.

Las formas hasta aquí estudiadas se basan en acuerdos o convenios puramente contractuales, tendentes a la aglutinación de un grupo mayor o menor de empresas en una "unidad económica" que actúe conjuntamente en el mercado. De esta forma surgen en algunos casos los supuestos prohibidos por la LPRC, consistentes en el abuso de una posición de dominación o en la creación de una competencia ilimitada, falseada o simplemente inexistente (105). En otros casos se trata, por el contrario, de unidades surgidas al amparo y con el apoyo de la misma Administración (106).

Existe una segunda categoría de acuerdos que actúa a modo de puente de unión entre las relaciones puramente contractuales (como las anteriores) y las típicamente reales (como las que serán expuestas en los siguientes apartados). Son aquellos convenios en los que la contratación es acompañada por un elemento real que actúa como fuerza de presión, con el fin de obligar a celebrar el contrato al sujeto que no disfruta de esta posesión. Algunos de estos tipos fue-

(103) Cfr., entre muchas, las SsTS. de 11 de mayo de 1954, 7 de marzo de 1962, 19 junio 1963, 8 abril 1965, etc.

(104) Artículo 3 de la LAU y STS. 23 marzo de 1946.

(105) Estos serían los casos últimamente expuestos en el ap. 2.5. (competencia aparente, subcontratación prohibida, crteles de reparto de mercandos, etc....).

(106) Como sucede en las Sociedades de Empresas, agrupaciones temporales, agrupaciones para la exportación, etc...

ron descritos páginas atrás (107) y otros no han podido ser desarrollados, teniendo que contentarnos con su simple enumeración o cita. Mediante el disfrute de una posición predominante (creada normalmente por la posesión de patentes de invención, conocimiento de procedimientos de kow-how, etc...) se fuerza a la otra parte contratante a comprar productos que de otra forma no habría adquirido (108), asegurando así la oferta o la demanda de la unidad preponderante.

Por último, se encuentran las relaciones estrictamente reales, ejercidas a través de la constitución de derechos reales sobre las acciones de las sociedades o sobre su patrimonio (109). Estas son las que se expondrán a continuación, sin perjuicio de comenzar por un tipo poco ortodoxo, como la participación en los créditos en forma de obligaciones emitidas por una sociedad. Ello, sin embargo, obedece a la posibilidad general de transformar esta participación puramente crediticia, en otra de tipo real, a través de la conversión de obligaciones, como a continuación veremos.

3.1. *Participación en los créditos en forma de obligaciones emitidas por una sociedad.*

Este tipo de participación es, con frecuencia, olvidado a la hora de intentar ofrecer un esquema de las relaciones entre sociedades. Mediante ella, una sociedad suscribe o adquiere las obligaciones emitidas por otra.

El control que puede ejercer de esta forma la sociedad titular de las obligaciones, se manifiesta en diversos planos. En primer término, los obligacionistas de una determinada entidad, pueden ejercer un derecho de veto muy importante ante determinados acuerdos de la asamblea general. El sindicato de obligaciones, configurado en el Derecho español por la LSA (110), se muestra, sin embargo, como un órgano débil y raquítico, frente a la omnipotencia teórica otorgada a la asamblea general. No obstante la presión que puede ejercer la titularidad en "una mano" de la totalidad de la emisión de obligaciones, ante la sociedad emisora, puede llegar a producir verdaderas situaciones de "dominación de hecho".

Piénsese, por otra parte, que, normalmente, rara es la emisión de obligaciones "puras", ya que éstas suelen emitirse en forma más atractiva para los suscriptores. Por ejemplo, en el supuesto de obligaciones convertibles, la sociedad adquirente de tales títulos habrá podido

(107) Por ejemplo, en el ap. 2.5.4. (abuso del derecho de propiedad industrial con el fin de imponer una determinada forma de contratación), ap. 2.5. (contrato de "franchising").

(108) Recuérdese aquí el caso IBM, relativo a la venta de las tarjetas perforadas, junto con el "leasing" del ordenador. Cfr. pág. 31.

(109) La interrelación de estas tres categorías es bien patente. Recuérdese el caso "General Motors versus Dupont, de Nemours", por el que se condenó a esta última por prácticas restrictivas de la competencia, al adquirir el 23 por 100 de las acciones de la G. M.

(110) Ver artículos 113 y 121 a 127 de la LSA.

fácilmente burlar el “derecho de suscripción” de los restantes socios, pudiendo llegar rápidamente a una situación de predominio en el seno de la sociedad emisora, que de otra forma le habría costado vencer no pocas dificultades—al tener que adquirir las acciones en el mercado, sujetándose a la cuantía dejada libre por la venta de los derechos de suscripción—. La ocultación, a los ojos de la Administración pública, de este tipo de participaciones, se verá favorecida, entonces, por este doble proceso: suscripción de obligaciones y posterior conversión en títulos de participación.

En nuestro Derecho, la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia, de 21 de julio de 1963—que es prácticamente el único texto legal que recoge las participaciones de las sociedades en el capital o patrimonio de otras—no sanciona la adquisición de obligaciones de una empresa por otra, y, por tanto, dicha conducta no podrá ser perseguida, aunque sea conocida por la Administración, viniéndose a conseguir así situaciones de verdadera dominación.

Sin embargo, la legislación española en materia de Sociedades y Fondos de Inversión, ha incluido, consciente o inconscientemente, la compra de obligaciones, dentro de su contexto (111). El control de estos valores en la cartera de los Fondos es, realmente, ejercido por la Administración, en términos de verdadera equiparación con las participaciones en el capital. A pesar de ello, y como consecuencia del estrecho marco en que estas disposiciones se mueven, la sociedades que no tengan la fisonomía propia de los Fondos y Sociedades de Inversión, se encontrarán fuera del ámbito de tal control (112).

3.2. *Participación en el capital de las sociedades.*

3.2.1. *Participación simple o directa.*

En primer término sería conveniente hacer una breve exposición de la terminología a utilizar. Llamamos participación simple o directa a la compra de acciones de una sociedad por otra, excluyendo, por tanto, del concepto a toda otra participación realizada por intermedio de empresas controladas (113), “holdings”, permutas de participaciones (114), etc. ...

(111) Así, el artículo 4.º apt. c) de la O. M. de 5 de junio de 1965 dispone a este efecto: “El fondo no podrá estar integrado en más de un 10 por 100 por valores emitidos por una misma Entidad o Empresa, ya se trate de acciones, obligaciones u otros títulos cualesquiera”.

(112) Las Leyes de 23 de octubre de 1942, 10 de noviembre de 1942 y 15 de julio de 1952 no extendían la obligación de informar al Ministerio de Hacienda, más que en relación con las “participaciones que tengan en cartera” (art. 2.º, Ley 23 octubre 1942 y art. 4.º, Ley 10 noviembre 1942), dichas Sociedades, sin hacer alusión alguna a las “obligaciones” que se integran en la “cartera de valores”. «En el supuesto de que las obligaciones fuesen convertibles en títulos de participación, debe entenderse subsistente la obligación de declarar estas acciones al Ministerio de Hacienda, con lo cual esta ventaja dejaría de existir.

(113) Esta forma de participación será estudiada bajo el nombre de participación indirecta.

(114) Cfr., apartado c) de este mismo epígrafe.

Muchos países, y el nuestro no es la excepción, han diferenciado claramente aquellos supuestos en que mediante este procedimiento se logra un control efectivo, de aquellos otros en que la motivación predominante no radica en la dominación. De esta forma se han establecido porcentajes mínimos de participación, que suponen una presunción acerca de la existencia o inexistencia de sociedades dominadas (115).

Por tanto, es preciso separar ya desde ahora, todas aquellas participaciones que no supongan o no tiendan a lograr una situación de dominación. Fácil es comprobar cómo la mayor parte de las sociedades, fundamentalmente las anónimas, en el activo de su balance, mantienen una cantidad destinada a "valores de renta variable", sin que por ello pretendan llegar a dominar a aquellas sociedades en las que participan, sino simplemente a percibir dividendos producidos.

La Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia, no sanciona las participaciones en el capital de las sociedades, sino tan sólo en el supuesto de que constituyan actividades monopolísticas a juicio del Tribunal de Defensa de la Competencia. El artículo 21/7 de dicha Ley impone la obligación de inscripción a las participaciones en el capital de otras empresas que alcancen el 25 por 100 de éste. Pero a tal requisito debe sumarse el dominio del 30 por 100, o más, del mercado, para poder estimarlo como actividad "restrictiva de la competencia" y, en consecuencia, serle aplicables las medidas que dispone dicha Ley (116).

Cabría preguntarse cómo ha reaccionado el legislador español, ante esta profusa y, la mayoría de las veces, encubierta práctica, para evitar los fraudes y situaciones de dominación ilícita de mercado. Con anterioridad a la LPRC existían en España disposiciones heterogéneas y desvinculadas entre sí, que poco o ningún efecto lograron. Paradigma de ellas son las leyes de 10 de noviembre de 1942 (art. 4.º), 23 de octubre de 1942 (art. 2.º) y 15 de julio de 1952.

Las limitaciones impuestas por el legislador en estas disposiciones no suponen más que meras obligaciones de publicidad de este tipo de participaciones—en concreto, las que representen más de la quinta parte de su capital social—, ya que nada dicen de la sanción en caso de incumplimiento. Por otra parte, la misma intención que la Ley deja traslucir, acerca de la obligación de comunicar las participaciones al Ministerio de Hacienda, hace patente la escasez de medios

(115) A este respecto, como se expondrá más adelante, la legislación francesa cifra este porcentaje en el 10 por 100, por encima del cual se considera que existe mera "participación", hasta un 50 por 100 donde se presume el "control". En España existe sólo un porcentaje, fijado en un 25 por 100. (L. P. R. art. 21/7).

(116) El núm. 7 del artículo 21, lo único que hace es considerar como "supuesto de concentración", a las adquisiciones de capital que superen esta cuantía. Por lo demás, no parece que deba tener esta equiparación efectos fiscales ni de ninguna otra clase.

existente al momento de efectuar esta comprobación. Necesitó el legislador de la conducta activa por parte de las sociedades, para llegar a tener un conocimiento más o menos exacto, de las relaciones que entre ellas pudiesen existir. El empresario, consciente de esta impotencia de la Administración para indagar, por sus propios medios, las verdaderas relaciones entre las sociedades, difícilmente ofrecerá un esquema completo de éstas. Si el sistema de arbitrar "presunciones legales" puede parecer a veces injusto o incoherente, su utilización en este punto creemos que hubiera sido más acertado y habría producido mejores resultados que la confianza en unas informaciones que pueden fácilmente no descubrir todas las relaciones existentes entre sociedades.

El panorama que ofrecen las legislaciones europeas a este respecto (117) puede clasificarse en dos vertientes: aquellos sistemas que polarizan el concepto de sociedad filial en el dato exclusivo de la participación en el capital, y a aquellos otros que añaden a éste el aspecto del "control efectivo" por cualquier otro medio (118).

La Ley francesa pertenece al primer prototipo descrito, fijándose un doble porcentaje—del 10 y 50 por 100—, del que dependen las limitaciones legales a que se someten estas participaciones (119). El proyecto de reforma define las filiales como "lors qu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée pour l'application de la présente section, comme filiale de la première". El concepto de participación es, sin embargo, mucho más amplio, ya que basta con un porcentaje comprendido entre 10 y 50 por 100, para que sea considerado como tal.

En el marco legal inglés aparece ya la adopción del criterio dual. Así, la Sec. 154 de la Companies Act—1948—adopta un "twofold test" para definir este concepto: "a company is a member of it and controls the composition of the Board of Directors, or if the Holding Co. holds more than half its equity share capital" (120). Sin embargo, las legislaciones del segundo grupo adoptan criterios verdaderamente más amplios para integrar las categorías de las relaciones intensocietarias. Así, el artículo 15 Abs, 2, de la Aktiengesetz de 1937, califica de Konzern cualquier tipo de relación que suponga la dominación inmediata o mediata entre cualesquiera empresas. Con

(117) La legislación americana a este respecto constituida fundamentalmente por la Sherman Act (1890), Clayton Act (1914) Patman-Robinson Act y demás enmiendas a estas leyes, considera las participaciones en las empresas desde el punto de vista de la restricción de la competencia y de la formación de trust. En este sentido se pronunciaron los fallos contra los casos "Du Pont-General Motors v. United States", "St. Helens Pul & Paper Co. v. Crown Tellerbach Co.". Mediante la adquisición del control en una sociedad se conseguía el efecto de asegurar las compras y ventas, produciéndose, en consecuencia, una amortiguación de la competencia.

(118) Cfr. P. VAN OMMESLACHE, "Les Groupes de Sociétés", *Revue Pratique des Sociétés Civiles et Commerciales*, números 7 a 10 de 1965.

(119) Cfr. PASTERIS, "Il controllo nella società collegata e le partecipazioni reciproche", Milano, Giuffrè 1957.

(120) Cfr. GOWER, "Modern Company Law", págs. 190 y ss.

todo, del artículo 15 Abs, 1, de la misma Ley, parece desprenderse que la noción alemana de Konzern no se atiende tan sólo a considerar como tales las participaciones en el capital de las empresas, sino que se trata de una categoría más amplia, ya que incluye las meras relaciones contractuales (121).

Las restricciones que se imponen a las sociedades integradas en el Konzern son un verdadero ejemplo de previsión y captación de una realidad en muchos sentidos más pluriforme y compleja que la española. Así, se prohíbe a la sociedad dominada la suscripción o compra de acciones de la dominante; se prohíbe el ejercicio del derecho de voto en no pocos supuestos, así como específicas obligaciones de información para con los accionistas de ambas sociedades... (122).

El Derecho italiano también es partidario de la pluralidad de criterios y, en este sentido, el artículo 2.359 del C. c. presume que cualquier sociedad en la cual otra posea un número de acciones tal que asegure la mayoría de la asamblea general, se considerará como dominada por ésta. El segundo criterio adopta los caracteres ya expuestos, de la legislación alemana, según la cual "cualquier forma de relación que implique control" es considerada como relación de dominación (123).

Tan extensa configuración de lo que sean "relaciones de dominación" engloba, al igual que en Alemania, tanto las relaciones reales como las contractuales. Ello, en parte, se encuentra motivado por la existencia de un instituto semejante al Konzern—el Consorcio—, que ha tenido amplia difusión en estos países. Difícil sería encontrar en nuestro Derecho una categoría semejante, que respondiese a caracteres unitarios (124).

En el Derecho español, los efectos fiscales de estas relaciones son, sin embargo, los que más influyen en su realización. No existen instituciones del tipo de Consorcio o Konzern aludido más arriba, lo cual motiva, en gran parte, la profusa y dispersa legislación que regula esta materia (125). Así, el artículo 58 del T. R. del Impuesto sobre la Renta de Sociedades y demás Entidades Jurídicas, de 23 de diciembre de 1967, autoriza la deducción en la cuota de una parte proporcional al 33 por 100 de los dividendos. Esto es, de la cuota íntegra deberá deducirse la cantidad resultante de aplicar el tipo del 30 por 100 al 33 por 100 de los beneficios percibidos por dividendos.

(121) En cierto modo, existe un paralelismo entre esta figura y los "Consortzi" italianos.

(122) Cfr. WÜRDINGER, "Rapport pour le 42.^o Juristentag Ab", 1957, páginas 221 y ss.

(123) Cfr. GRAZIANI, "Diritto delle Società", 4.^a ed., núm. 53.

(124) Cfr. MARTÍN MATEO, "Los consorcios locales", IEAL, Madrid, 1970; MANZANEDO, "El Comercio Exterior", IEAL, pág. 346; NIETO, "Hacia una teoría consorcial", RAP, pág. 218.

(125) Únicamente la LPRC ofrece un panorama coherente de estas relaciones, aunque en términos demasiado abstractos. No se encuentra más sanción para ellas que la de su prohibición en los casos límites (tal como hace la LPRC) o la denegación de determinados beneficios fiscales.

Con ello se pretende evitar la doble imposición que surgiría en otro caso, si bien se disminuye al 30 por 100 la deducción del 80 por 100 prevista por la legislación anterior. El artículo 22 del mismo texto legal, con una orientación eminentemente preventiva hacia este tipo de participación, hace uso de la institución de los balances consolidados muy extendida en el Derecho comparado—, sin que en su caso tengan lugar los descuentos anteriormente aludidos. No parece, por tanto que exista una posición coherente frente a estas prácticas. Si por una parte se desgravan, en un determinado porcentaje, parte de los beneficios obtenidos, no se hace en la suficiente medida como para evitar la doble imposición, y en consecuencia fomentar su realización. De igual forma tampoco se imponen sanciones efectivas como para impedir que tales prácticas se lleven a cabo (la obligación de presentar balances consolidados es, como veremos, inoperante en el Derecho español).

Paréntesis aparte merece la Orden de 14 de julio de 1932, recogida y ampliada por el artículo 78 del T. R. de 6 de abril de 1967, que supone un precedente extraordinario de las medidas restrictivas impuestas a las participaciones en el capital de otras sociedades con fines de dominación (126). Dice, textualmente: “operan en territorio común las empresas domiciliadas en territorio foral, si tienen en su cartera acciones o títulos cuya posesión implicará el control de otras empresas actuantes en Derecho común”. Se establece, por tanto, una diferenciación en el régimen aplicable a las participaciones en el capital de las sociedades, según que esta participación encerrase, o no, fines de dominación o de control en las sociedades intervenidas. En el primero de los supuestos aludidos, se establece la presunción de que la sociedad matriz “opera” en el territorio donde actúe la sociedad filial. Con ello serían aplicables las disposiciones, menos ventajosas quizá, del territorio donde operase (o tuviese su domicilio social) la empresa filial, a pesar de que, por su constitución o domicilio, no le correspondiese esta aplicación.

Toda esta argumentación podría ser trasplantada al ámbito internacional, en cuyo caso, las consecuencias serían mucho más interesantes. Equivaldrían prácticamente a aplicar a una sociedad extranjera el Derecho español, por el mero hecho de la tenencia de acciones de cualquier sociedad española que hiciera suponer a la Administración una relación de dominación y control de ésta por aquélla.

Desde otro punto de vista, es interesante subrayar cómo el procedimiento de compra de participaciones ha sido frecuentemente utilizado para lograr la concentración o fusión de empresas, sin los inconvenientes y gastos fiscales que supone la “fusión ordinaria”. En

(126) El artículo 78 del T. R. de 6 de abril de 1967 (Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales), dice textualmente: “Las Sociedades constituidas o domiciliadas en el extranjero o en territorios sujetos a los regímenes a que se refieren los artículos cuarto, quinto y sexto de esta Ley que realicen operaciones en territorios de régimen común, vendrán obligadas a tributar por los mismos conceptos y en las mismas condiciones que las Sociedades españolas, por la parte de capital que destinen a dichas operaciones”.

la llamada venta-fusión (127) se enajena el patrimonio de una empresa a otra a cambio de acciones de esta última. Con ello la primera sociedad se encontraría sin patrimonio tangible, teniendo en su lugar únicamente acciones de la segunda, mientras que sus accionistas seguirán conservando las acciones de la sociedad. El paso inmediato que tendría lugar, normalmente, sería la disolución de la sociedad y la distribución entre sus socios de las acciones de la absorbente. Se evitan, con ello, algunas de las fases del procedimiento ordinario de fusión, lográndose así evitar el pago fiscal por estos conceptos.

En Derecho comparado se encuentran casos de una más rígida actuación de la Administración frente a las participaciones que supongan el control de unas sociedades por otras. Así, en el caso "Smith and Knight Ltd. versus Birmingham Corporation" —1939— se llegó a considerar a la sociedad filial como una verdadera "implied agency", lo que suponía el desvanecimiento de la personalidad jurídica en la sociedad controlada. Las sociedades totalmente controladas por otra no tienen reconocida su independencia jurídica en el Derecho francés, ni en ninguno de los derechos en él inspirados. En un grado extremo, por consiguiente, el control de unas sociedades por otras vendrá a identificarse con toda la teoría de las "One Hand Companies", a la que se hará una breve alusión más adelante.

3.2.2. Participación compleja o indirecta.

Este tipo de participaciones ha sido utilizado, fundamentalmente fuera de nuestras fronteras, con objeto de vencer las limitaciones impuestas a la participación en el capital de otras sociedades (128). En la mayoría de los países europeos se fijan unos límites a este tipo de actividades, por encima de los cuales la Administración impone unas medidas de control de muy variada índole. Para no quedar sometidas a estas medidas, las sociedades no se limitan a participar de forma directa en el capital de otras, sino que realizan esta intervención mediante sociedades filiales. Con ello se logra que la participación de la sociedad matriz en el capital de la dominada no supere los límites por encima de los cuales comienzan a imponerse medidas restrictivas. La participación por medio de otras sociedades filiales de la sociedad matriz, asegurará a ésta el control en la sociedad dominada.

En consecuencia, una sociedad matriz cualquiera no tendrá necesidad de intervenir directamente más que en la primera sociedad filial que intente dominar, puesto que en las posteriores podrá repartir la intervención entre ella misma y sus filiales a las que ya controla.

(127) La Companies Act. de 1948 incluye este procedimiento dentro de la Sec. 287, que engloba los impuestos de "amalgamation".

(128) En nuestro país al no existir verdaderas prohibiciones efectivas en este sentido (ya ha sido repetidamente aludida la ineficacia aplicativa de la LPRC) su utilización se hace menos apremiante.

El Derecho inglés, adelantándose a esta vía de elusión de las limitaciones que impone su legislación, hace caso omiso de la "interposición de personas jurídicas". Se trata, en suma, de lo que la propia Companies Act denomina "lifting the veil, test", en virtud del cual "the subsidiary or o a subsidiary (a sub-subsidiary) is in its turn regarded as a subsidiary of the head (Holding Co.)" (129).

En el contexto jurídico-económico español, esta forma de participación ha sido utilizada con el mismo fin de eludir las posibles consecuencias de la aplicación de la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia. Con ella se evita que la verdadera relación de dominación sea muy difícil de descubrir, sobre todo cuando la participación se hace en un segundo grado (a través de filiales de las filiales) o más allá (130).

El procedimiento descrito es, a todas luces, más idóneo que el anterior (131), por cuanto que a las ventajas previamente aludidas debe añadirse la necesidad de un menor capital para llevarlas a cabo. En efecto, si a través de una sociedad matriz de 500 millones de pesetas de capital se puede llegar a controlar una sociedad de 600 millones (con una inversión de sólo 300), ésta, a su vez podrá controlar a otra de 900 millones, y así sucesivamente, de modo que la cifra va elevándose a medida que aumenta el grado (132). Si esta participación puramente lineal es combinada con una participación pluridimensional (esto es, en la segunda sociedad filial, invertirá, no sólo la primera filial, sino también la matriz; en la tercera invertirán las dos primeras filiales y la matriz, etc.), el control de capital llegará a ser mucho mayor, con participaciones de cada sociedad cada vez más reducidas.

La aplicación, en este supuesto, de los "balances consolidados" a que hace alusión el artículo 22 del T. R. del Impuesto sobre la Renta de Sociedades, resultará prácticamente imposible, por cuanto que el supuesto legal está pensado para una relación de primer grado, lineal (esto es, participación de una sociedad matriz en otra filial), como veremos más adelante. La LPRC regula tímidamente este tipo de participaciones en el artículo 21, núm. 7, d), al considerar englobada dentro del concepto de concentración, la "adquisición de participaciones de todo tipo en otras empresas, en la medida en que estas participaciones, por sí solas, o sumadas a otras ya en poder de la misma empresa, o de otra ligada a ella por medio de un acuerdo de concentración, permitan alcanzar el 25 por 100 del capital con derecho a voto". No obstante, y a pesar de hallarse expresamente recogidos estos supuestos, dudamos sinceramente de la efectiva aplicación de las medidas previstas. Ello se debe fundamentalmente a la instintiva resisten-

(129) Cfr. GOWER, "Modern Company Law", op. cit., pág. 190.

(130) Cosa distinta, por sus fines de ordenación económica, es el auge actual de las participaciones indirectas del INI.

(131) Nos referimos a la participación simple en el capital de otras sociedades expuesta en el apartado anterior.

(132) En suma, no se trata más que lo que la doctrina ha denominado con la expresión de "participaciones en cascada".

cia, por parte de las sociedades, a hacer públicas unas participaciones difícilmente detectables. Por otra parte, si tan siquiera se han aplicado las medidas previstas en los casos de participaciones simples, difícilmente se llevarán a la práctica en estos supuestos.

3.2.3. Participaciones recíprocas (133).

En este supuesto, también denominado permuta de acciones, una o más sociedades participan recíprocamente en el capital de todas ellas. El supuesto más sencillo —participación recíproca lineal— estaría configurado por dos sociedades en las que ambas tienen respectivamente participación en el capital de la otra. Si esta participación se realiza por una sociedad filial, mediante la adquisición de acciones de la sociedad matriz, lo que se está realizando, sin embargo, es una auténtica “compra de las propias acciones” de la matriz. Las repercusiones bursátiles de este tipo de operaciones son fácilmente colegibles, puesto que se estará operando en “open market” cada vez que se realice la compra de acciones. La subida en el precio de las acciones provocada por una “oferta aparente” de las mismas, estaría producida casi siempre por la propia sociedad matriz.

Este fenómeno, en países donde está prohibido —por ej., Francia, artículo 358 de la Ley de 24 de julio de 1965—, es susceptible de combinaciones mucho más complejas (134). La variante más conocida, la participación circular, surge precisamente para evitar aquellas prohibiciones o, también es posible, por motivaciones diferentes de estrategia comercial y económica. En todos estos casos, la compra recíproca de participaciones no se limita a dos sociedades, sino a tres o más, con lo cual las relaciones y efectos que pueden producirse requieren un análisis detallado, que, por esta razón, desbordaría los límites del presente trabajo.

Uno de los métodos más efectivos y eficaces, para envitar los capitales ficticios, surgidos de la realización de estas prácticas, consiste en la imposición de los balances consolidados (135). Mediante esta técnica se logra que desaparezcan las cifras doblemente contabilizadas en los patrimonios de las sociedades integradas.

(133) Vid. “Consolidation des bilans et des comptes”, Ministère de L’Economie et des Finances, Conseil National de la Comptabilité, abril 1967, páginas 71 y s. y bibliografía allí citada; PEPE, “Holdings Gruppi e bilanci consolidati”, Giuffrè, 1968, págs. 101 y s.; FANCELLI, “Le partecipazione sociali reciproche”, págs. 50 y s.; “La riforma delle società di capitali in Italia”, Giuffrè, 1968, V, III, págs. 1239 y s.

(134) En España puede considerarse la tímida limitación del artículo 33 de la LSA, cuando sanciona con nulidad la creación de acciones que no responden a una efectiva aportación patrimonial de la sociedad.

(135) En estos supuestos convendría utilizar el método de integración total, que en sus principales características se describe en el apartado 3.3.

3.2.4. *Las Sociedades de Inversión como institucionalización de la participación en el capital de las sociedades.*

La reciente aparición, en el mercado español, de las Sociedades y Fondos de Inversión, ha traído consigo una abundante literatura acerca de este tema (136). La Ley de 26 de diciembre de 1958, viene a recoger por primera vez en el Derecho español estas categorías, que tanto auge y expansión habían llegado a tener más allá de nuestras fronteras. Sin embargo, los estrechos cauces marcados por esta normativa no han sabido recoger la tremenda variedad y extensión de lo que en realidad se engloba dentro de este concepto.

En términos generales, los "trust de inversión" han sido definidos por Marbach como "sociedades que, de acuerdo con el sentido original de la denominación "trust", tienen como fin la distribución fiduciaria de los riesgos de capitales de inversión". En esta amplia definición sería preciso hacer una primera diferenciación entre el modelo europeo de este tipo de sociedades y el modelo americano. Este último está casi por completo indentificado con la finalidad de dominación en las empresas en cuyo capital participa el trust: es la sociedad "holding" o de cartera, que tiende, exclusivamente, a controlar la decisión y la gestión de sus sociedades filiales. El modelo europeo, y más concretamente ya, el español, definido y concebido en la Ley de 26 de diciembre de 1958, se aparta por completo de esta finalidad, que incluso llega a prohibir, y alude nada más a una situación de dispersión de riesgos, a través de las inversiones en el capital de otras empresas. Las Sociedades de Inversión, cuyo capital se halla íntegramente invertido en el capital o patrimonio de otras empresas, llegan a ser, de esta forma, la institucionalización de tal tipo de concentraciones.

Si bien el legislador español pone el acento en la prohibición de control sobre las empresas en cuyo capital participa la Sociedad de Inversión (recuérdese que la participación no puede ser superior al 5 por 100, según dispone el artículo 4.º, c), de la O. M. de 5 de julio de 1964, para los Fondos de Inversión), esta limitación podría llegar a evadirse utilizando los procedimientos expuestos al hablar de las participaciones complejas o indirectas. Además, el control que la Administración pueda llegar a tener a través de las inversiones por medio de sociedades interpuestas (sociedades filiales o grupos de sociedades en las que ya participan) se verá sustancialmente disminuido a medida que se descienda en los niveles de participación.

Las obligaciones impuestas por el legislador no son aplicables, por otra parte, más que a las Sociedades y Fondos de Inversión constituidos con arreglo a la Ley de 26 de diciembre de 1958. En el supuesto de que dichas sociedades no se atengan al esquema fijado por la norma la única consecuencia posible reside en la denegación de las ventajas fiscales que concede dicha Ley. La elusión de las

(136) Vid., por todos, PRATS, "Mito y realidad de los fondos de inversión", Deusto, Bilbao, 1971.

medidas dispuestas por la Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia sería, por otra parte, factible al utilizar los procedimientos de participación indirecta ya descritos.

3.2.5. *Las "One Hand Companies", como medio de dominación en el mercado (137).*

El tema de la presunta validez en el Derecho español de este tipo de sociedades, ha sido uno de los caballos de batalla de la doctrina mercantilista actual. El artículo 220 del Tratado de Roma dispone a este efecto: "La existencia de Sociedades de un solo accionista no puede reputarse contraria al orden público, en el sentido del Derecho internacional privado, si la Ley, conforme a la cual las mismas se han constituido, admite la existencia de este tipo de sociedades". La jurisprudencia comparada e internacional está plagada de resoluciones acerca de este tema. Desde el caso "Salomón v. Salomón & Co.", llamado el "leading case" inglés, hasta el más reciente de la "Barcelona Traction, Light and Power Co.", la realidad de este tipo de sociedades se hace cada vez más patente.

Antes de continuar más adelante, conviene hacer una distinción previa que ayude a la comprensión de esta categoría. La denominación "One Hand Company" es frecuentemente utilizada para aludir a la posesión de la totalidad de las acciones de una sociedad por otra. Esta es la noción más o menos comúnmente aceptada por la doctrina. Pero el supuesto de que quien posea la totalidad de éstas sea una persona "natural" y no jurídica, ha dado lugar a la creación de otra denominación específica, las "One Man Companies", aplicables particularmente a estos supuestos. Como podrá intuirse, existe una mayor cohesión en este último supuesto, ya que la dirección de la sociedad controlada se encontrará en manos de una sola persona, mientras que, por el contrario, en el anterior, la dirección recae sobre una colectividad de personas ("el board of directors" o consejo de administración). La propiedad de la sociedad subsidiaria se encontrará también, en este último caso, repartida entre los accionistas de la matriz, en contraposición al otro supuesto, en que este derecho competirá, tan sólo, a una sola persona.

La existencia de la "One Hand Company" es esencialmente alusiva a la formación de un grupo de empresas (ya que al menos existen dos: la subsidiaria y la matriz). Las "One Man Companies", sin embargo, pueden, o no, ser integrantes de una unidad económica. Lo serán en el supuesto de que el sujeto detentador del 100 por 100 de las acciones, ostente otra u otras titularidades semejantes en otras empresas (138). En otro caso no existirá ningún tipo de "grupo de

(137) Cfr. sobre este tema, POLO, "La sociedad anónima con un solo accionista", *RCDI*, 1943, págs. 138 y 55. MOTOS GIRAU, "Fusión de Sociedades Mercantiles", Ed. Derecho Privado, 1953, pág. 103.; BOTER, "Sociedades unipersonales", *Rev. D. Privado*, 1942, págs. 31 y 55.

(138) Tal es el caso de los famosos patrimonios familiares Rockefeller, Krupp, Morgan, etc...

sociedades". La detección, en este supuesto, del grupo será evidentemente más dificultosa que en otros casos, por la falta de publicidad que tales "One Man Companies" ofrecen acerca de su propietario.

La pertenencia de todo el capital a un solo accionista entraña, para algunas legislaciones, como la francesa o la belga, la disolución de la sociedad. El Derecho español parece, sin embargo, admitir la subsistencia de la personalidad jurídica independiente, a pesar de que la titularidad de todo el capital se halle en manos de un solo socio (139). Pero si parece fácil, a primera vista, el descubrimiento (o "levantamiento del velo", como suele llamarse) de esta única titularidad, no lo es tanto si ésta no se presenta así inmediatamente. En el supuesto de que un grupo de sociedades (ligadas todas por unos u otros vínculos, pero con una misma dirección) invierta por separado en una sociedad, hasta llegar a distribuir la totalidad de su capital entre las empresas integrantes del grupo, se habrá logrado una verdadera "One Hand Company", aunque jurídicamente su capital aparezca repartido entre varias sociedades diferentes. La obligación fiscal de presentar balances consolidados (art. 22 T. R. 23 de diciembre de 1967) no sería exigible, por cuanto que dicha sociedad no aparece únicamente dominada por otra, sino por varias, prescindiendo de que éstas a su vez respondan a una misma directriz o se encuentren dominadas por una "holding". Las limitaciones impuestas por la Ley de Prácticas Restrictivas serían, de igual modo, difícilmente aplicables, por la misma dificultad que entraña el descubrimiento de estas relaciones (140): Si, para colmo, la compañía "holding" se constituye en el extranjero, junto con alguna de las sociedades en que participa, podría lograrse un verdadero fraude efectivo, por la escasa información con que contaría la Administración española para determinar la real influencia de la "holding". Las limitaciones impuestas por las leyes sobre inversiones de capital extranjero podrían evitarse mediante una combinación de las inversiones realizadas por las sociedades extranjeras y las nacionales, también pertenecientes al grupo. De esta forma las sociedades extranjeras podrían invertir hasta el porcentaje permitido, completándose el resto del capital mediante inversiones de las sociedades españolas pertenecientes al grupo que, aunque con parte de su capital en manos de la "holding" extranjera, no están sometidas a las limitaciones impuestas al capital extranjero, porque su personalidad jurídica se halla constituida conforme a las leyes españolas, no siendo considerada, por tanto, como sujeto extranjero (141).

(139) Vid. TRÍAS DE BES, "¿Procede la disolución de la sociedad anónima cuyas acciones llegan a concentrarse en manos de un solo accionista, siendo éste, a su vez, una compañía anónima?", *Notaría*, 1944, págs. 129-128.

(140) Recuérdese aquí las consideraciones hechas acerca de este problema en el apartado 2.5.

(141) Este procedimiento ha sido, sin embargo, sancionado por el proyecto de Ley aprobatoria del III Plan de Desarrollo (art. 53).

3.3. *Recapitulación acerca de las relaciones reales de dominación y control.*

Habiendo ya expuesto las principales relaciones entre diversas sociedades, conforme al sumario propuesto en este último epígrafe no se intentarán recoger más que algunos de los principales problemas que su estructura plantea. En realidad, tales problemas no lo son más que para la Administración, la cual ve entorpecidas sus funciones fiscalizadora y de control a raíz de la complejidad de estas estructuras. Y al revés, para quienes dominan y dirigen tales grupos, la dificultad no opera más que como escudo protector ante la posible actuación administrativa. Lógico será, pues, que para atravesar y comprender la acción, a veces fraudulenta, de estos grupos, sea preciso comprender y analizar los métodos por ellos utilizados. Con tal fin se exponen aquí las ideas de este epígrafe.

Como elementos necesarios para esta exposición será preciso aludir a ciertas categorías poco estudiadas por los juristas, pero muy conocidas por economistas y contables. Ellas son, en suma, el sustrato que subyace, dándole razón y fin, bajo el Derecho mismo. Esta "desjuridificación" del Derecho servirá para aludir a lo concreto, a lo real, prescindiendo de cualquier estructura formal y dogmatismos abstractos y efímeros.

Los elementos de análisis que ofrecemos son, en esquema, los siguientes:

a) *Unidad económica.* Esta categoría expresa, de forma global, la totalidad de sociedades dominadas o controladas por una misma matriz, en base a relaciones de participación en el capital de aquellas entidades. Se trata, por tanto, de un concepto referible a las sociedades como entidades operantes en el mercado y sometidas a una dirección unitaria. Como puede verse, es un concepto puramente formal.

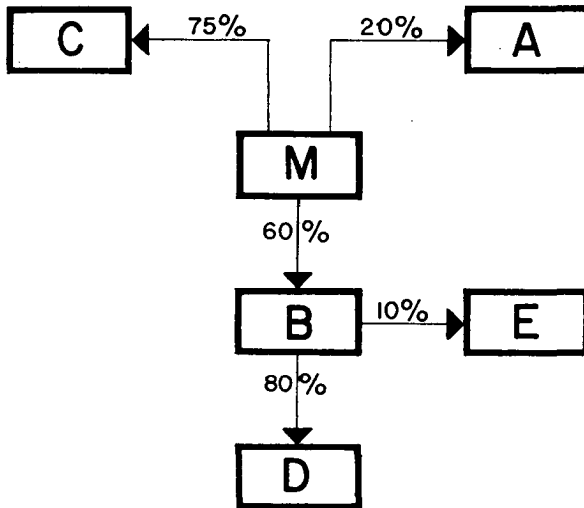
b) *Conjunto.* Al contrario que la noción anterior, el conjunto se refiere al patrimonio controlado por la matriz a través de su participación en las filiales. Aquí no interesa tanto la existencia formal de varias sociedades, como personas jurídicas independientes, sino que se tiende más a expresar, en términos cuantitativos, la totalidad del patrimonio dirigido por la matriz, prescindiendo de que éste se encuentra directamente dependiente de ella misma o a través de participaciones indirectas.

c) *Grupo.* Al igual que para el conjunto, se prescinde del hecho de que la "unidad" esté integrada por diversas personas jurídicas y se atiende, en cambio, al patrimonio subyacente o poseído entre todas ellas. Pero, a diferencia del conjunto, tan sólo comprende el patrimonio *efectivamente* poseído por la matriz (incluido el suyo propio) a través de acciones y participaciones, descartando, por tanto, el patrimonio en posesión de terceros. Sólo en el caso de que la cuantía de participación se elevase al 100 por 100 se confundirían el grupo y el conjunto. Sin embargo, lo normal es que el paquete accionarial oscile

entre diversos porcentajes. Por ello, lo que esta categoría encierra en sí es el *patrimonio poseído*, mientras que el conjunto alude al *patrimonio controlado*.

Conviene aclarar que, como no toda participación implica el control, en base a la LPRC —art. 21—, que establece la presunción de control para las participaciones superiores al 25 por 100, es necesario introducir las debidas correcciones en los conceptos arriba descritos. Así, la “unidad económica”, al ser un concepto formal tan sólo aplicable a las sociedades efectivamente dominadas, deberá excluir de su contexto cualquier sociedad con participación inferior al 25 por 100. El “conjunto”, en cambio, al referirse al patrimonio controlado, no podrá excluir el patrimonio del que es poseedor directo, sea cual fuere el porcentaje, aunque sí excluirá el que obre en poder de terceros en aquellas sociedades en las que no posea tal control mínimo. Por último, “el grupo” no parece que deba modificarse en modo alguno, ya que tan sólo es comprensivo del patrimonio poseído, no del controlado, el cual no depende para nada del control societario.

Un ejemplo aclarará suficientemente todas estas categorías. Supongamos una estructura tal como la que a continuación se expone:



— La “unidad” sería, conforme a lo expuesto, la suma de las sociedades controladas incluida la matriz:

$$U = M + B + D + C$$

— El “conjunto” se constituiría por el patrimonio controlado, esto es:

$$C = M + \frac{20A}{100} + C + B + D + \frac{\left(\frac{10E}{100}\right) 60}{100},$$

siendo M, A, C, B, D y E los patrimonios de las respectivas sociedades.

— El “grupo” se formaría por el patrimonio en posesión de la matriz, esto es:

$$G = M + \frac{20A}{100} + \frac{60B}{100} + \frac{75C}{100} + \frac{\left(\frac{80D}{100} + \frac{10E}{100}\right) 60}{100};$$

los intereses del grupo en poder de terceros serían, por tanto,

$$T = \frac{80A}{100} + \frac{40B}{100} + \frac{25C}{100} + \frac{\left(\frac{20D}{100} + \frac{90E}{100}\right) 40}{100}$$

Si de la descripción categorial pasamos a la estructural, empezando por la “unidad económica”, la cabeza puede estar compuesta por una “holding” pura o por una mixta. La llamada “holding” pura no incluye en su patrimonio más que las acciones de todas las sociedades que controla. En consecuencia, sus propias acciones no tendrán más sustento financiero que el valor de las acciones de las filiales. En el ejemplo anterior, suponiendo que M fuera una “holding” de esta clase, el patrimonio poseído por la unidad (grupo) como expusimos, sería,

$$G = M + \frac{20A}{100} + \frac{60B}{100} + \frac{75C}{100} + \frac{\left(\frac{80D}{100} + \frac{10E}{100}\right) 60}{100}$$

pero como M no tiene más valor que

$$M = \frac{20A}{100} + \frac{60B}{100} + \frac{75C}{100} + \frac{\left(\frac{20D}{100} + \frac{10E}{100}\right) 60}{100}$$

resulta una doble contabilización de una misma realidad, que sólo podrá corregirse mediante la imposición de *balances consolidados*. Gracias a esta técnica se evita aquella doble contabilización producida al considerar la “holding” como patrimonio independiente. Consiste en reducir la extensión de la unidad económica, suprimiendo el patrimonio ficticio de la “holding”, que, de esta forma, vendría a ser la unidad económica misma. La contabilidad de la “holding” sustituye a la de todas las filiales integrantes de la unidad.

A este respecto es necesario constatar cómo una de las medidas más positivas en este sentido fue incomprensiblemente abortada. Se

trata del dictamen del Instituto de censores jurídicos de cuentas de España al anteproyecto de la LSA, el cual proponía, entre otras medidas:

“Art.... Cuando exista unidad económica entre empresas jurídicamente independientes, la sociedad dominante deberá presentar su balance consolidado.

Art.... Se entenderá que existe unidad económica cuando la dominante posea directa o indirectamente:

1. Más del 75 por 100 de las acciones de la empresa dominada o/y
2. Más del 70 por 100 de los votos de la empresa subordinada o/y
3. Derecho para nombrar al menos el 75 por 100 del número de administradores de la otra empresa.

Art.... Si los porcentajes del artículo anterior no llegaran al 75 por 100, pero sí al 50 por 100, la consolidación del balance será facultativo para la Empresa dominante y no preceptiva, como en el caso anterior; pero de no afectarse la consolidación con el balance de la sociedad dominante, se publicarán todos los balances de las empresas subordinadas.

Art.... Las sociedades filiales o hijas no podrán ser directa o indirectamente propietarias de las acciones de la sociedad madre.”

Desgraciadamente, estos preceptos no pasaron a formar parte del texto definitivo de la LSA y actualmente tan sólo existe la obligación impuesta por el artículo 22 del T. R. del Impuesto sobre el beneficio de las Sociedades y demás entidades jurídicas, que dice textualmente:

“Cuando una sociedad, mediante la posesión de acciones o participaciones ejerciera el control sobre otras entidades, la base imponible y los demás elementos determinantes del impuesto podrán cifrarse mediante las consolidación o integración de los respectivos balances y cuentas de resultados, considerando como unidad económica a la entidad que ejerza el control y a las que estén sometidas al mismo.

En caso de absorción o incorporación total o parcial de la entidad o entidades controladas, podrá integrarse en la base imponible de la sociedad controladora, en la proporción que corresponda, la diferencia en más que, en su caso, exista entre el importe en que figuren valoradas en su activo las acciones o participaciones de la controlada y el valor desembolsado de las mismas más la parte proporcional de las reservas que tenga constituidas la entidad emisora.

La aplicación de lo dispuesto en este artículo se realizará en virtud de acuerdo del ministro de Hacienda, previo informe del Jurado Central Tributario.”

Varias dudas e interrogantes surgen en torno a la ambigua y amplia redacción de este artículo. En primer término, la expresión “podrán” parece otorgar un contenido facultativo a esta disposición. Sin embargo, ¿para quién es facultativo?, ¿para la Administración o para el contribuyente? En segundo término no se establece un porcentaje

mínimo para la determinación de la relación de dominación. Debe estimarse, por tanto, que esta determinación es considerada por el legislador como una "cuestión de hecho" y que compete al Jurado Tributario su conocimiento y determinación en cada caso. Tampoco se hace referencia alguna al método a seguir para realizar la consolidación, e incluso se confunde ésta, como concepto general, con una de sus modalidades, como es la "integración". Por último, al reconocer en el caso de absorción o fusión la existencia de diferencias en la valoración de los activos de la absorbente y la absorbida, se reconoce implícitamente la duplicidad de activos a que más adelante se hará referencia, y que constituye un evidente fraude a los acreedores.

No consideramos, en consecuencia, esta disposición como un verdadero y auténtico remedio para la represión de las posibles actividades fraudulentas a que den lugar las unidades económicas.

La aludida técnica de la consolidación de balances aparece, entonces, como una de las medidas más acertadas, tendente a evitar este tipo de supervaloraciones. Resumidamente pueden exponerse los diversos métodos para llevarla a cabo de acuerdo con tres criterios:

- a) Equivalencia.
- b) Integración global.
- c) Integración proporcional.

De acuerdo con el primero de ellos, en las cuentas de la sociedad matriz se hace figurar el valor equivalente, en proporción con los títulos poseídos del patrimonio de la subsidiaria. Este es el procedimiento generalmente utilizado para las "simples participaciones" no constitutivas de dominación. Según el segundo sistema, se computa el patrimonio global de las sociedades dominadas (lo que da el valor integral del conjunto). Deduciéndose posteriormente la parte correspondiente a los intereses "fuera del grupo" (lo que da el valor neto del grupo). En el tercer y último sistema, se computa únicamente el valor proporcional a la participación de la matriz en el patrimonio de la dominada (lo que da directamente el valor neto del grupo).

Pues bien, como podrá fácilmente imaginarse, al carecer el Derecho español de una específica y efectiva obligación de realizar la consolidación de balances, los diversos valores que se tomen para la confección del activo de la matriz podrían fluctuar constantemente, dando lugar a transmisiones camufladas de beneficios, de las filiales a la matriz y viceversa. El activo de la "holding" pura supondrá, en el supuesto de que no se tome el valor de consolidación de los títulos poseídos, una supervaloración del activo "watered-stock"). En el supuesto de que la "cabeza de la unidad" sea una "holding" mixta (esto es, cuyo patrimonio tiene elementos reales distintos de los títulos de sus filiales), el efecto anteriormente descrito seguirá produciéndose respecto de la porción patrimonial integrada por acciones de las subsidiarias, aunque siempre en menor medida.

3.4. *Compra de empresa o negocio.*

Parece evidente que una de las modalidades más claras de concentración industrial debería serlo —aunque sólo fuera por su repetición doctrinal— la compraventa ordinaria de una empresa por otra, con el fin de conseguir una más adecuada dimensión económica y eliminar, a la vez, un competidor en el mercado. Sin embargo, tal aseveración no es más que aparente. Primero, porque, como expusimos anteriormente, es reiterativa la consideración, por parte de los juristas más conservadores, de que la empresa “in se” no existe en nuestro Derecho positivo, y, en consecuencia, carece de una efectiva revelancia jurídica, no pudiendo ser, entonces, objeto típico y unitario del tráfico jurídico mercantil. Segundo, porque la empresa económicamente considerable, tiene que adoptar forma societaria, casi siempre anónima, con lo que su adquisición o venta se realizará normalmente a través de las acciones y no de la empresa misma, ya que lo que se pretende en semejante caso es el dominio accionarial que conlleva el de la empresa. Y tercero, porque la vida económica industrial obliga a actuaciones solapadas y estratégicas paralelas e incluidas en acciones anónimas.

Con todo, ni nuestro Derecho positivo actual ni sus antecedentes, ni la propia jurisprudencia (142), han dejado nunca de considerar la compraventa de una empresa como tal. En este sentido, ya un proyecto de modificación del Código de Comercio, en 1926, trataba de la “compraventa de establecimiento mercantil o casa comercial”, incluyendo en la misma el título del establecimiento, nombre comercial, razón social, marcas de comercio y fábrica, patentes de invención e introducción, propiedad intelectual, derechos mercantiles e industriales reconocidos en leyes especiales, derechos y propiedades civiles, mercaderías, mobiliario, material, útiles de comercio e industria, créditos y clientela.

En la actualidad, dos son los preceptos que, al menos expresamente, recogen la compraventa de empresa. De un lado, el artículo 155 de la LSA y, de otro, el artículo 41 de la LAU, que, en este punto, no hace sino recoger precedentes anteriores. Conforme al primero, “una vez disuelta la sociedad se abrirá el período de liquidación, salvo en los supuestos de fusión o absorción o *cualquier otro de cesión global del activo y el pasivo*”. Como afirma Uría (143), “el supuesto normal será la venta del negocio o empresa, que... no puede confundirse con la fusión de sociedades” (144). En efecto, aunque tal venta

(142) Vid., *supra*, las sentencias citadas al hablar del arrendamiento de empresa y la empresa como objeto de tráfico jurídico.

(143) Cfr. GARRIGUES-URÍA, “Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas”, Tomo II, IEP, Madrid, 1953, pág. 733.

(144) En este sentido, es interesante la Resolución del TEAC, de 9 de diciembre de 1955, que afirma que “... en la fusión por absorción, lo que se realiza real y verdaderamente es un contrato de aportación total”, tanto del activo como del pasivo, por parte de la sociedad absorbida a la absorbente, y dicho contrato no puede en manera alguna identificarse con el de “compraventa”, porque el de aportación no es un verdadero contrato, sino un “acto

de empresa carece después de articulación y desarrollo positivo, es evidente que nos encontramos ya ante casi un reconocimiento de la que la doctrina denomina "compra de capa" (145) y, como ha declarado la Sentencia de 2 de octubre de 1942, la cesión global del activo y el pasivo —patrimonio— no constituye una verdadera fusión, sino, como afirma Bérnago al comentarla (146), un mero acto de desplazamiento dominical de bienes por precio pagado en acciones.

El segundo precepto citado —art. 41 de la LAU— insiste en el reconocimiento positivo de la compraventa de empresa, al hablar, en su primer apartado, de la venta global del negocio mismo. Así lo ha interpretado, por lo demás, entre otras, la Sentencia de 11 de febrero de 1963 (147), al decir que tal artículo 41 admite dos supuestos o figuras jurídicamente distintas, cuales son: de una parte, el traspaso de local de negocio aislado, y, por otra, el traspaso de negocio con mercaderías ubicadas en su interior; la primera se halla autorizada en dicho precepto en relación con el artículo 35 y se corresponde con el tanteo y retracto en cuanto afecta al local de negocio; en el propio precepto aparece otro derecho que llámese como se quiera y que bien se le denomine opción de compra por venta de bienes muebles del arrendatario, ya sea una forma "sui generis" de accesoriadad en el tanteo o bien una extensión del tanteo del local de negocio a las mercaderías contenidas en éste, es lo cierto que al fin y al cabo *constituye un derecho cedido por la Ley para que el arrendador, en virtud de una opción legal, pueda rescatar el local arrendado juntamente con todos aquellos enseres, maquinaria, mercaderías, que en conjunto componen el complejo industrial o comercial traspasado...*. Es curioso cómo el legislador quizá sin haberlo previsto, ha abierto las puertas a un nuevo procedimiento de transmisión de empresa (con todas las implicaciones referentes a la concentración de Sociedades), que la misma jurisprudencia ha vacilado en definir.

Por otra parte, ya una Sentencia de 12 de diciembre de 1881 (148) declaraba que "la cesión o traspaso de un establecimiento de comercio con todos sus géneros debe ser considerado como compraventa mercantil".

Admitida su existencia, la compraventa de empresa mercantil exigirá un contrato plúrimo, de acuerdo con los distintos elementos que

jurídico complejo", ya que en él no hay intereses distintos y opuestos de las partes, ni posición enfrentada de éstas, ni contraprestación o trueque de valores, y no es en sí un fin, sino un "medio en procura de fines comunes", para lograr los cuales los aportantes pierden la propiedad y el dominio de sus aportaciones adquiriendo simultáneamente un derecho al patrimonio en que éstas se han integrado, representado por sus títulos de socios, que es lo único que reciben".

(145) Vid. MOTOS, op. cit., págs. 90 y ss.

(146) Cfr. BÉRGAMO, "Sociedades Anónimas (Las Acciones)", Madrid, 1970, Tomo III, pág. 263.

(147) Citada por SANTOS PASTOR, "Propietarios, Colonos e Inquilinos", edición Aranzadi, 1966.

(148) Cit. por GARRIGUES, "Tratado de Derecho Mercantil", Madrid, Tomo III, pág. 444.

la componen y las reglas aplicables a cada uno de ellos—clientela, patentes, propiedad industrial, establecimiento, no concurrencia, transmisión de derechos y expectativas, responsabilidad por deudas (novación subjetiva o asunción de deudas) (149). En el mismo sentido, para terminar resumiendo el tema, nuestra jurisprudencia ha establecido que la venta de todo el haber social de una sociedad implica la universalidad de los bienes (150), lo que no sólo se refiere a la materialidad de almacenes y enseres, sino también a las utilidades y provechos que en su crédito y clientela habían venido proporcionándole (151), teniendo en cuenta las obligaciones auxiliares inherentes (152), que hacen valer el derecho transmitido y los elementos precisos para asegurar su autenticidad y publicidad—inscripciones, listas de clientes, circulares, ...— (153); teniendo en cuenta, por fin, que la venta de un negocio es algo amplio que tiene un sentido de totalidad, que afecta íntegramente a la explotación de una empresa (154).

3.5. *Usufructo de empresa.*

La constitución de derechos reales de integración sobre las unidades económicas empresariales se ve difuminada a la hora de intentar su proyección sobre las sociedades anónimas (155). En ellas hay que distinguir la sociedad sujeto, la empresa o patrimonio universal objeto y, por fin, los accionistas titulares de la primera. Con ello, al confundirse “de facto” la propiedad de los títulos con la de sus elementos materiales (patrimonio), se produce una doble situación que aconseja alejarse de toda consideración unitaria y, por tanto, simplista o irreal (156). De otro lado, como ya hemos repetido, el mayor interés de centrar el estudio en las sociedades anónimas, dado, precisamente, por la imperatividad impuesta por la Ley 84/1968 a las sociedades cuyo capital sobrepase los cincuenta millones de pesetas, de adoptar esta forma jurídica. Esta es la razón fundamental por la que se enfocará el problema del usufructo desde este tipo de socieda-

(149) Cfr., sobre el tema, BÉRGAMO, op. cit. Tomo I, págs. 470 y ss. y bibliografía allí citada; RIERA, “Giro y Tráfico de Empresa, NES; CALVO ALFAGEME, “La empresa mercantil como objeto de negocios jurídicos”, AAMN, 1945; BROSETA, op. cit.; VALLE FUENTES, “Sobre la llamada venta de la clientela”, RDP, 1942, págs. 464 y ss.; VICENT CHULIÁ, op. cit.; GIRÓN, “Competencia ilícita y derecho de la empresa”, RDP, 1944; GARRIGUES, “Curso...”, opúsculo cit. Tomo II, págs. 93 y ss.; del mismo, “Tratado”, op. cit.

(150) Cfr. Sentencia de 17 de marzo de 1880, que tiene su precedente en la Ley 34, Tít. V, Partida 5.^a, citada por GARRIGUES, op. cit., pág. 445.

(151) Cfr. STS. de 8 de marzo de 1913.

(152) Cfr. STS. de 23 de octubre de 1934, entre otras muchas.

(153) Cfr. STS. de 23 de octubre de 1934.

(154) Cfr. SsTS. de 4 de abril de 1941 y 8 de mayo de 1949, entre otras.

(155) Vid *supra*, págs. 42 y ss.

(156) En las sociedades personalistas, en cambio, los derechos reales se refieren directamente a la “unidad económica” y no a un mero título. De esta forma, en estas sociedades se bifurca claramente el dominio directo del dominio útil.

des dejando conscientementt olvidadas las formas personalistas e incluso las sociedades de responsabilidad limitada.

En las sociedades anónimas no será pensable, así, un derecho de usufructo sobre la totalidad de la "unidad económica" sin precisar, previamente, sobre cuál de sus dos dimensiones recae: la patrimonial o la accionarial. Subjetivismo y objetivismo de una misma realidad que, sin dudar, engloban finalidades diferentes.

El usufructo accionarial está concebido, con ciertas distorsiones sobre el Derecho común (157), por el artículo 41 de la LSA, que expresa en su primer párrafo: "En el caso de usufructo de las acciones, la cualidad de socio reside en el nudo propietario; pero el usufructuario tendrá derecho a participar en las ganancias sociales obtenidas durante el período de usufructo y que se repartan dentro del mismo. El ejercicio de los demás derechos de socio corresponde, *salvo disposición contraria de los estatutos*, al nudo propietario de las acciones (158). Conforme a este precepto, el usufructo de acciones tiene diferentes dimensiones según su objeto. En efecto, puede tratarse distintamente de usufructuar acciones, en la cantidad que se quiera, con la única finalidad de percepción de una renta o dividendo, o puede, también, pretenderse la mayoría accionarial con derecho de voto—lo que, si los estatutos lo permiten, es ya un claro supuesto de concentración económica—, y, por fin, si se usufructúa la totalidad de las acciones, con todos los derechos que conllevan, en realidad, lo que se usufructúa es el patrimonio universal y organizado, esto es, la empresa misma. Con ello, como se ve, cuando el derecho de usufructo se hace recaer sobre la totalidad de cualquiera de las dimensiones societarias, se abre la compuerta a las demás y, a la vez, cualquier limitación sobre una de ellas lo es, reflejamente, sobre las restantes. Así, en el caso de que se usufructúe todo el patrimonio, los accionistas habrían dejado de tener el derecho de goce sobre éste. Los beneficios, como frutos de capital, pasarán a ser percibidos por los usufructuarios del patrimonio, con arreglo al contenido general de este derecho. De esta forma, las consecuencias serían prácticamente idénticas que si el usufructo se hubiese constituido sobre la totalidad de las acciones.

La posición de socio supone un derecho de propiedad indiviso sobre el patrimonio, a pesar de que "nominalmente" no suponga más que una parte alícuota del capital, que no es más que una mera cifra contable y opera como límite de retención, en el momento de repartir beneficios. Al vaciar este patrimonio con un derecho de usufructo, el accionista no tendrá sobre éste más que la titularidad de la "nuda propiedad". Consiguientemente, la suma de todos los elementos supone "algo más" que un conjunto heterogéneo de cosas aisladas, puesto

(157) Cfr. BÉRGAMO, "Sociedades Anónimas", op. cit.

(158) El usufructo de acciones tiene apoyo, también, en el Código civil, cuyo artículo 475 contiene el usufructo constituido sobre el derecho a percibir una renta o pensión periódica. Ello, no obstante, los que aquí interesan son los demás derechos, como el de voto.

que se identifica con la "unidad económica" total. El conjunto de todas las acciones en que se divide el capital de la sociedad ostenta la titularidad de la "unidad económica", o por así decirlo, *se identifica con ella misma*, como sujeto a quien pertenece su titularidad. Se trata de uno de los muchos casos que ofrece la vida real en la que se opera un salto de lo "cuantitativo" a lo cualitativo". Cada uno de los elementos que integran la "unidad económica", podrá ser usufructuado o enajenado, sin que, por ello, tenga lugar un usufructo o enajenación de las acciones. Sin embargo, cuando se dispone de "todos los elementos", se está disponiendo de la "unidad económica". Como quiera que su titularidad pertenece a la totalidad de las acciones, se estaría disponiendo de ellas al privarlas de su contenido. Lo mismo sucedería en el supuesto de que todas las acciones se enajenaran o usufructuaran. En este caso se estaría disponiendo indirectamente de todos los elementos que integran la unidad económica.

En realidad, como venimos afirmando, son dos los elementos que juegan en este supuesto: las acciones y el patrimonio. Con todo, ni es, ni puede ser, lo mismo la posesión de la totalidad que la posesión de una parte. En este supuesto, no operaría la reflexión inmediata entre ambos elementos y podría disponerse por separado de cada uno de ellos. Recuérdese a este efecto que la titularidad de la acción no otorga un derecho de propiedad sobre determinados elementos de la sociedad, sino sobre todos ellos indivisiblemente. Sin embargo, la totalidad de las acciones sí que puede corresponderse con la totalidad del patrimonio (159). Esta sería, en última instancia, la razón de que en el primero de los casos se opere una proyección sobre el otro término de la relación (160), mientras que en el segundo supuesto podría disponerse con independencia de los elementos o de las acciones de la sociedad.

Centrándonos ya en el usufructo patrimonial societario, su realización parcial no permite acudir a las formas anteriores—art. 41 de la LSA y 475 del C. c.—. El derecho de dominio que se contiene en la acción se proyecta sobre la totalidad del patrimonio de la sociedad y no sobre partes o elementos específicos de ésta.

En este caso será preciso acudir a las categorías más generales de este derecho real reguladas en el Código civil. Pues bien, esta segunda forma, la menos estudiada por la doctrina, merece algunas consideraciones. El artículo 467 del C. c. expresa a este respecto: "El usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos, con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa". Para constituir un Derecho real de este tipo sobre cualquier elemento perteneciente a la "unidad económica" será preciso el acuerdo de la Junta General, siempre que ello suponga la modificación de los Estatutos (art. 58 LSA). En caso

(159) Y, "de iure", así es, conforme a los artículos 1, 33, etc., de la LSA.

(160) Entendemos por términos de la relación, por una parte, los elementos integrantes del patrimonio y, por otra, las acciones que suponen su titularidad.

contrario, bastaría con el acuerdo del Consejo de Administración para realizar la constitución de tal usufructo. El derecho de usufructo, así, puede ser proyectado sobre los elementos más diversos de una "unidad económica" (locales, establecimientos, patentes de invención, fábricas, etc.). Al llevarse éste a cabo, existirá un verdadero "puente de unión" entre dos unidades económicas (la usufructuada y la titular de la nuda propiedad), polarizado en el elemento sobre el cual se constituye el derecho de usufructo. Este elemento se encontrará dependiendo de dos "unidades económicas" diferentes, si bien por un título diverso respecto de cada una (dominio directo, dominio útil).

De todos estos elementos, susceptibles de usufructo, merecen destacarse por su más imperfecta construcción, todos aquellos representativos de bienes "inmateriales".

El usufructo sobre el derecho de patente (161), por ejemplo, ha sido reiteradamente presentado por la doctrina bajo la figura de la "cesión de derecho", si bien podría perfectamente presentarse bajo la forma de usufructo sin producir distorsión alguna en su contenido. Es cierto que muchos de los supuestos de la vida real se presentan como "cesión del derecho de patente", pero no por ello debe descartarse la posibilidad de constituir un derecho de usufructo sobre aquel derecho (162). Esta última fórmula gozará de indudables ventajas sobre la primera. Con ella se lograría una mayor elasticidad en la transmisión de la exclusividad del empleo y utilización de la patente, y no sería preciso el cambio de inscripción en el Registro Industrial, puesto que la titularidad pertenecería, invariablemente, a quien tuviera la nuda propiedad. El usufructuario tendría, no obstante, la protección del Registro, por el contrato con el titular de la patente. Este supuesto, respecto de la patente de invención, no debe confundirse con la "cesión de licencia de explotación" —arts. 83 y ss. del Estatuto de Propiedad Industrial—. En este caso, la concesión de la explotación —esto es, su uso y disfrute— sobre determinada patente debe realizarse a través del procedimiento registral previsto en la Ley. Para evitar, precisamente, esta publicidad y excesivo formalismo es por lo que puede resultar conveniente la realización del "usufructo puro", tal como se ha descrito anteriormente.

Respecto al usufructo de los demás elementos que integran la "unidad económica", poco o nada cabe añadir a lo ya expuesto por la doctrina. Únicamente recalcar de nuevo que el realizado sobre alguno o algunos de los elementos patrimoniales, de por sí, no supone merma en los derechos de los socios. Se trata, en suma, de un problema de buena administración que, como tal, compete al "gestor societatis". Con todo, conviene repetir que cuando el derecho de usu-

(161) Entendiendo por patente la definición dada por el artículo 45 del D-L de 26 de julio de 1929 con las modificaciones introducidas por la R. O. de 30 de abril de 1930.

(162) Cfr. DE CASTRO, "Derecho Civil Español", Tomo II ("derechos sobre derechos").

fructo recae sobre la totalidad de cualesquiera de las dimensiones societarias, las limitaciones a una de ellas conllevan limitaciones a las restantes.

Las verdaderas relaciones de concentración, que se obtienen cuando "la unidad económica" se integra por dos o más sociedades o personas jurídicas, se producen, en el supuesto del usufructo, cuando éste es total, es decir, en el caso de usufructo de sociedad que, como ya expusimos, sólo podrá constituirse sobre el total accional o sobre el patrimonial. Con la constitución de esta relación entre dos "unidades económicas" (usufructo de una sociedad perteneciente a una "unidad económica" por otra "unidad económica") la sociedad en cuestión sería gestionada por el usufructuario ("unidad económica" o "grupo financiero"), mientras que su titularidad (la nuda propiedad) seguiría en manos de la "unidad económica" a la que pertenece.

Las relaciones de este tipo podrían complicarse mucho más en el supuesto de intervenir más de dos "unidades económicas" (cada una con varias sociedades), y de constituirse una relación de usufructo entre las sociedades pertenecientes a los diversos grupos. La unidad que otorgaría este tipo de relaciones, gozaría de indudables ventajas sobre las demás formas existentes (por ejemplo, adquisición de participaciones). A título de ejemplo podría pensarse en dos sectores fundamentales de normas que imponen limitaciones a las relaciones de este tipo: las disposiciones sobre inversiones extranjeras y las normas del Derecho fiscal. Las disposiciones relativas a las inversiones de capital extranjero (fundamentalmente el Decreto-Ley de 27 de julio de 1959 y disposiciones concordantes posteriores) hacen referencia exclusiva, como objeto de sus disposiciones, a la "adquisición de participaciones en el capital", y no al usufructo de estas participaciones. Por lo tanto, las limitaciones que dichas normas impongan no serían aplicables a este último supuesto en la mayoría de los casos. Y, por lo que respecta a las disposiciones fiscales cabe decir otro tanto. La diferencia existente en los tipos impositivos y, fundamentalmente, en las bases, motivará en la mayoría de los supuestos, la preferencia de este tipo de transmisión, sobre la simple enajenación. La adquisición de participaciones, en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, tributaría al 2 por 100 sobre el valor de las mismas (en caso de no estar intervenidas por agente o corredor de comercio). La constitución de un usufructo sobre dichas acciones tributaría exclusivamente al 4 por 100 sobre el 10 por 100 de dicho valor, si se trata de un período de tiempo no superior a cinco años, y, en caso contrario, sobre el 10 por 100 más por cada período de cinco años. Sin embargo, en el Impuesto de Rentas del Capital, el resultado no variaría, puesto que el pago del impuesto deberá hacerse por el usufructuario en quien recae la condición de perceptor de las rentas (art. 11 del T. R. de 13 de diciembre de 1967).

Pero las ventajas fiscales que mayor ahorro supondrían, se encuentran precisamente en la simplificación que supone este procedimiento para llevar a cabo una unión o concentración de socieda-

des. En contraposición, el proceso más costoso fiscalmente para llevar a cabo una concentración se encuentra radicado en la fusión o absorción de empresas. Por esta razón, el legislador, para permitir su realización, ha consentido la exención impositiva que, de otra forma, haría impracticable la concentración (163). La venta-fusión constituiría un procedimiento de concentración más “barato” que el anterior, si bien aún habrían de hacerse numerosos desembolsos causados por la disolución de la sociedad absorbida, la compra del patrimonio, etc. Aun así, la constitución de un derecho de usufructo sobre la totalidad de las acciones o del patrimonio, gozaría todavía de la ventaja de no tributar más que una sola vez, y por este solo hecho. Además, como ya dijimos, el poder de voto y los demás derechos del accionista podrán pasar a manos de la sociedad usufructuaria—art. 41 LSA—, que de tal forma tendrá, a estos efectos, los mismos beneficios que si hubiese adquirido los títulos por compra-venta o por cualquier otro modo de adquirir el dominio.

3.5. Prenda de empresa (164).

Las posibilidades de concentración que ofrece este Derecho real son muy semejantes a las ya expuestas con referencia al derecho de usufructo. En efecto, el artículo 42 de la LSA, al expresar que “en el caso de prenda de acciones, corresponderá al propietario de éstas, *salvo disposición contraria de los estatutos, el ejercicio de los derechos de accionista*”, ofrece tan claro paralelismo con el supuesto anterior que a su problemática inicial nos referimos (165). Habrá que diferenciar, por tanto, la prenda de acciones de la constituida sobre los elementos integrantes del patrimonio de la sociedad.

Una particularidad curiosa ofrece este supuesto, que es preciso tener en consideración. En el caso de que se ofrezcan en prenda la totalidad de los elementos del patrimonio, éstos deberán responder del cumplimiento de la deuda que garantizan. Si ésta se incumpliese, tendría lugar la realización de la prenda, con la consecuencia de llevar consigo la liquidación de la sociedad. Los accionistas, al carecer de patrimonio sobre el cual ejercer sus derechos, se verían obligados a disolver la sociedad. En cambio, en el supuesto contrario, esto es, en la prenda de la totalidad de las acciones, la sociedad no se disolvería en caso de que aquélla debiera realizarse. Lo único que tendría lugar sería un cambio en la titularidad de las acciones, que pasarían a las manos del acreedor pignoraticio.

(163) Vid. págs. 7 y ss.

(164) Conscientemente hablamos aquí de “unidades económicas” y no de empresas. Con ello aceptamos las múltiples dificultades con que se encuentra la constitución de una prenda sobre la empresa—cfr. GARRIGUES, “Curso”, Tomo I, págs. 176 y ss.—, salvadas por algunos Derechos expresamente—por ejemplo, la Ley francesa de 17 de marzo de 1909—, pero afirmamos su posibilidad indirecta—sobre totalidades titulares o sobre las objetivas— y combinada—prenda, hipoteca mobiliaria, prenda anticrética—.

(165) Habrá que tener en cuenta, no obstante, los artículos 1.893 y siguientes del C. c. y 320 y ss. y 918 del C. de c.

La dificultad que ofrece la constitución de un derecho de prenda, sobre la totalidad de los elementos del patrimonio, no puede ser salvada dentro de la misma categoría anterior. No puede imaginarse el caso de un patrimonio integrado exclusivamente por bienes inmuebles. Ni siquiera, y en el caso de ser esto posible, podría compaginarse el funcionamiento de la empresa, con el desplazamiento que supone generalmente la prenda. Podría, sin embargo, eludirse este grave inconveniente con la combinación de la hipoteca clásica y de la "hipoteca mobiliaria", creada precisamente con este fin (166).

Creemos preferible, a pesar de apuntarse estas soluciones, resolver la cuestión a través de un Derecho real unitario. La "prenda anticrética" parece ser la institución que mejor podría aplicarse a este supuesto, con la ventaja de permitir una configuración muy amplia, al no encontrarse expresamente regulada por el derecho positivo. Lo que se ofrecería en prenda serían precisamente los frutos—beneficios—que el patrimonio o las acciones produjesen. El acreedor pignoraticio anticrético quedaría prácticamente subrogado en la gestión de la empresa—en el caso, naturalmente, de constituirse sobre las acciones y "extensio legis" permitirlo así los estatutos—, o en la percepción de los beneficios—en el supuesto de constituirse tan sólo sobre el patrimonio—.

Las disposiciones fiscales difícilmente podrán ser aplicables directamente a este supuesto de concentración, a menos que se hiciera uso de la analogía que permite el artículo 24/2 de la LGT. El único hecho imponible que surgiría sería el constitutivo del derecho real de prenda, que tributa al tipo del 1,90 por 100. La concentración quedaría, pues, consumada en el supuesto de realizarse el derecho de prenda, ya sea sobre las acciones o sobre el patrimonio. La fusión-venta resultaría, incluso, más "cara" fiscalmente que este sencillo procedimiento de concentración.

4. *Relaciones de integración patrimonial.*

Nuestro Derecho mercantil ha ignorado, hasta época reciente, el fenómeno de la integración patrimonial. El Código de Comercio no se plantea el problema y trata tan sólo de la fusión de compañías de ferrocarriles (167) y prohíbe algún que otro supuesto. La Ley de Sociedades Anónimas recoge, por fin, el tema, pero, dentro de la enorme riqueza de supuestos existentes, tan sólo regula los procedimientos de la llamada "fusión típica" en sus dos modalidades: absorción y fusión. Por último, y para terminar esta somera exposición legislativa, la Ley de 5 de diciembre de 1968, introduce modificaciones voluntarias para las empresas que acuerden fusionarse y gocen de

(166) Cfr. GARRIGUES, "Curso", op. cit., págs. 176 y ss. y bibliografía allí citada.

(167) Artículos 188 y ss. del C. de c.

los beneficios fiscales concedidos a la acción concertada o a la concentración de empresas (168).

Este procedimiento requiere, antes de hacer cualquier consideración acerca de su naturaleza, una exposición de las principales características que lo definen. En primer lugar existe la disolución de, al menos, una sociedad sin que tenga lugar su liquidación. En segundo término debe existir una transmisión de la totalidad del patrimonio de una(s) sociedad(es) (comprendiendo tanto el activo como el pasivo) a otra. Por último, el precio que se paga por esta transmisión debe consistir precisamente en un paquete de acciones de la sociedad absorbente, que se reparte entre los accionistas de la absorbida (169). Por ello cualquier procedimiento que no respete alguno de estos puntos, deberá ser considerado como fusión atípica (170).

Dentro ya del panorama de fusiones típicas, podrían éstas clasificarse en normales y anormales según que su realización suponga el aumento del capital de la absorbente en un montante equivalente al capital de la absorbida o, por el contrario, aquella cifra sea menor que ésta. En el primer caso, existiría una mera adición de los capitales (que normalmente será incluso superior, a la suma de los mismos, por efecto de las plusvalías y de la revalorización del patrimonio). En el segundo, la cifra de capital resultante de la fusión será inferior a la de su adición. La causa de este fenómeno radica en la posesión de acciones de la sociedad absorbente por parte de la absorbida. Al reunir en una sola unidad ambos patrimonios, deberán restarse del total resultante estas cantidades, para evitar una valoración doble del activo. En el supuesto de que la fusión se lleve a cabo en sociedades conceptuales como "One Hand Companies" (esto es, en la que todo el capital de la sociedad se encuentra en poder de otra), no debería tener lugar aumento alguno de capital en la sociedad absorbente. Su cifra de capital sería ya comprensiva del valor de la totalidad de las acciones que poseyera y, en cualquier caso, tan sólo podría aumentarse en la cantidad resultante de la diferen-

(168) Las principales modificaciones introducidas por esta ley pueden resumirse en los siguientes puntos: agilización procedimental y reducción de plazos, consideración primordial de la entidad resultante (por encima del interés particular del accionista), inversión de la presunción establecida por la LSA, relativa a los accionistas no asistentes, cfr. BÉRGAMO, op. cit., Tomo III, páginas 295 y ss.

(169) Cfr. sobre este punto, MIGUEL MOTOS GUIRAO, "Fusión de Sociedades Mercantiles", Ed. Derecho Privado, Madrid, 1953, págs. 15 y ss; FERRI, "La fusione delle Società commerciali", Roma, 1936, pág. 3; URÍA, "La fusión de las sociedades mercantiles en el Derecho español", *Rev. D. M.*, 1946, página 216; GARRIGUES, "Curso de Derecho Mercantil", págs. 499 y ss.; "Tratado", del mismo autor, págs. 1265 y ss.; GARRIGUES-URÍA, op. cit. Tomo II, páginas 642 y ss.; GIRÓN, "Derecho de Sociedades Anónimas", págs. 615 y ss.; MATILLA, "Problemas Fiscales...", *RDM*, págs. 103 y 165 y ss. (1967); RUBIO, opúsculo cit., págs. 405 y ss.; TEJERA, "El impuesto de Derechos Reales", *RDM*, 1947, págs. 299 y ss.; URÍA, *RDM*, págs. 206 y ss. (1946);...

(170) Algunos de los procedimientos conceptuados como fusiones atípicas han sido ya tratados en otros apartados de este trabajo, tales como la venta-fusión, la compra de capa, etc.

cia entre el valor real (entendido como valor de coste de las acciones) y el del patrimonio que representan.

El artículo 22. del T. R. del Impuesto sobre el Beneficio de Sociedades (23 de diciembre de 1967) se hace eco de esta peculiaridad al prescribir: "En caso de absorción o incorporación total o parcial de la entidad o entidades controladas, podrá integrarse en la base imponible de la sociedad controladora, en la proporción que corresponda, la diferencia en más que, en su caso, exista entre el importe en que figuren valoradas en su activo las acciones o participaciones de la controlada y el valor desembolsado de las mismas más la parte proporcional de las reservadas que tenga constituidas la entidad emisora". De esta forma se estará realizando una verdadera integración total de patrimonios (como una de las posibles formas específicas de consolidación de balances), que evitará, en la mayoría de los casos, las duplicidades ficticias.

El tratamiento fiscal de los procedimientos típicos de fusión se halla bonificado, no siendo extensibles estos beneficios al resto de los procedimientos calificados de fórmulas atípicas. Como ya apuntamos anteriormente, no se comprende bien la razón que impulsó al legislador hacia tal discriminación (171).

Motos Guirao, en su conocida obra sobre la fusión de sociedades mercantiles (172), intenta establecer en siete puntos las principales diferencias entre la llamada "concentración de sociedades" y el típico procedimiento de fusión. En realidad, y sin dejar por ello de lado esta postura, no se trata de conceptos diferentes, sino de categorías esencialmente idénticas, pero con diferente grado de concretización. Más coherente parece la postura de Garrigues, que, en este sentido, considera la fusión como "el grado máximo de la concentración" (173), y, por consiguiente, como una de sus modalidades.

Las motivaciones que pueden conducir a la adopción de cualquiera de los procedimientos de concentración, dependerán en su mayor parte del grado de cohesión deseable. Si se tiende a lograr una "unificación" de las distintas empresas operantes en el seno de un grupo de sociedades se recurrirá, normalmente, a la fusión, ya sea en su forma típica o atípica, pero, en todo caso, lográndose una reducción del número de sociedades actuantes, en aras de una mayor dimensión de las restantes. Si, por el contrario, sólo interesa el control de empresas que en principio no dependen de la unidad económica considerada, se tenderá a realizar una mera "participación en el capital de las sociedades" (en cualquiera de las formas anteriormente descritas). En el primero de los casos, se crea un simple establecimiento (la sociedad absorbida pasa a convertirse en estable-

(171) Los beneficios a la concentración de empresas son los hoy contenidos en el Decreto 2.910/1971, de 25 de noviembre, y legislación allí citada, desarrollado por la O.M. de 24 de abril de 1972.

(172) Cfr. MIGUEL MOTOS GUIRAO, "Fusión de Sociedades Mercantiles", Edición *Revista de Derecho privado, Madrid*, 1953, págs. 7 y 55.

(173) Vid. GARRIGUES, "Formas sociales de uniones de empresas", *RDM*, 1947, I, pág. 57.

cimiento), mientras que en el segundo, se conserva la personalidad jurídica y se convierte únicamente en filial de la absorbente (con lo cual tendría lugar una diversificación de la unidad económica).

Por último, basta señalar cómo los procedimientos de fusión (como conexión del grado máximo de concentración) suponen un mayor coste fiscal que, de no estar acogidos a las bonificaciones anteriormente aludidas, no podrán llevarse a la práctica.

III. EL FENOMENO DE LA DESCONCENTRACION APARENTE CON FINES DE DOMINACION DE MERCADO

Es evidente que no sólo las formas de concentración conducen a una situación de predominio en el mercado. El espíritu de expansión, dentro de un determinado contexto económico, no se mueve en el marco de un razonamiento unidimensional, sino que, por el contrario, utiliza estructuras de corte dialéctico para el logro de sus objetivos. Si ya se ha hablado del fenómeno de la concentración, como medio primario e intuitivo para alcanzar una situación de dominación, ahora es preciso hacer referencia a lo que esencialmente parece el contrapunto de esta categoría: las situaciones de dispersión y disgregación—desconcentración y descentralización económicas—. Sin embargo, un somero análisis de la situación que originan estas estructuras es capaz de ponernos de manifiesto la estrecha trabazón existente entre ambas categorías que, en el fondo, no son más que la evolución de un mismo proceso.

Si el punto inicial de este análisis lo situamos en la pequeña y mediana empresa, es fácil observar cómo el primer paso hacia una expansión de su propia estructura lo constituye la fase de concentración (en cualquiera de sus manifestaciones) tendente a aumentar su propia eficiencia y dimensiones. La pequeña y mediana empresa podrá llegar a transformarse así en una organización por la vía de la concentración estructural (fundamentalmente integraciones totales o parciales con los patrimonios de otras sociedades análogas). Lograda ya una dimensión de la empresa, deberá procurarse una estabilidad mínima en el mercado, con el fin de no desangrarse en una "cut throat competition" de precios libres a la baja. A este fin, comenzará a actuar dentro de una segunda fase de concentración (concentración contractual, en este caso) con el objeto de obtener un reparto tanto en la oferta de su productos como en la demanda de los factores de producción y materias primas. Pero el espíritu impulsor del capitalismo (nos referimos al "espíritu capitalista puro", y quizá no tan "de laboratorio" como pudiera pensarse), no se detiene en situaciones estables de equilibrio, sino que, por el contrario, intentará romperla, siempre que se encuentre ante una coyuntura favorable. Para ello, ya no podrá utilizar una política de expansión en las dimensiones de su propia empresa, puesto que ya ha llegado al límite óptimo (por encima del cual los rendimientos comienzan a ser decre-

cientos), y tendrá que romper el equilibrio del mercado por otros métodos. Es aquí, precisamente, donde surge la aplicación de esta tercera categoría, a la que hemos denominado “desconcentración aparente”, con el fin de extender y lograr una verdadera situación de dominio. Mediante ella se concluye la fase “abierta” de expansión, para comenzar a tejerse una verdadera “tela de araña”, de muy difícil aprehensión, por quien no se encuentra inmerso en ella. La utilización de esta “tercera fase” no sería aconsejable, sino hasta haber concluido las dos etapas anteriores, puesto que, en caso contrario, podría conducir a un auténtico “ahogo” de la empresa que se desconcentra prematuramente.

1. *Concepto:*

Llamamos desconcentración aparente al fenómeno que tiene lugar al crearse una nueva “personalidad jurídica” con capital, en todo o en parte, de otra ya existente. Al operarse esta creación, la sociedad matriz recibe en contrapartida a su aportación de capital, un paquete de acciones de la nueva sociedad, representativo de todo su capital o de una cantidad superior al 50 por 100. No se trata, aún en el caso de aportación parcial, de establecer una unión con otra sociedad (que podría haber aportado la cifra de capital restante), puesto que ya ha sido analizado este supuesto en los epígrafes anteriores. En la figura que ahora se estudia, la finalidad es completamente opuesta: se desconcentra el patrimonio de la sociedad matriz mediante su colocación en una sociedad con distinta personalidad jurídica.

Este concepto, cuyos contornos, por sí y en abstracto, parecen difusos, se va haciendo más y más definido, conforme vamos situándolo en estructuras concretas, en casos reales, que han existido y que existen en la economía actual. Sin perjuicio de que luego se profundice más en algunos aspectos particulares de esta categoría, podemos dar un “esquema real” de la actuación de este tipo de relaciones, que por lo general suelen presentarse en un mercado de tipo internacional. La sociedad matriz A, que opera dentro del contexto de un país P (de alto nivel de desarrollo, y que, por tanto, admite unas dimensiones económicas de las empresas que actúan en su seno, relativamente grandes), necesita ampliar su producción. Para ello no podrá aumentar las dimensiones de su empresa A, ya que ésta ha alcanzado el límite óptimo (por encima del cual los costes marginales comienzan a superar a los beneficios marginales). Se le plantea entonces la disyuntiva de crear nuevas sociedades (con el patrimonio de la sociedad A) para poder actuar dentro del entorno del mercado nacional del país P. Sin embargo, dado que el mercado de otros países, del tipo Q (con un nivel de subdesarrollo, o en vías de desarrollo) está menos explotado y preparado económicamente, la posibilidad de establecer en él la nueva sociedad, se le aparecerá como más ventajosa. Aparte de las mayores posibilidades de producción que encontrará en este nuevo mercado, obtendrá

siempre mayores ventajas para la financiación de la sociedad (créditos concedidos para instalación de nuevas empresas, bonificaciones fiscales, inversiones extranjeras...).

La disgregación de su propio patrimonio permitirá a la sociedad, por otra parte, la posibilidad de aceptar una política de competencia a precios sin límite en determinados mercados (con el fin de eliminar la eventual competencia, que temporalmente pudiera encontrarse), puesto que siempre podrá enjugar las pérdidas temporales que se originen, con una simple transferencia de beneficios, por parte de la sociedad o sociedades que estén consolidadas económicamente con ella.

El juego, por tanto, presenta dos posibles alternativas iniciales: constitución de sociedades dentro del mismo país que la sociedad matriz (pero en diferentes mercados) o constitución de sociedad o sociedades, en uno o varios países, y dentro del mismo mercado que la sociedad matriz.

No debe confundirse el concepto de "concentración" con la categoría aquí expuesta. En realidad, consideradas ambas estructuras desde un punto de vista estático, es decir, una vez que se han constituido las filiales, no difieren en nada, puesto que con las dos se trata de lograr una situación de dominio del mercado. Pero desde un aspecto puramente dinámico (análisis del desarrollo de la categoría) ambas presentan notables diferencias.

En los procesos de desconcentración lo que tiene lugar es la "creación de una nueva sociedad" con el capital de la sociedad matriz. En la concentración de empresas lo que se realiza es la "participación de la sociedad matriz, en el capital de una sociedad preexistente". Otros supuestos de concentración, tales como la fusión y la absorción, se presentan como un auténtico contrapunto de la desconcentración, puesto que lo que se logra con ellas es, precisamente, la desaparición de una personalidad jurídica, en lugar de la creación de una nueva.

2. *Efectos.*

Los resultados de una política de desconcentración conducen a la consecución de lo que ha dado en llamarse "grupos financieros", con el consiguiente aumento de dominación de mercado a que conducen. Los efectos de esta situación son evidentemente diversos, según el punto de vista desde el cual se consideren. Es indudable que para la sociedad que lleve a cabo una acción de este tipo, los resultados son, con buena gestión, altamente satisfactorios, puesto que, en un plazo relativamente corto, habrá extendido su mercado, tanto vertical como horizontalmente. Sin embargo, para la economía de los países subdesarrollados o en vías de desarrollo en los que esta sociedad extienda su mercado, los resultados pueden llegar a ser desastrosos. Si ya existía poca competencia dentro del marco de su economía, ahora se verá aún más disminuida por la acción casi monopolística que ejercerán las sociedades filiales de las extranjeras.

Verá, poco a poco, desangrarse su propia economía, en beneficio de estas empresas, que pasado un período de reducción excesiva de precios (aún por debajo de los costes de producción) tenderán a aumentarlos, conforme vayan apoderándose del mercado y transfiriendo, consecuentemente, una parte sustanciosa de los beneficios obtenidos, al extranjero.

3. *El Derecho español ante la desconcentración de empresas.*

La postura del ordenamiento español ante este tipo de procedimiento, está casi exclusivamente referida al aspecto de las inversiones de capital extranjero, haciéndose prácticamente una total omisión al tratar de la regulación de la concentración de empresas (174).

La legislación fiscal no contempla, sino parcialmente, este aspecto de las relaciones entre sociedades. El artículo 20 del T. R. de 23 de diciembre de 1967 (Impuesto sobre el beneficio de las Sociedades y demás Entidades jurídicas) es aplicable tan sólo a las sociedades extranjeras con "sucursales" en territorio español. No será aplicable, por consiguiente, a las sociedades con propia "personalidad jurídica española", aunque dependan de cualquier matriz extranjera. El artículo 22 del mismo texto legal, sí sería aplicable a este impuesto (al tratar de las "sociedades integrantes de una unidad económica"), pero el hecho de que la matriz estuviese situada en el extranjero, haría imposible la aplicación del sistema de "balances consolidados" que se pretende.

En el ámbito más amplio, de la legislación sobre inversiones de capital extranjero, también existe una clara laguna, que permite evadir lo dispuesto en ella. Si el artículo 1.º del Decreto-Ley de 27 de julio de 1959, establece como sujetos de las inversiones de capital extranjero únicamente a los "españoles con residencia habitual en el extranjero, los extranjeros y las personas jurídicas extranjeras de nacionalidad privada", se dejan fuera de esta legislación a las "personas jurídicas españolas" cuyo capital pertenezca a extranjeros.

El criterio para otorgar la nacionalidad española a las personas jurídicas se encuentra presidido en nuestra legislación por el doble requisito del domicilio y la constitución (175) con arreglo a las leyes españolas (art. 15 C. de Com., art. 27 C. c. y art. 5 LSA, etc.). Si esto es así, para nada influirá la nacionalidad de los titulares de las acciones a la hora de determinar la nacionalidad de cualquier sociedad (176). Si una sociedad de este tipo invierte en otra sociedad

(174) Con todo, es posible ver atisbos de fenómenos de desconcentración, paradójicamente, en el Decreto 2.910/71, por el que se dictan normas para la aplicación de los beneficios fiscales a la concentración de empresas, ya que entre los supuestos protegidos se encuentra la "segregación de establecimientos industriales de Sociedades o Empresas, aunque no procedan a su disolución, para su integración posterior en otras preexistentes o de nueva creación" y mucho más claro aún en la legislación existente a este Decreto.

(175) Salvo en algunas disposiciones militares.

(176) Conviene volver a señalar aquí de nuevo la innovación producida por el artículo 53 del Proyecto de Ley del III Plan de Desarrollo, que viene

española, no podrán imponérsele los límites de la legislación sobre inversiones de capital extranjero (actualmente, el III Plan de Desarrollo vuelve al anterior límite del 50 por 100, derogando lo dispuesto en el Decreto de 18 de abril de 1963, que no imponía límite alguno para determinados sectores) (176 bis). Al combinar la inversión de estas sociedades con otras de nacionalidad extranjera, se podría eludir claramente el límite del 50 por 100 impuesto por el legislador. La sociedad extranjera no tendría más que invertir hasta el 50 por 100 autorizado, suscribiéndose el resto del capital por la Sociedad de nacionalidad española. La transferencia de beneficios al exterior se haría de la siguiente forma: los beneficios percibidos por el 50 por 100 del capital perteneciente a la sociedad extranjera gozarían de la libertad de repatriación como pesetas transferibles (art. 1.º, Decreto 17 de mayo de 1962). Los beneficios producidos por el restante 50 por 100 pasarán a ser percibidos por la sociedad española que, como tal, pasarán a incrementar sus beneficios repartibles. Como estos beneficios también gozarán de la cualidad de pesetas transferibles, podrán ser repatriados sin límite alguno por la sociedad extranjera supscritora de las acciones de la sociedad española.

IV. EL ORDEN PUBLICO ECONOMICO Y LA CONCENTRACION INDUSTRIAL. LA EMPRESA PUBLICA ANTIMONOPOLISTICA

La Empresa Pública, en cuanto realidad económica, es utilizada, junto con otras técnicas de intervención administrativa—control de precios, aranceles, inversiones públicas...—, para conseguir, en su caso, mantener el llamado “orden público económico” (177). Cabalmente, esta técnica de política económica debería de ocupar uno de los primeros lugares en la neutralización, a sus justos efectos, del movimiento de concentración de unidades económicas en lo que tiene de antieconómico—monopolio...—. Sin embargo, aparte de que en España tal movimiento no tiene una pujanza considerable, a ello parecen oponerse, no sólo la tortuosa evolución histórica de nuestras Empresas Públicas, sino también sus continuas restricciones legislativas, el confusionismo de nuestro Derecho positivo y la misma filosofía que los sustenta (178).

a prohibir este específico supuesto, ampliando el ámbito de aplicación de la legislación sobre inversiones de capital extranjero. Inexplicablemente este precepto no ha pasado al texto definitivo de la Ley aprobatoria.

(176 bis) Tal aspecto no ha pasado al texto definitivo de la Ley del PDES.

(177) Cfr. sobre el tema, MANZANEDO, HERNANDO y GÓMEZ REINO, “Curso de Derecho Administrativo Económico”, IEAL, Madrid, 1970, pág. 648 y bibliografía allí citada.

(178) El Proyecto de Ley aprobatorio del Plan de Desarrollo intenta reducir el actual confusionismo legislativo anunciando la publicación, en el próximo cuadrenio, de un Estatuto unificado de la Empresa Pública, desde hace años pedido por la doctrina. En la actualidad, a parte de nuestra legislación constitucional, sobre estas empresas inciden, entre otras, la Ley de Ordenación y Defensa de la Industria Nacional de 1939, la Ley Fundacional

1. *La Empresa Pública antimonopolística en la legislación del Plan de Desarrollo (179).*

La legislación del Plan de Desarrollo ha venido a ser, para la Empresa Pública, un conjunto de restricciones y la consagración de la interpretación negativa del principio de subsidiariedad que informa la intervención directa estatal en la economía. Así, conforme al artículo 5 del Decreto 1.541/1972, de 15 de junio, por el que se aprueba el T. R. de la Ley del Plan de Desarrollo —mantenido intacto en el proyecto de Ley aprobatoria del III Plan— “para la creación de Empresas Nacionales y para la iniciación de actividades distintas o el establecimiento en otras áreas geográficas de otras plantas industriales por las empresas ya existentes, habrá de concurrir alguno de los siguientes motivos:

- a) Insuficiencia de la iniciativa privada. Por el Gobierno podrá apreciarse la insuficiencia de la iniciativa privada y la oportunidad de suplirla con la actividad pública, entre otros casos, cuando aquélla no alcance en un sector determinado los objetivos señalados para ella, con carácter indicativo en el Plan de Desarrollo Económico y Social.
- b) Conveniencia de impedir o combatir prácticas restrictivas de la competencia.
- c) Imperativos de la defensa o de alto interés nacional.

En el supuesto del apartado a), y salvo que existan razones técnicas de urgencia apreciadas por el Gobierno, éste, oídos el Consejo de Economía Nacional y la Organización Sindical, y a propuesta del Ministerio competente por razón de la materia, antes de proceder a la constitución de una Empresa Nacional o de iniciarse actividades distintas o establecerse otras plantas industriales por las empresas ya existentes, publicará el oportuno anuncio en el “Boletín Oficial del Estado” para que las empresas privadas puedan realizar, dentro del plazo que se señale, las actividades de que se trate, obligándose a alcanzar el volumen de producción que, en cada caso, se estime necesario.

La creación de nuevas Empresas Nacionales o de filiales de aquellas ya existentes, así como la iniciación por las ya creadas de actividades distintas, deberá acordarse por Decreto a propuesta del

del Instituto Nacional de Industria de 1941, su Reglamento provisional de 1942 y el Decreto-Ley de 24 de diciembre de 1970, que las modifica, la LEEA de 1958, la Ley de Industrias de Interés Preferente de 1963, la legislación del Plan de Desarrollo, la LPE y su Reglamento, de 1964, la LRL de 1955, el RSCL del mismo año, la LSA de 1951, así como los distintos Estatutos particulares de algunas Empresas Públicas, los Monopolios fiscales, la legislación de Puertos Autónomos, etc., etc., etc.

(179) Para la Empresa Pública antimonopolística, la LPRC no es más que un complemento. En efecto, conforme a la E. M. de esta última, “la lucha del Estado moderno contra las prácticas restrictivas implica un paso ulterior a la lucha contra el abuso de los monopolios, en cuanto englobe no sólo a éstos, sino, más general y profundamente, a todos los estrangulamientos del mercado: completa, de un lado, el campo de acción de la empresa pública antimonopolística...”.

ministro competente por razón de la materia o del Organismo Autónomo correspondiente, por conducto del Ministerio a que esté adscrito, previo informe del Ministerio de Hacienda y de la Comisaría del Plan de Desarrollo" (180).

Pues bien, como puede verse, entre las causas de creación de Empresas Nacionales se encuentra la de impedir o conservar el orden público económico de libertad concurrencial y de mercado. Ello, de por sí, demuestra ya la desconfianza de nuestro legislador hacia la Ley de Prácticas Restrictivas, anterior a la aprobatoria del I Plan de Desarrollo (181), pero, y lo que es peor, rompe con la filosofía anterior y desecha cualquier posibilidad—salvo las tímidas de la Ley de Incautación, de Patrimonio del Estado y alguna otra— de sustitución, mediante nacionalización.

Con todo, el apartado b) que comentamos, no sólo es más flexible que el a)—insuficiencia de la iniciativa privada—(182), sino que podría ser "escapado" a través de las Empresas no nacionales y de las participaciones indirectas del INI.

Sin embargo, ¿por qué no se utilizan las Empresas Públicas para combatir prácticas restrictivas de la competencia? Primero, porque la concentración empresarial típica es muy escasa en España; segundo, porque los poderes públicos no pueden, todavía, acometer los problemas reales de las entidades societarias extranjeras; tercero, porque el sector privado se ha "apoderado" de cuantas Empresas Nacionales o Públicas en general, podrían haberlo hecho con eficacia (183) y, al fin, porque ni siquiera los responsables de la cosa pública utilizan los medios existentes para que nuestras unidades empresariales alcancen dimensiones competitivas a nivel internacional. Hoy por hoy, la Empresa Pública es sólo un motor más para el desarrollo industrial, y son escasísimos los casos de empresas estatales antimonopolísticas (184).

Pese a la teórica agilidad del apartado b) que comentamos—no necesita, como el a), de oferta previa—, el futuro previsible de la Empresa Pública antimonopolística se encuentra, fundamentalmente, en la doble actuación del INI, a través de participaciones directas o indirectas, de lo que nos ocupamos en el epígrafe siguiente.

(180) Conviene aclarar que el citado precepto y las limitaciones que contiene, se refieren sólo a las Empresas Nacionales y, en parte, a sus filiales, pero no a las Empresas no Nacionales—arts. 101 y 106 LPE—ni a sus filiales, ni a las participaciones indirectas que no impliquen la relación matriz-filial. Cfr. sobre el tema, PÉREZ MORENO, "La forma jurídica de las Empresas Públicas", Sevilla, 1969, págs. 163 y ss.

(181) Vid. DUQUE, "Empresas Nacionales, iniciativa privada y libre concurrencia en el Derecho español", en *Empresa Pública, Studia Albornothoniana*, Tomo I, págs. 909 y ss.

(182) Aunque menos que el apartado c)—defensa o intereses nacionales—del mismo precepto.

(183) Vid. MARTÍN RETORTILLO, "La Empresa Pública como alternativa", en *Empresa Pública*, op. cit. Tomo I, pág. 893.

(184) Por ejemplo, MERCASA, conforme a su Decreto fundacional, de 7 de abril de 1966, y originariamente ENSIDESA y BAZAN.

2. *El Instituto Nacional de Industria y la Empresa Pública anti-monopolística.*

Parece indudable que dar una visión del Instituto Nacional de Industria conforme a su legislación fundacional, y a la que posteriormente ha ido incidiendo sobre el mismo y sus empresas, sería inexacta y parcial. Ni siquiera en la primera etapa de su existencia, el Instituto Nacional de Industria se ha ceñido a la limitación de objetivos y medios que le vienen señalados legalmente, lo que tampoco quiere decir que la actuación del Instituto Nacional de Industria pueda ser criticable por este motivo. En su primera etapa, las actividades del Instituto Nacional de Industria vinieron a ser inspiradas por la aplicación directa del principio de subsidiariedad que recogen nuestras Leyes Fundamentales y la legislación económica ordinaria. Esto es, que el Instituto Nacional de Industria suplía la iniciativa privada sólo cuando ésta resultaba insuficiente o no existía, además de asumir las actividades de interés para la defensa nacional que se le encomendaban. Esta etapa se plasmó, fundamentalmente, en la *creación de nuevas industrias*, en sectores poco o nada atendidos por la iniciativa privada. Sin embargo, cuanto queda hoy de aquella etapa no es sino el que, a veces, se vea obligado, por distintas razones, a asumir actividades o empresas que, a consecuencia del cual grado de desarrollo y apertura al exterior, se ven en difícil o imposible supervivencia. Con ello no queremos decir que ya no sea necesario seguir creando nuevas industrias, sino que, las que nacen ahora tienen un significado y orientación muy diferente.

Pero, sobre todo, a lo que nos referimos es a que el Instituto Nacional de Industria, con los medios que cuenta, ha venido, desde hace unos años, acrecentando sus actividades, en favor del desarrollo industrial nacional, a través de "participaciones indirectas", integrando, ayudando y potenciando a la iniciativa privada o neutralizando actividades monopolísticas.

Esta actuación del Instituto Nacional de Industria hay que entenderla a través del mismo principio de subsidiariedad, aunque con un significado más progresivo. Hoy no parece correcto entender este principio con el estricto contenido de la asunción por el Estado de cuantas actividades no gocen de la debida atención de la iniciativa privada, y ello porque no puede la Administración gestionar estas actividades cuando desbordan su naturaleza o su propia capacidad de acción (185). Para ello el Estado encomienda estas funciones a "*entes de gestión*", intermedios y especializados que intervienen, de ambas formas, en la esfera de actividades encomendada y que, para el Instituto Nacional de Industria, es la del desarrollo industrial. Así, si para sus filiales puede hablarse de *subsidiariedad directa*, para la gestión indirecta puede hablarse de *subsidiariedad de servicio promotora o planificadora*.

(185) Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "La organización y el control del sector público en España", en *Empresa Pública*, op. cit., págs. 935 y ss. y bibliografía allí citada.

Esta segunda función del Instituto Nacional de Industria ha sido a menudo olvidada y, aunque es cada día creciente, no tiene aún la importancia que de la misma cabe esperar. Por medio de la *gestión indirecta* el papel del Instituto Nacional de Industria en la promoción para la creación y expansión de industrias privadas, en la reestructuración de los sectores industriales, en la neutralización de prácticas restrictivas, en la creación de grandes y necesarios servicios comerciales comunes, en la investigación y, en definitiva, utilizada con eficaz medio para lograr una mayor vinculación de la empresa privada a los Planes de Desarrollo y un mayor cumplimiento por la misma de las directrices de política industrial del Gobierno, puede y debe ser creciente y cada vez más cualificada. Las participaciones indirectas son, generalmente, de mayoría relativa o, incluso, minoritarias, lo que no impide que, aún así, pueda llegarse a controlar las empresas participadas, lo que, a su vez, puede hacerse temporalmente, todo ello según la empresa en cuestión y las finalidades que se persiguen. Se trata, en definitiva, de utilizar las técnicas de intervención, expansión y control industrial que realizan los grandes grupos industriales, sólo que para fines públicos, como lo es el antimonopolístico.

Las obligaciones facultativas en el Derecho español

JOSE MANUEL MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ

Doctor en Derecho, Juez de 1.º Instancia e Instrucción

I. TERMINOLOGÍA: 1. Origen de la expresión "obligación facultativa". 2. Otras fórmulas propuestas. 3. Crítica y conclusión.—II. ORIGEN E HISTORIA DE LA INSTITUCIÓN: 1. Derecho Romano y glosadores. 2. Pothier y Delvincourt. 3. Los Códigos civiles.—III. COLOCACIÓN SISTEMÁTICA Y CONCEPTO: 1. Colocación sistemática. 2. Concepto.—IV. CARACTERES Y EFECTOS: 1. Caracteres. 2. Efectos. A. Supuestos normales. B. Supuestos anormales. a) Vicio o nulidad originarios. b) Nulidad derivada. a') Liberación del deudor. b') No liberación del deudor. 1.º Supuestos de dolo y culpa. 2.º Mora del deudor.—V. DEFINICIÓN.—VI. FUENTES DE LAS OBLIGACIONES FACULTATIVAS: 1. Introducción. 2. Clases. A. Voluntad particular. B. Supuestos legales de obligaciones facultativas. a) Rescisión de la compraventa por lesión. b) Rescisión de la partición por lesión. c) Deuda de moneda extranjera. d) Posición del adquirente de un bien hipotecado. e) Perecimiento del inmueble hipotecado. f) Pago de la legítima a determinados herederos. g) Legado de cosa ajena. h) Obligación de prestar alimentos. i) Supuesto de compraventa con arras. j) Prestación de alimentos por el donatario. k) Perecimiento de una de las prestaciones en la obligación alternativa. l) El contrato estimatorio. m) Rehúse de una letra de cambio. n) Contratos bursátiles. ñ) Otros supuestos. 1.º Prestación por un tercero. 2.º Ciertos contratos agrarios. 3.º El deber de prestación. 4.º La obligación facultativa en el campo penal.—VII. ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS AFINES: 1. La obligación alternativa. A. Introducción. B. Analogías. C. Diferencias. D. Dificultades prácticas. E. Resolución legislativa de los casos dudosos. 2. Obligaciones con cláusula penal. 3. La dación en pago. 4. Las obligaciones accesorias. 5. La obligación suspensiva potestativa del deudor. 6. La obligación de género. 7. Otros supuestos.—VIII. FACULTAD ALTERNATIVA EN FAVOR DEL ACREEDOR. IX. LAS OBLIGACIONES FACULTATIVAS EN EL DERECHO ESPAÑOL: 1. Posición doctrinal. 2. La obligación facultativa según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

I.—Terminología.

1.—Origen de la expresión “obligación facultativa”.

La expresión “obligación facultativa” se debe al lenguaje forense (1) o a la tradición, aunque no romana, (2) si bien no faltan autores que atribuyen esta denominación a Delvincourt (3). Efectivamente, Delvincourt (4) escribió: “llamo obligación facultativa a aquella que tiene por objeto una cosa determinada, pero con facultad para el deudor de pagar una cosa distinta en su lugar”. En realidad este tratadista no hizo sino trasladar la expresión accidental de textos posteriores al Derecho Romano—que distinguían la prestación “in facultate solutionis”, del verdadero y genuino objeto de la obligación, “in obligatione”— al carácter mismo de la obligación generalizando los casos particulares (5).

Ha sido criticada esta expresión, considerándola poco feliz (6), impropia, (7), que envuelve una contradicción (8), salvo que se refiera a obligaciones naturales (9) y en general se ha estimado desdichada (10) y poco correcta (11).

(1) GIORGI, “Teoría de las obligaciones en el Derecho Moderno”, Vol. IV, Madrid 1911, pág. 458.

(2) G. GROSSO, “Obbligazioni—Contenuto e requisiti della prestazione—Obbligazioni alternative e generiche”, Torino 1947, pág. 229. En contra, sosteniendo que era conocida desde Roma dicha expresión: HECTOR LAFAILLE, “Derecho Civil”, T. VII, Vol. II, Buenos Aires 1950, pág. 122, nota 146. Cita Digesto XLII, tít. I, Ley 6, par. 1.º.

(3) LUIS DE GÁSPERI, “Tratado de las obligaciones en el Derecho Civil paraguayo y argentino”, Buenos Aires 1946, Tomo II, pág. 335, siguiendo a Barde. ALFREDO COLMO, “De las obligaciones en general” Tomo I, 2.ª ed. Buenos Aires 1928, pág. 257. G. BONFANTE, G. PACCHIONI y A. STRAFFA, Vol. 2.º con L. BARDE y adiciones de N. STOLFI, Milano 1915, pág. 215.

(4) DELVINCOURT, “Cours de Droit Civil Français”, T. II, pág. 131. Este autor publicó también, “Institutes de Droit Commercial Français”, 2.ª ed. 3 tomos, París 1834.

(5) COLMO, ob. cit., pág. cit.

(6) GROSSO, ob. cit., pág. cit.

(7) P. VAN WETTER, “Les obligations en Droit Romain”, Gand-París 1883, Tomo I, pág. 216: “La expresión obligación facultativa es impropia: es esencia de toda obligación implicar una necesidad jurídica; el epíteto facultativa contradice, por tanto, la palabra obligación. Por ello, en la obligación llamada facultativa, no es la obligación misma la facultativa; es la dación en pago la que tiene ese carácter... “DE GÁSPERI, ob. cit.: “Es evidente que Delvincourt incurrió en paralogismo”. LAFAILLE, ob. cit., pág. cit.

(8) VITTORIO POLACCO, “Le obbligazioni nel Diritto civile italiano”, Tomo I, Verona-Padova 1898, pág. 113.

(9) LUIS MARÍA REZZONICO, “Estudio de las obligaciones en nuestro Derecho civil” 9.ª ed., 2.º vol., Buenos Aires 1966, Vol 1.º, pág. 506.

(10) HENRI DE PAGE, “Traité élémentaire de Droit Civil Belge”, Tomo III, 2.ª ed., Bruxelles 1950, pág. 276.

(11) ANTONIO DÍAZ PAIRÓ, “Introducción al Derecho de obligaciones”, Volumen I, La Habana 1942, pág. 55. COLMO, ob. cit., núm. 374, siguiendo a MAYNZ, II, 91.

2.—Otras fórmulas propuestas.

Para salvar estas dificultades se propusieron otras expresiones. Así, la extensa fórmula de Huc, "obligación que comprende una prestación facultativa al lado de una prestación obligatoria" (12), que sigue casi a la letra De Page: (13) "obligación comprensiva de una prestación facultativa en el puesto y lugar de la prestación obligada". Ambas expresiones no han triunfado y han sido tachadas por demasiado extensas (14).

Pero también se han utilizado fórmulas distintas: facultad alternativa (15), obligación con facultad alternativa (16), "cum facultate alternativa" (17), "cum facultate alternativæ solutionis" (18), "facultas alternativa" (19), "facultas solutionis" (20), con cláusula facultativa (21) y facultad de sustitución (22), traduciendo así la expresión alemana Ersetzungsbefugnis. Otras expresiones como "facultad de solución", "derecho de apartar" (23) y también: obligación de pago facultativo o de sustitución facultativa (24), no obs-

(12) HUC, Tomo VII, número 294, cit. por H. LAFAILLE, ob. cit., pág. cit., nota 147, quien añade por su parte: "larga frase que dice lo mismo". BELLAVITE la llama "obligación simple acompañada de facultad alternativa".

(13) DE PAGE, ob. cit., pág. cit.

(14) DE GÁSPERI, ob. cit., loc. cit.: "tan poco feliz como la de Delvincourt". G. BAUDRY-LACANTINIERFÉ, ob. cit., pág. cit.: "fórmula demasiado larga". DÍAZ PAIRÓ, ob. cit., pág. cit.

(15) A. VON TUHR, "Tratado de las obligaciones". Traducción por W. Roces, Tomo I, 1.ª ed., Madrid 1934, pág. 56. DE GÁSPERI, ob. cit., pág. cit.

(16) R. DE RUGGIERO, "Istituzioni de Diritto civile", 2.ª ed., Napoli 1915. Hay traducción española de Serrano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro. Tomo II, Volumen I.º, Madrid, 1944, pág. 45. M. ROTONDI, "Instituciones de Derecho Privado", trad. Francisco F. Villavicencio, 1953, pág. 318. F. MESSINEO, "Manual de Derecho civil y comercial", trad. de Santiago Sentís Melendo, Tomo IV, pág. 429, Buenos Aires. M. ALLARA, "La fattispecie estintive del rapporto obbligatorio", Torino, pág. 159. A. TRABUCCHI, "Istituzioni de Diritto Civile", 5.ª ed., Padova-Dedan 1950, pág. 448. L. BARASSI, "La teorfa generale delle obbligazioni", Vol. 1.º, 2.ª ed., Milano 1948, pág. 248, y también "Instituciones de Derecho civil", Tomo II., trad. y notas de Ramón García Haro y Mario Falcón, 1955, pág. 130. DÍAZ PAIRÓ, ob. cit., pág. cit. ENNECCERUS (en la obra de Kipp y Wolff), "Derecho de obligaciones", con LEHMANN, trad. de la 35 edición alemana y estudios de B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER, Vol. I, 1.ª edición, pág. 114. BELLAVITE, ob. cit., pág. 76.

(17) ALVARO D'ORS, "En torno a la llamada obligación alternativa", *Revista de Derecho Privado*, enero 1944, pág. 22.

(18) R. MITCIO, "Delle obbligazioni in generali", Torino 1957, pág. 342.

(19) WINDSCHEID, "Diritto delle Pandette", trad. Carlo Fada e P. E. Bensa, Vol. 2.º, Torino 1930, pág. 19. JÖRS-KUNDEL, "Derecho Privado Romano", traducción Leonardo Prieto Castro, 1937, pág. 241, nota 4.

(20) ALVARO D'ORS, ob. cit., pág. cit.

(21) MANUEL ALBALADEJO, "Instituciones de Derecho civil", Tomo I, Barcelona 1960, pág. 503.

(22) ENNECCERUS, ob. cit. DÍAZ PAIRÓ, ob. cit., pág. cit. A. HERNÁNDEZ GIL, "Derecho de obligaciones", Tomo I, Madrid 1960, pág. 154. Emplea también la expresión "facultad alternativa". K. LARENZ, "Lerbuch des Schuldrechts", Tomo I. München und Berlin 1957, pág. 105. Hay traducción española de Jaime Santos Briz, Madrid 1951, pág. 167.

(23) ENNECCERUS, ob. cit., pág. cit.

(24) Como las denominan, respectivamente, Bibiloni y el Proyecto de Re-

tante ser más propias y expresivas, especialmente la última, no han tenido mayor éxito.

Muchas de ellas, como puede verse, son idénticas no significando sino la traducción latina, otras intentan explicar el fenómeno de la sustitución, pero éste tiene cabida no solamente en esta especie de obligaciones sino en otras figuras jurídicas, como por ejemplo, en una amplia construcción de la dación en pago.

Finalmente en el Derecho alemán tiene amplio arraigo la expresión *Ersetzungsbefugnis* como hemos dicho, y es empleada habitualmente por los tratadistas.

3.—Crítica y conclusión.

La mayoría de los autores estiman que ha triunfado la designación "obligación facultativa" (25) y es empleada por los Códigos de Argentina —Libro II, Sección I, Título X, arts. 643 a 650—, Colombia —arts. 1.562 a 1.565—, Chile —arts. 1.505 a 1.507—, Ecuador —Libro IV, Tít. VII, arts. 1.495 a 1.497; última edición artículos 1.561 a 1.563—, Uruguay —arts. 1.318 a 1.320—, Proyecto de Freitas —arts. 963 a 968—, Filipinas —art. 1.206—, Perú —artículos 1.198 a 1.200—, Costa Rica —arts. 660 a 663—.

La expresión es equívoca, pero aún así es cómoda y como el uso es el supremo legislador debe utilizarse, y así lo hace la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia española (26). Al igual que ocurre con otras figuras jurídicas (27) puede ponerse reparo a la terminología usual, pero lo difícil es no sólo buscar una expresión para sustituir la vigente, sino lograr que ésta perdure y se mantenga.

II.—Origen e historia de la institución.

1.—Derecho Romano y glosadores.

Se ha indicado que en el Derecho Romano la obligación de resarcimiento por daños causados por animales, impuesta por sentencia, se podía cancelar entregando el animal productor del daño

forma del Código civil argentino, citados por REZZONICO, ob. cit. Se debe hacer el mismo reparo que a la expresión usual, porque el pago no es facultativo sino obligatorio, lo que resulta facultativo es cumplir con una prestación o con otra.

(25) BAUDRY LACANTINERIE, ob. cit.: "El nombre ha quedado". MARCEL PLANIOL, "Traité élémentaire de Droit civil", Revu par G. RIPERT, 3.^a edición, Tomo 2.^o, París 1949, pág. 451: "expresión cómoda".

(26) En diversas sentencias que más adelante examinaremos. Podemos citar aquí la Sentencia de 23 de enero de 1957. Ver comentarios en *R. de Derecho Privado*, julio-agosto de 1957, págs. 775 y 776, y Sentencia de 29 de abril de 1965.

(27) Tampoco la expresión "sociedad de responsabilidad limitada" es correcta, porque la responsabilidad patrimonial del ente social es ilimitada conforme al artículo 1.911 del Código civil español, pero la denominación se

(noxæ deditio) (28). Se ha considerado así obligación facultativa la que nace del delito de un hijo o de un esclavo. El padre o dueño estaban obligados a entregar al delincuente, pero podían liberarse de dicha obligación asumiendo la responsabilidad derivada del delito. Ello quiere decir, que si la obligación principal se hace imposible —por ejemplo, por muerte del delincuente— el padre o amo quedan liberados. (29).

Que se trata en este último caso de una verdadera "facultas solutionis", no de una alternatividad se demuestra con el texto de Ulpiano, a propósito de los daños causados por animales (30) y esto ocurre incluso después de la "litis contestatio". En estas acciones noxales, antes de la "litis contestatio", la obligación principal es la de entregar al delincuente y la facultativa la de hacerse responsable, mientras que después de dicho momento, la principal es la de pagar condena (31) como en todas las acciones, y facultativa, la "noxæ dare" (32).

Algunos de los casos citados por Savigny (33) como supuestos constitutivos de obligación alternativa, son, en realidad, de "facultas solutionis". Así, cuando se entierra a una persona sin tener derecho a ello en el fundo ajeno, se puede elegir entre desenterrar el cadáver o pagar el terreno de la sepultura—D. II,7,7 pr— y cuando una cosa ha sido vendida por un precio inferior a la mitad de su valor real, el vendedor puede instar la rescisión del contrato con devolución de la cosa comprada o completar el justo precio —Cod. 4,44,2— (34).

acepta y usa en lo que quiere significar; esto es, que los socios de dicha Compañía tienen limitada su responsabilidad por las deudas sociales a su aportación.

(28) P. JÖRS-W. KUNDEL, ob. cit. También ENNECERUS, ob. cit., nota 2, considera que en el Derecho Romano el ejemplo principal lo constituyen las acciones noxales. El problema de si se trata de obligación *cum facultate alternativa* en el caso de la responsabilidad noxal del "pater familias o dominus" por los delitos del hijo o esclavo ha sido objeto de grandes controversias por parte de los romanistas. Ver a este respecto GROSSO, "Corso...", cit. "Y problemi dei diritti reali", pág. 246 y sigts. ALBERTARIO, "Corso di Diritto Romano". "La obbligazioni", Milano 1947, págs. 385 y sigts.

(29) Dig. 9, 4,39. ALVARO D'ORS, ob. cit., pág. 22 y nota 78, que indica: "Salva la obligación subsidiaria de entregar el cadáver, lo mismo que si se trata de daño causado por un animal"—Dig. 9,1,1,13—. Sólo que aquí sin la obligación subsidiaria.

(30) Dig. 9, 1, 1, 16, cit. pág. D'ORS, ob. cit., nota 80.

(31) Teniendo en cuenta la condena pecuniaria, y el dinero como género no parece, es por lo que algunos autores contemplaron la alternatividad.

(32) D'ORS, ob. cit., loc. cit.

(33) "Le Droit des obligations", Tomo II, París 1863, pág. 147.

(34) En sentido contrario a la alternatividad indicada por SAVIGNY, WINDSCHEID, ob. cit., pág. 19, nota 5. D'ORS, ob. cit.; P. GIRARD, "Manuel Elementaire de Droit Romain", 7.^a ed., por Felix Senn, París 1929, pág. 575, donde, sin nombrar la obligación facultativa, se expresa: "El vendedor lesionado tiene el derecho, restituyendo el precio de demandar la restitución de la cosa". "Ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias"; *salvo* la facultad para el comprador de *sustraerse* a la restitución pagando el suplemento de precio. Parece referido sólo a la lesión del vendedor y no se distingue

También puede contemplarse la obligación facultativa en la configuración dada por los romanos al supuesto en que fuera legada la "penus" y si ésta no fuere prestada, una suma de dinero (35) y no sólo en el caso en que fuere debida: "si penum heres dato; si non dederit centum dato" (36).

La construcción de estos supuestos, tal y como aparecen recogidos en Paulo —D. 35,2,18 y D. 36,2,24 pr.— es considerada por Grosso como obligación con facultad alternativa. Juliano contrapone el caso en que se hubiere puesto un término a la entrega de la *penus* ("si penum intra Kalendas non dederit centum dato") y en tal supuesto, "centum legata sub conditione videntur", y por ello señala Grosso (37) que la suma es debida y no tiene el heredero la facultad de liberarse pagando la *penus*.

En el supuesto de una "stipulatio" formulada así: ¿Si fundum non dederis centum dare spondes?", Paulo afirma rotundamente: "Sola centum in stipulatione sunt, in solutione fundum", (D. 44,7, 44,5).

Frente a esta amplia concepción, De Steiner niega la construcción de la "facultas solvendi", incluso en el supuesto de la "penus legata" (38) y su fundamento se asienta en que el pensamiento de los romanos resulta vacilante, según se desprende de los textos.

Parece considerarse como supuesto de obligación "cum facultate alternativa", aquella, según los textos interpolados del Derecho justiniano —D. 30,47,3 y D. 46,3,95— a que da lugar el perecimiento de una de las cosas debidas, por caso fortuito, en la obligación alternativa. La obligación se concentra en la cosa que no ha perecido, pero queda al deudor la facultad de liberarse prestando la estimación de la desaparecida (39).

El tercer poseedor de un bien hipotecado está obligado a restituirlo al acreedor hipotecario, pero puede liberarse de esta obligación pagando la deuda hipotecaria, —D. 20, 6 qui mod. pignus solv. y L. 12, § 1— (40).

Polacco apunta un concepto amplísimo de la dación en pago (41) e incluye bajo la denominación, poco correcta a mi juicio, de dación en pago necesaria cuando la prestación del "aliud pro alio" se produce "invito creditoris, debitoris" o entrambos, supues-

entre inmuebles o muebles, pero en algunos textos se alude claramente al fundo P. VAN WETTER, ob. cit., pág. 216.

(35) GROSSO, ob. cit., pág. 229.

(36) *Ibidem*. El concepto aparece expresado en Juliano —D. 36. 2, 19, pr— "cum sine praeinitione temporis legatum ita datum fuerit": "uxori meae penum heres dato: si non dederit centum dato" unum legatum intelligitur centum et statim pati potest, penoris autem causa eo tantum pertinet ut ante litem contestatam tradita peno heres liberentur". En este sentido, también Ulpiano —D. 33,9,1—.

(37) Ob. cit., pág. cit.

(38) *Ibidem*. Ver también a este respecto Papiniano en D. 45,1.

(39) *Ibidem*.

(40) VAN WETTER, ob. cit., pág. cit., nota 5.

(41) VITTORIO POLACCO, "Della dazione in pagamento", Vol. 1.º, Padova-Verona 1888.

tos de obligación facultativa (42). Quien está obligado a prestar a otro a título de legado un siervo hereditario, puede liberarse pagando su valor, en el supuesto que dicho siervo fuese hijo o hermano natural del deudor —I, 71, 3—. Esta excepción, inspirada en motivo especialísimo de piedad, “*ratione sanguinis*”, que es fácil de explicar, hace expresar a la Glosa: “*Quum alieni poculum legatum esset, velletque heres aestimationem prestare, quia iniquum esse aiebat, id separari a se, non impetravit id a Pretore; alia enim conditio est hominum, alia ceterarum rerum, in hominibus enim benigna ratione receptum est quod supra probavimus*”.

Se cita, también dentro del Derecho Justiniano, la facultad de satisfacer mediante dinero, legados o donaciones de cierta masa de oro o plata, cuando no hubiese sido especificada la cualidad del metal a prestar (43).

Señala también Polacco como dación necesaria, el supuesto de legatario o fideicomisario de una “*certa quantitas hereditatis*”. El heredero puede ser obligado a entregar la estimación si la cosa hereditaria “*naturaliter indivisæ sinet, vel sine damno divisio earum fieri non potest*” —D. 1,26, § 2 de leg. 1—. Ya señaló Bárto'o que en dicho supuesto se da “*genus pro quota*” (44). Finalmente indica Polacco, además de la “*noxæ datio*”, ciertos supuestos de vicios redhibitorios, de las cosas (45).

2.—*Pothier y Delvincourt.*

En el “*Tratado de las obligaciones*” de Pothier (46) bajo el título: “*De las obligaciones contratadas con la cláusula de poder pagar a una persona indicada, o con la de poder pagar cierta cosa en lugar de la cosa debida*”, se ocupó de esta clase de obligaciones, sin designarlas, claro está, como obligaciones facultativas, pero diferenciando estos supuestos de las alternativas, pues en ellas todas las cosas son debidas —mejor podría decirse que se encuentran en la obligación— mientras que en las obligaciones con facultad de pagar una cosa, en lugar de aquella que constituye la obligación, la que se faculta al deudor como pago no es debida, pues no está “*in obligatione*”, sino “*in facultate solutionis*” (47).

(42) No es de este momento ocuparnos de dicha teoría, pero el mismo POLACCO considera la dación en pago necesaria, la excepción y la voluntaria, la regla general.

(43) *Ibidem.* L. 1 § 1 D y L. 35 pr. Cod. Just. de donat. 8,54, etc. “*Cui-certus pondus argenti dare heres iussus sit, ei pecuniam numeratam dando iure ipse liberatur, sit in ea pecunia eadem aestimatio fuerit: quod ita verum est, si non certum genus argenti legatum sit*”. De Reyes señala el carácter excepcional de este precepto y Cuiacio sostuvo su interpretación restrictiva, que impedía extenderse a otros supuestos.

(44) *Ibidem.*

(45) Con relación a este último punto, SCIALOJA, “*Obbligacioni...*”, 1903, páginas 266 a 277.

(46) Traducido por S. M. S. Enciclopedia Moderna, Barcelona 1878, Tomo I, págs. 189 y sigts, artículo V.

(47) Siguen a POTHIER casi a la letra, pero usando ya el nombre de obli-

Este concepto perduró en la doctrina francesa, después fue bautizado por Delvincourt y ha permanecido en los países latinos.

3.—*Los Códigos civiles.*

Los Códigos civiles europeos, tanto los que siguieron el modelo francés, como los de tipo germánico, no dedican en su articulado una regulación de esta clase de obligaciones, aunque contemplan supuestos que pueden presentar tal carácter y que son considerados por los autores como genuinas obligaciones facultativas.

Por el contrario, en los Códigos civiles de algunos países de América hispánica se encuentran reguladas, con más o menos extensión, estas obligaciones. Así, los Códigos Civiles de Argentina (48), Chile (49), Colombia (50), Costa Rica (51), Ecuador (52), El Salvador (53), Perú (54), Uruguay (55), e incluso el de Filipinas (56), dedican preceptos a esta modalidad obligacional.

gación facultativa: A. VIGIÉ, "Cours Elementaire de Droit civil français", Tomo II, París 1890, pág. 606, y T. AUMAITRE, "Traité elementaire de Droit civil", Tomo II, París 1885, pág. 181.

(48) Entre sus muchas ediciones particulares, puede verse: "Código civil de la República Argentina", Colección de Códigos y leyes usuales. Jajaune y Cía, Buenos Aires 1909. Otra con las notas de VELEZ SANSFIELD, concordado por HUGO M. PINTO BOUQUET, Buenos Aires 1946. Otra con anotaciones marginales del Dr. Jorge Pasquini López, Buenos Aires 1924. Otra, distinta también, con las notas de VELEZ SANSFIELD y Leyes complementarias, Buenos Aires 1952, Editorial Depalma. También existe una edición del Instituto de Cultura Hispánica con estudio preliminar del Dr. José María Mustapich, Madrid 1960.

(49) "Códigos de la República de Chile", Valparaíso 1912. Con comentarios puede examinarse: "Código civil de la República de Chile, comentado y explicado por Robustiano Vera. 7 tomos, Santiago de Chile 1893. También existe edición del Instituto de Cultura Hispánica.

(50) Además de la edición realizada por el I. de Cultura Hispánica puede verse "Código civil colombiano y leyes vigentes que lo adicionan y reformas", 8.ª ed., dirigida por Eduardo Rodríguez Piñeres, Bogotá 1929.

(51) Instituto de Cultura Hispánica. Estudio preliminar del Dr. Fabio Fournier, Madrid 1962.

(52) He utilizado la edición publicada en Nueva York 1889, realizada por la Corte Suprema de Justicia, en virtud del Decreto legislativo, sancionada en 13 de agosto de 1887. Existe además otra edición realizada por la Comisión legislativa en uso de la facultad consignada en el artículo 77 de la Constitución. Quito, Ecuador, Talleres Nacionales.

(53) Instituto de Cultura Hispánica, Madrid 1959. Estudio preliminar del doctor Mauricio Guzmán.

(54) Promulgado el 30 de agosto de 1936, entró a regir el 14 de noviembre de dicho año. Editorial José María Cajica, Lima 1957.

(55) Puede verse la edición de F. Góngora. Madrid 1879. Después del Proyecto de Eduardo Acevedo y del realizado por el Dr. Narvaja, una Comisión de jurisperitos, realizó el texto. Ediciones oficiales en 1868, 1893 y 1914. Utilizó para estos datos "Código civil de la República Oriental del Uruguay, anotado y concordado por Celedonio Nin y Silva. Novísima edición. Montevideo 1925.

(56) Además de la edición realizada por el I. de Cultura Hispánica puede verse también "El Nuevo Código civil de Filipinas", por el Dr. JORGE BOCOCO, Madrid 1951.

III.—Colocación sistemática y concepto.

1.—Colocación sistemática.

En realidad la obligación facultativa constituye una obligación simple (57), con objeto único (58), si bien no faltan autores que la hacen intermedia entre las únicas y las múltiples (59), que hablan de objetos múltiples (60) o de pluralidad de objetos (61). Por último, algunos la consideran como obligación compuesta (62).

Lafaille (63) completando la clasificación de Savigny que distingue las obligaciones de prestación indeterminada, en alternativas, de género, de cantidad y de sumas de dinero, añade las facultativas a dicho grupo.

En conclusión, puede sostenerse que se trata de obligación con objeto único y así ha podido decir Barassi (64) que la obligación facultativa es hipótesis sólo marginal de obligación objetivamente colectiva.

De todos modos la mayoría de los tratadistas colocan esta clase de obligaciones junto a las alternativas. Así Baudry-Lacantinerie (65), Aubry y Rap (66), Bonnacasse (67), Toullier (68), Von

(57) GIORGI, ob. cit., pág. cit., aunque también la configure como modificación accidental del contrato.

(58) PLANIOL, ob. cit., pág. 451. DE PAGE, ob. cit., pág. cit.: "de objeto único, pues la pluralidad de objetos no interviene sino muy indirectamente, muy accesoriamente". También JOSÉ ARIAS RAMOS, "Derecho Romano", 4.ª edición, Edit. R. de D. Privado, Tomo I, pág. 315.

(59) JOSÉ CASTAN TOBEÑAS, "Derecho civil español común y foral", Tomo III, 8.ª ed., Madrid 1954, pág. 101. JOSÉ MARÍA RUIZ GALLARDÓN, "Derecho civil. Obligaciones", Madrid 1957, pág. 77.

(60) L. JOSSERAND, "Derecho civil", revisado y completado por ANDRÉ BRUN, Tomo IV, Vol. 1.º. Teoría general de las obligaciones, trad. de Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires 1950, págs. 577 y 599. A. COLIN y H. CAPITANT, "Curso elemental de Derecho civil", trad. de Demófilo De Buen, Tomo III, Madrid 1924, pág. 367. La 2.ª ed. española, revisada por M. BATLLE, Madrid 1943, pág. 404.

(61) F. SÁNCHEZ ROMÁN, "Estudios de Derecho civil", Tomo IV, Madrid 1899, pág. 22. Dentro de las obligaciones *compuestas* distingue las conjuntivas y distributivas y dentro de estas últimas las específicas, genéricas, alternativas y facultativas. FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, "Curso elemental de Derecho civil español", Tomo IV, Madrid 1919, pág. 159. Dentro de la pluralidad de objetos de la prestación, comprende las conjuntivas, alternativas y facultativas.

(62) MORENO MOCHOLF, en los "Comentarios al Código Civil español", de JOSÉ MARÍA MANRRESA y NAVARRO, 5.ª ed., Tomo VIII, Vol. 1.º, Madrid 1950, página 295. F. BONET RAMÓN, "Derecho civil común y foral", Tomo I, Madrid 1940, pág. 465. Las divide en simples y compuestas, y estas últimas en conjuntivas, alternativas y facultativas.

(63) Ob. cit., cap. XV, núm. 877.

(64) "La teoría...", cit., página cit., si bien coloca sistemáticamente a las facultativas dentro de las colectivas.

(65) Ob. cit., pág. cit.

(66) AUBRY ET RAU, "Cours de Droit civil français d'après la méthode de Zachariae", 5.ª ed., Tomo IV, pág. 71, París 1902.

(67) J. BONNECASE, "Elementos de Derecho civil", trad. de José María Cajica. Puebla, Méjico, Tomo II, pág. 567.

(68) "Le Droit civil français", 6.ª ed., Vol. III, París, § 700.

Thur (69), Pacchioni (70), Ricci (71), Miccio (72), Grosso (73), Trabucchi (74), Polacco (75), Enneccerus (76), Coelho da Rocha (77), y en España Burón (78), Valverde (79), Santa Cruz Teijeiro (80), y en cierto sentido Hernández Gil (81).

La colocación junto a las alternativas se debe al peso de la tradición y por ser éstas más conocidas. De todas formas las analogías resultan evidentes cuando la elección en la alternativa compete al deudor, y existen casos de duda, cuando no resulta claro a qué tipo de obligación han querido someterse las partes en su oscura convención (82).

2.—Concepto.

Podemos adelantar un concepto de obligación facultativa —se obtendrá más detallado después del estudio de sus características y efectos, así como de las analogías y diferencias con otras figuras afines— como aquella obligación que tiene un sólo objeto, que es el único que el acreedor puede exigir, y que si desaparece sin culpa del deudor produce la extinción del vínculo obligatorio, pero se faculta al deudor a entregar otra prestación distinta de la debida, produciéndose así su cumplimiento (83). Existe, por tanto, en esta clase de obligación una facultad de sustitución dejada exclusivamente al deudor —si volet— (84). Un sólo objeto está “in obligatione”, al otro sólo “in facultate solutionis” (85).

Se rigen por las mismas reglas que las obligaciones simples,

(69) Ob. cit., pág. 56.

(70) G. PACCHIONI, “Obbligazioni e contratti”, Cedam-Padova 1950, página 46.

(71) F. RICCI, “Derecho civil teórico y práctico”, trad. por Eduardo Ovejero, Tomo XIII, Madrid, pág. 209.

(72) Ob. cit., pág. 342.

(73) Ob. cit., pág. cit.

(74) Ob. cit., pág. cit.

(75) “Le obbligazioni”, cit., pág. cit.

(76) Ob. cit., pág. cit.

(77) M. A. COELHO DA ROCHA, “Instituições de Direito civil portuguez”, Tomo I, Coimbra 1852, 4.^a ed., 1867. En ambas pág. 77.

(78) G. BURÓN GARCÍA, “Derecho civil español según los principios, los Códigos, leyes precedentes y la reforma del Código civil, Valladolid 1900, Tomo III, pág. 474.

(79) C. VALVERDE Y VALVERDE, “Tratado de Derecho civil español”, Tomo III, Valladolid-Madrid 1913.

(80) JOSÉ SANTA CRUZ TEJJEIRO, “Derecho Romano. Obligaciones y contratos”, Valencia 1947, pág. 121.

(81) Ob. cit., pág. 154: “próxima a la alternativa”.

(82) FERNANDO FUEYO LANERI, “Repertorio de voces y giros del Código Civil Chileno”, Santiago de Chile 1952; aquí explica la relación entre ambas figuras.

(83) PLANIOL, ob. cit., pág. cit. GIORGI, ob. cit., pág. cit.

(84) MESSINEO, “Manual...”, cit., pág. 429.

(85) GIORGI, ob. cit., pág. 459: “una res in obligatione, duae autem in facultate solutionis”.

excepto en lo referente a la facultad concedida al deudor de liberarse cumpliendo una prestación diferente a la debida (86).

IV.—Caracteres y efectos.

1.—Caracteres.

La mayoría de la doctrina estima que la obligación facultativa es una obligación con un solo objeto (87), prestación (88), o cosa, como se señala más impropriadamente (89). En este sentido, el mismo Delvincourt incidió en mayor precisión (90), pues indicó como objeto en la obligación facultativa, una *cosa determinada*. Este defecto se encuentra también en los textos legales: así en los Códigos civiles de Chile—art. 1.505—, El Salvador—art. 1.376—, Colombia—art. 1.562—, Ecuador—art. 1.495— y Uruguay—artículo 1.318—, aparece una idéntica definición: “Obligación facultativa es la que tiene por objeto una cosa determinada, pero concediéndose al deudor pagar con esta cosa o con otra que se designa.”

Por el contrario, el Código argentino la define más precisamente en el artículo 643: “es la que no teniendo por objeto sino una sola prestación, da al deudor la facultad de sustituir esa prestación por otra”.

Después de lo indicado podemos señalar: 1.^a La imprecisión de Delvincourt, porque la prestación principal, o sea, la que figura “in obligatione”, puede no ser de cosa determinada e incluso puede consistir en un dar, hacer o no hacer (91), pudiendo, incluso, presentar mayor complicación y ser así simple o compleja (92), e incluso ser indeterminada, si bien todo ello por razones ajenas

(86) *Ibidem*. MESSINEO, ob. cit., pág. cit.

(87) AUBRY Y RAU, ob. cit., pág. 45. COLÍN Y CAPITANT, ob. cit., págs. 367 y 368. DE PAGE, ob. cit., pág. 276. BONNECASE, ob. cit., pág. cit. RUGGIERO, “Instituciones...”, cit., pág. cit. DE DIEGO, ob. cit., pág. 59. CASTÁN, ob. cit. página 101. JOSÉ MARÍA VILLAR Y ROMERO, “Derecho civil”, Madrid 1943, página 457. RUIZ GALLARDÓN, ob. cit., pág. 77.

(88) BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., pág. 215. PLANIOL, ob. cit., pág. 451. BARASSI, “La teoría...”, cit., pág. 249. TRABUCCHI, ob. cit., pág. 448. MICCIO, obra cit., pág. 342. VON TUHR, ob. cit., pág. 56. VALVERDE, ob. cit., pág. 69. HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., pág. 154. Objeto o prestación emplean al respecto, ARIAS RAMOS, ob. cit., pág. cit., y FEDERICO PUIG PEÑA, “Tratado de Derecho civil español”, Tomo IV, Vol. 1.º, Ed. R. de D. Privado, pág. 75.

(89) POTHIER, ob. cit., pág. 189. GIORGI, ob. cit., pág. 458. MESSINEO, “Istituzioni di Diritto Privato”, 2.ª ed., Cedam-Padova 1940, pág. 437. VAN WETTER, ob. cit., pág. 216. LAURENT, “Cours elementaire de Droit civil”, Tomo II, Bruselles-Paris 1878, pág. 479. MORENO MOCHOLI, en “Comentarios de Manresa”, cit., pág. 394. DÍAZ PAIRÓ, ob. cit., pág. 55. SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit. página cit. LAFAILLE, ob. cit., pág. 432, alude a “una sola deuda principal a la que se adhiere otra accesoria”.

(90) Ob. cit., pág. 131.

(91) COLMO, ob. cit., § 377. REZZONICO, ob. cit., pág. 505.

(92) RUGGIERO, “Istituzioni...”, pág. 101.

a ser facultativa (93), e incluso puede operarse mayor confusión, ser genérica, alternativa o compuesta por varias prestaciones (94).

2.^a La afirmación de la doctrina de que esta clase de obligaciones sólo contiene una prestación "in obligatione" puede inducir a error, ya que tanto la prestación principal como la accesorio se encuentran en la obligación, pues de no ser así el deudor no podría cumplir entregando el objeto "in facultate solutionis" (95). Lo que ocurre es que ambas prestaciones no se encuentran en el mismo plano, ni con el mismo alcance en el vínculo obligatorio. Porque en definitiva para que el deudor pueda cumplir válidamente con la prestación accesorio, ésta debe figurar en la obligación, o concedérsele después de contraído el vínculo, por acuerdo con el acreedor —dación en pago—.

Así ha podido decir un tratadista (96), que si se contempla la obligación con facultad alternativa desde el punto de vista del acreedor es *única*, porque sólo hay una prestación que cumplir, (mejor podría decirse que reclamar); si se enfoca con relación al deudor es *múltiple*, ya que comprende dos prestaciones, y por último si tenemos en cuenta el derecho de elección, evidentemente es alternativa.

Como los elementos de toda obligación, en sentido de relación son: un sujeto activo que tiene facultad de exigir la prestación (acreedor), un sujeto pasivo obligado (deudor), un objeto consistente en un acto del deudor (prestación) y un vínculo jurídico entre los sujetos, en virtud del cual el deudor queda obligado respecto al acreedor a satisfacerle la prestación prometida (97); ciertamente, la obligación facultativa tiene como objeto la prestación principal, pero resulta poco correcto afirmar que la prestación "in facultate solutionis" no figura en la obligación (98).

Todo radica, a nuestro juicio, en confundir el lado activo y el pasivo de la obligación. El acreedor no puede exigir el objeto accesorio, pero si el deudor presta éste extingue la obligación (99), por ello se ha afirmado que la pluralidad de objetos no interviene sino muy accesorioamente (100). Así señalaron Aubry y Rau que el objeto accesorio no podría ser considerado comprendido en la obli-

(93) ALBALADEJO, ob. cit., pág. 504.

(94) MORENO MOCHOLF, ob. cit., pág. cit.

(95) ANTONIO BORRELL Y SOLER, "Derecho civil español", Tomo III, Barcelona 1955, pág. 127.

(96) F. GARCÍA MARTÍNEZ, "Derecho civil", Tomo I, Valencia 1942, página 277.

(97) CASTÁN, ob. cit., pág. 448.

(98) PUIG PEÑA, ob. cit.: "Un solo objeto o prestación está situado en la obligación". DE GÁSPERI, ob. cit., § 1107: "La prestación accesorio no forma objeto de la obligación...". BARASSI, "La teoría...", pág. 249.

(99) Por ello, LAFAILLE, ob. cit., pág. 123, afirma con acierto: "De antemano se determina una manera de extinguir la obligación". En idéntico sentido, GROSSO, ob. cit., pág. 134, que alude a "prestación preventivamente determinada". Ver también MICCIO, ob. cit., pág. 342.

(100) DE PAGE, ob. cit., pág. 276.

gación, si bien se encontraba unido para facilitar el pago (101), pues desde que nace la obligación facultativa existe una aceptación previa del eventual pago futuro, no idéntico al debido (102), y así, la prestación facultativa aparece determinada desde el nacimiento de la obligación (103).

Con mayor precisión ha podido decir Josserand (104) que los dos objetos están estipulados, pero sólo uno está "in obligatione".

2.—Efectos.

A.—Supuestos normales.—La naturaleza de la obligación facultativa queda determinada desde su nacimiento (105), porque como constituye una obligación simple y se rige por las reglas de esta clase, salvo la facultad concedida al deudor de liberarse prestando una cosa diferente a la debida (106), por eso la naturaleza y carácter se determinan por la prestación que forma su objeto (107).

En este sentido se pronuncia el artículo 644 del Código civil argentino, al señalar que "la naturaleza de la obligación facultativa se determina únicamente por la prestación principal que forma el objeto de ella" (108).

Así resulta fácil determinar si la obligación facultativa es divisible o indivisible (109), mobiliaria o inmobiliaria (110), genérica o específica (111), dineraria (112), etc...

Ello puede revestir trascendencia, con referencia a los legados, a la comunidad conyugal (113) e incluso en la adquisición de la propiedad en aquellos sistemas en que se adquiere por contrato

(101) Ob. cit., pág. 45. También VON TUHR, ob. cit., pág. cit., que afirma: "se autoriza al deudor para que en su lugar de ella (la principal) entregue otra a título de supletoria".

(102) ALBALADEJO, ob. cit., pág. 504.

(103) DALLOZ, "Repertoire de Droit civil", dirigido por Vergé y Ripert, Tomo III, París 1953; voz: "obligations facultatives", pág. 649. MESSINEO, "Manual...", cit., pág. 429.

(104) Ob. cit., pág. 600. SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., pág. cit.: "La otra cosa está reservada como facultad de su arbitrio en la estipulación".

(105) POLACCO, "Le obbligazioni...", § 41. TOULLIER, ob. cit., § 700. DE DIEGO, ob. cit., pág. cit.

(106) PUIG PEÑA, ob. cit., pág. cit.

(107) GIORGI, ob. cit., § 443.

(108) DE GÁSPERI, ob. cit., § 1108. COLMO, ob. cit., pág. 374. R. F. ROUSSET, "Apuntes de Derecho civil", Tomo B I, Buenos Aires 1916, pág. 228. REZZONICO, ob. cit., págs. 507 y 508.

(109) AUBRY Y RAU, ob. cit., pág. 45. POLACCO, "Le obbligazioni...", página 41. R. RIVAROLA, "Instituciones de Derecho civil argentino", Tomo I, Buenos Aires 1907, pág. 156. DE GÁSPERI, ob. cit., § cit. VELEZ SANSFIELD, en notas al Código civil, cit. pág. 150. BURÓN, ob. cit., § 1245.

(110) POTHIER, ob. cit., § 243. PLANIOL, ob. cit., § 1325. BAUDRY LACANTIERE, ob. cit., § 1051. VIGIÉ, ob. cit., § 1357. AUMAITRE, ob. cit., pág. 181. TOULLIER, ob. cit., § 700. LAURENT, ob. cit., pág. cit. COLIN Y CAPITANT, ob. cit., página 368.

(111) DÍAZ PAIRÓ, ob. cit., pág. 56. HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., pág. 154.

(112) *Ibídem*.

(113) En el Derecho francés y en el aragonés. Ver POTHIER, loc. cit., y TOULLIER, loc. cit.

(114), no así en nuestro Derecho, aunque sí afectará a la adquisición de los frutos de la cosa debida —artículo 1.095 del Código civil español— si bien esta adquisición de frutos aparece sujeta a la condición resolutoria, potestativa del deudor, de cumplir entregando el objeto que se encuentra “in facultate solutionis”.

Con ello queda patentizado que el objeto principal es decisivo para la suerte del vínculo (115) y por ello ha señalado Messinec (116) que si la cosa “in obligatione” no perece, los efectos de la facultativa son análogos a los de la alternativa, esto es, se produce la liberación mediante la prestación que elija el deudor. Pero esta fórmula resulta demasiado simple y debe puntualizarse más aún en ciertos extremos.

El acreedor no podrá reclamar en su demanda más que el pago de la cosa o prestación que le es debida (117). Ahora bien, como el derecho a reclamar ante los Tribunales no suele tener cortapisas, añaden los autores que el acreedor no podrá reclamar más que dicho objeto “obrando en justicia” (118).

Efectivamente, esta es la cosa debida (119) y por ello los Tribunales sólo pueden condenar a entregar dicho objeto (120). Otros autores precisan más aún, indicando que el acreedor, sólo puede reclamar o la cosa principal, o en su caso la indemnización de daños y perjuicios (121), pues de no ser así, podría alegarse por el demandado “plus petitio” (122).

Pero a pesar de esta reclamación del acreedor, siempre queda al deudor la posibilidad de liberarse, cumpliendo la prestación “in facultate solutionis” (123). El artículo 646 del Código civil de la República Argentina señala que “el acreedor de una obligación facultativa puede, en su demanda, no comprender sino la

(114) VIGIÉ, ob. cit., pág. cit. En nuestro Derecho civil la tradición está espiritualizada en muchos casos.

(115) RUGGIERO, “Istituzioni...”, pág. 101.

(116) MESSINEO, “Manual...”, cit., pág. cit. “Istituzioni...”, pág. 437.

(117) LARENZ, ob. cit., pág. 181. TUHR, ob. cit., pág. 56. GIORGI, núm. 444. GROSSO, pág. cit. BARASSI, “La teoría...”, pág. 249: “Istituzioni...”, pág. 130. RICCI, pág. 209. PLANIOL, § 1325. BAUDRY-LACANTINERÍE, § 1051, AUBRY Y RAU, página 45. VIGIÉ, § 1351. LAURENT, ob. cit., pág. cit. BONNECASE, ob. cit., página 567. BURÓN, § 1246. SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., pág. cit. VELEZ SANSFIELD, obra cit. VALVERDE, ob. cit., pág. cit. PÉREZ Y ALGUER en anotaciones a ENNECCERUS, pág. 116. COLMO, § 375. IGNACIO DE CASSO Y ROMERO, “Diccionario de Derecho Privado”, 2 tomos, 1950. Tomo I voz: “obligación facultativa”. HERNÁNDEZ GIL, pág. 155. RUIZ GALLARDÓN, ob. cit., pág. 77.

(118) PLANIOL y VALVERDE, loc. cit.

(119) BAUDRY-LACANTINERÍE, loc. cit. BARASSI, ob. y loc. cit. BONNECASE, obra cit. y loc. cit. RICCI, ob. cit., pág. cit. COLIN y CAPITANT, ob. cit., página cit. HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., pág. cit., etc. ...

(120) PLANIOL, ob. cit., loc. cit. TUHR, ob. cit., pág. cit. VALVERDE, ob. cit., página cit.

(121) CASSO, ob. cit. PÉREZ Y ALGUER, ob. cit., pág. cit.

(122) BURÓN, ob. cit., pág. cit. SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., loc. cit.

(123) BAUDRY-LACANTINERÍE, loc. cit. VIGIÉ, ob. cit., pág. cit. VON TUHR, obra cit., pág. cit. HERNÁNDEZ GIL, loc. cit.

prestación principal". Este precepto parece calcado de Aubry y Rau (124) y ha sido rectificado por la doctrina. Así, Velez Sarsfield (125) señala al respecto que basta con que el acreedor pida la prestación principal; alude a que sólo puede pedir dicha prestación, Colmo (126), quien critica el texto legal, y De Gásperi (127) lo interpreta en el sentido de que el obligado tiene la posibilidad de liberarse mediante el cumplimiento de la prestación accesoria. También Rezzonico (128) hace una crítica de la expresión legal.

Por el contrario, los Códigos de Chile —art. 1.506—, El Salvador —art. 1.377—, Colombia —art. 1.563—, Ecuador —art. 1.496, moderno 1.562— y Uruguay —art. 1.319, 1.358 de la última reforma— (129) indican que "en la obligación facultativa el acreedor no tiene derecho para pedir otra cosa que aquella a que el deudor está directamente obligado".

Por parte del deudor existe un "ius variandi" (130), pues la posibilidad de elección aparece en el momento mismo del nacimiento de la obligación y depende del deudor, que tiene el derecho de hacer una prestación a título de cumplimiento, sin necesidad del asentimiento del acreedor (131).

Ahora bien, el deudor no se libera por manifestar su deseo de cumplir la prestación "in facultate solutionis", sino que tiene que prestarla efectivamente (132), pero en él reside esta potestad de elección (si volet) (133) y por ello esta facultad o "ius variandi" se otorga en beneficio del deudor (134).

El ofrecimiento de la prestación accesoria no tiene carácter de acto jurídico potestativo; el deudor puede retirar la oferta mientras el acreedor no la acepte, (135), pues esta declaración de querer cumplir la prestación subrogada implica únicamente una notificación de lo que intenta y por ello no le vincula jurídicamente (136).

(124) Ob. cit., pág. cit.

(125) En las notas al Código civil citado.

(126) § 375. MACHADO y BUSSO, citados por COLMO, ob. cit y loc. cit. SALVAT, "Tratado de Derecho civil argentino. Obligaciones en general", Buenos Aires 1923, núm. 606. ROUSSET, ob. cit., pág. 227.

(127) § 1110. Así también lo señala el artículo 964 del Proyecto Freitas.

(128) Ob. cit., pág. 508: "en realidad sólo esa (la prestación principal) puede pedir".

(129) También el Proyecto de Código para la República Oriental del Uruguay", por Dr. ENRIQUE AZAROLA, Montevideo 1895, artículo 2.347.

(130) MESSINEO, "Istituzioni...", pág. 345. PÉREZ Y ALGUER, ob. cit., locución cit. PUIG PEÑA, loc. cit. De opción habla VALVERDE, ob. cit., § 1246.

(131) ENNECCERUS, pág. 114.

(132) Ibídem. LARENZ, ob. cit., pág. 172, cita el § 362 del Código civil alemán, que equipara la prestación sustituida a la debida. CASSO, ob. cit. PÉREZ Y ALGUER, ob. cit., pág. cit. VON TUHR, pág. 57. JOSÉ PUIG BRUTAU, "Fundamentos de Derecho civil", Tomo I, Vol. II, Derecho general de las obligaciones, Barcelona 1959, pág. 227. HERNÁNDEZ GIL, pág. 155. DÍAZ PAIRÓ, página cit. 56.

(133) MESSINEO, "Manual...", pág. 429.

(134) D'ORS, ob. cit., pág. 22. DE PAGE, ob. cit., pág. 276.

(135) VON TUHR, ob. cit., pág. 57.

(136) LARENZ, ob. cit., pág. 172.

Ello se evidencia teniendo en cuenta, que si con la sola declaración del deudor, sin ir acompañada del acto del cumplimiento, pudiera cambiarse el objeto de la prestación debida, se concedería al obligado una facultad aún más amplia que la de sustituir la prestación, ya que entonces podría novar o transformar la obligación, de tal manera que la prestación inicialmente debida quedaría sustituida por otra, y el acreedor se encontraría con que a partir de determinado momento, en lugar de la determinada prestación sólo podría reclamar otra (137). Teóricamente resulta irreprochable este razonamiento, pero en la práctica no está ausente de dificultades en aquellos casos en que el silencio del acreedor valga por una aceptación, en cuyo supuesto podría producirse novación (138).

Distinto caso es el supuesto de que el deudor declara querer cumplir la prestación originariamente debida, entonces sí podría aludirse a una renuncia eficaz a su derecho de sustitución. Téngase en cuenta que este derecho está concebido en beneficio del deudor y éste puede dejar perecer la prestación accesoria.

Se plantea, asimismo, el problema referente al obligado que cumple con la prestación principal desconociendo la facultad de sustitución, si en tal supuesto se otorga al deudor el derecho de repetición. El punto es discutido en Derecho alemán. Se pronuncia afirmativamente, Enneccerus, Kipp, Siber, Titze y Oertmann; en contra, Lehmann, Longheineken, Pescatore y el Tribunal Supremo Alemán (139). La solución afirmativa tiene su fundamento en que, desde el punto de vista económico es distinta esencialmente una obligación facultativa de otra carente de esta facultad otorgada al deudor, pero en contra puede señalarse que resulta absurdo resolver el cumplimiento de una obligación existente por la única razón de tener abierto un modo de extinción más ventajoso. Por otra parte el deudor ha cumplido lo que debía (140).

La prestación "in facultate solutionis", al igual que ocurre con la principal puede ser simple, compuesta, divisible o indivisible, genérica, específica, etc..., o incluso puede estar constituida por varias prestaciones (141). Es, como hemos visto, objeto no debido, pero que se relaciona con el cumplimiento (142), aparece como una manera de pagar (143) y si no representa cumplimiento auténtico es considerado como equivalente al mismo (144), respondiendo a una facilidad de pago que se reconoce al deudor (145).

Esta prestación subordinada no influye en la vida de la obliga-

(137) PUIG BRUTAU, ob. cit., págs. 227 y 228.

(138) *Ibidem.* VON TUHR, pág. 57.

(139) ENNECCERUS, ob. cit., pág. cit. LARENZ, pág. cit. CASSO, ob. cit., voz: "facultas alternativa".

(140) CASSO, ob. cit. y loc. cit.

(141) ALBALADEJO, ob. cit., pág. 504.

(142) DIAZ PAIRÓ, ob. cit., pág. 55.

(143) ROUSSET, ob. cit., pág. 223.

(144) MICCIO, ob. cit., pág. 342.

(145) JOSSERAND, ob. cit., pág. 600.

ción, sino sólo en su cumplimiento y se ha designado como accesoria (146), aunque, como veremos más adelante, no es muy correcta esta designación, ya que puede resultar equívoca haciendo suponer que existen dos obligaciones y una es accesoria de la otra.

A este respecto conviene señalar que el artículo 649 del Código argentino establece que “no tendrá influencia alguna sobre la prestación principal, ni la pérdida o deterioro de la cosa, ni la imposibilidad del hecho o de la omisión que constituye el objeto de la prestación accesoria” y el 650 del mismo texto: “la nulidad del acto jurídico por motivo del objeto de la prestación accesoria no induce nulidad en cuanto a la prestación principal” (147).

La pérdida de la accesoria no hace incurrir al deudor en responsabilidad, así el artículo 1.206 del Código civil de Filipinas: “La pérdida o deterioro de la cosa destinada a la sustitución por la negligencia del obligado, no le hace incurrir en responsabilidad.”

Si la cosa o prestación puesta para facilitar el pago resulta imposible o se extingue, la obligación queda como estaba, esto es simple (148), o sea, pierde el deudor la “*facultas solutionis*” (149).

Ahora bien, si el deudor hace uso de su “*facultas solutionis*” responde de todas las consecuencias, como si hubiere debido siempre y exclusivamente el objeto sustituto y no puede volver a la prestación primitiva (150).

En este sentido el artículo 1.206 del Código filipino: “La pérdida o deterioro de la cosa destinada a la sustitución por la negligencia del obligado, no le hace incurrir en responsabilidad, pero tan pronto la sustitución ha quedado realizada el obligado es responsable por la pérdida de la que ha entrado en la sustitución, cuando incurre en mora, negligencia o dolo.”

B.—Supuestos anormales.

a) Vicio o nulidad originarios.—Hace nula la obligación el vicio inherente a la cosa debida (151), cuando ésta no es suscepti-

(146) MESSINEO, “Manual...”, cit., pág. 429. DE GÁSPERI, ob. cit., § 1107. LAFAILLE, ob. cit., pág. 123. COLMO, ob. cit., § 374. RIVAROLA, ob. cit., página cit. REZZONICO ob. cit., pág. 507. ARTURO ORGAZ, “Diccionario de Derecho y Ciencias sociales”, Córdoba 1952, pág. 304.

(147) Con razón, DE GÁSPERI, ob. cit., § 1113, tacha estos preceptos de exclusivamente doctrinales, indicando que nada se perdería con su supresión. Ver LAFAILLE, ob. cit., § 1003. ROUSSET, ob. cit., pág. 330.

(148) RUGGIERO, “Istituzioni...”, pág. 101. Se convierte en pura y simple, dice PLANIOL, ob. cit., § 1326. En pura, señala COLMO, ob. cit., § 375. La terminología no resulta muy aceptable, ya que la obligación pura se contraponen a la condicional o a plazo. Debiera decirse que permanece simple, desapareciendo, en perjuicio del deudor, la “*facultas solutionis*”.

(149) MORENO MOCHOLÍ, ob. cit., pág. 394, afirma que la destrucción del objeto accesorio no complica la relación jurídica. ¡Tanto que no la complica! La simplifica notablemente.

(150) CASSO, ob. cit., voz: “*Facultas alternativa*”; añade que debe saneamiento al acreedor por razón de vicios ocultos si de venta se trata.

(151) GIORGI, § 444. BURÓN, § 1246. DE GÁSPERI, § 1107.

ble de ser objeto de una obligación (152) por imposibilidad (153) o ilicitud originarias (154). La nulidad de esta prestación arrastra la de la accesoria (155), porque no se concibe obligación sin objeto o con objeto ilícito. En este sentido el artículo 659 del Código civil de Costa Rica señala que “una obligación facultativa que adolece de algún vicio inherente a la cosa que forma su objeto, es nula aunque no adolezca de ningún vicio la cosa designada para facilitar el pago” (156) y de modo semejante, el artículo 645 del Código argentino: “Cuando la obligación facultativa es nula por un vicio inherente a la prestación principal, lo es también, aunque la prestación accesoria no tenga vicio alguno” (157).

En estos casos el deudor queda liberado y nada importa que la prestación satélite que tiene finalidad subrogatoria, exista, sea lícita y posible.

b) Nulidad derivada.—Esta ilicitud e imposibilidad pueda no ser originaria (158), pero produce los mismos efectos que si lo fuere. El percimiento fortuito de la prestación “in obligatione” libera al deudor totalmente (159).

a) Liberación del deudor.—Ya hemos dicho que el percimiento fortuito del objeto principal libera al deudor. Este percimiento puede ser físico o jurídico, destrucción de la cosa o prohibición de la Ley—Ley que prohíbe transacciones sobre determinados bienes—. En ambos casos se produce la liberación, siempre que el percimiento ocurra sin culpa (ni dolo) o morosidad del deudor.

En estos casos, el acreedor no puede reclamar el objeto “in facultate solutionis” (160) y si el deudor cumple esta prestación subrogada, se da el derecho de repetición a su favor (161).

(152) BAUDRY-LACANTINERIE, § 1051.

(152) BARASSI, “La teoría...”, pág. 249. “Istituzioni...”, pág. 180. BONNECASSE, pág. 567. PLANIOL, § 1525. ENNECERUS, ob. cit., pág. cit. PÉREZ Y ALGUER, pág. cit. CASSO, ob. cit. D’ORS, pág. 22.

(154) JOSSEERAND, ob. cit., pág. 601.

(155) COLMO, § cit.

(156) Alberto BRENES, “Tratado de las obligaciones y contratos”, San José 1923, págs. 54 y sigts.

(157) Dice MACHADO, comentando este precepto: “si me obligué a entregar la Luna, con facultad de sustituir esta obligación dando 2.000 pesos, o a herir a Pedro, con la facultad de sustituirla dando 1.000 pesos o cuando me obligué a contrabandear tales efectos con la facultad de sustituirlos pagando 2.000 pesos, en todos estos casos, siendo nula o no existiendo la obligación principal, lo es también la accesoria... Ocurriría lo mismo si el contrato ha tenido por objeto una cosa que no existía y se consideró como existente”. REZZONICO, ob. cit., pág. 509.

(158) ROTONDI, ob. cit., pág. 320.

(159) VALVERDE, loc. cit. SÁNCHEZ ROMÁN, loc. cit. BAUDRY-LACANTINERIE, locución cit. TOULLIER, § 700. JOSSEERAND, loc. cit. AUMAITRE, loc. cit. COLIN Y CAPITANT, ob. cit., pág. 368. PALACCO, “Le obbligazioni...”, pág. 41. GROSSO, locución cit. RICCI, pág. 209. VILLAR Y ROMERO, ob. cit., pág. 217.

(160) VAN WETTER, ob. cit., pág. 217.

(161) PLANIOL, ob. cit., núm. 1.325. GIORGI, ob. cit., pág. 458. ROTONDI,

En dicho sentido se pronuncia, no sólo la doctrina sino el propio Derecho comparado. Así, el artículo 660 del Código Civil de Costa Rica: "La obligación facultativa se extingue, si la cosa a que el deudor está obligado directamente perece sin su culpa." También los Códigos de Chile —art. 1.506—, El Salvador —artículo 1.377—, Colombia —art. 1.563—, Ecuador —art. 1.496— y Uruguay —art. 1.358— se expresan de modo semejante: "si dicha cosa (se refiere a la principal) perece sin culpa del deudor y antes de haberse constituido en mora no tiene derecho para pedir cosa alguna". Con ligeras variantes —sustituir "dicha" por "esa" y "derecho" por "acción"— el artículo 2.347 párrafo, 2.º, del Proyecto de Código civil para la República Oriental del Uruguay del Dr. Enrique Azarola.

También el Código civil de Argentina se pronuncia en términos semejantes, en su art. 647: "la obligación facultativa se extingue cuando la cosa que forma el objeto de la prestación principal perece sin culpa del deudor, antes que éste se haya constituido en mora o porque se hubiera hecho imposible su cumplimiento, aunque el objeto de la prestación accesoria no hubiera perecido y fuere posible su entrega" (162).

b')—No liberación del deudor.—1.º Supuestos de dolo y culpa. La mayoría de los tratadistas exigen para que se produzca la liberación del deudor por pérdida de la prestación debida, la ausencia de culpa en el mismo, pero no suelen aludir a estos supuestos por considerar que se resuelven conforme a las reglas generales.

En estos casos de pérdida de la prestación principal por culpa o dolo del deudor la obligación no se concentra sobre el objeto "in facultate solutionis", porque éste no está "in obligatione", sino sólo "in prestatione" (163) y la consecuencia es que el acreedor puede demandar daños y perjuicios (164). Entonces la obligación cambia de contenido, y así la obligación de dar una cosa específicamente determinada se convierte por la pérdida, culpable o dolosa del objeto debido en una obligación de indemnizar (165),

obra cit., lug. cit.: "porque la segunda prestación representa para el deudor una mera facultad y no una obligación".

(162) Encuentra BIBILONI superflua la frase "antes de que éste se haya constituido en mora", porque el deudor se libera también si a consecuencia del caso fortuito hubiere igualmente perecido en poder del acreedor. Ver DE GÁSPERI, § 1111. Todo este artículo aparece tomado de AUBRY Y RAU, § 300. Así también lo indica LAFAILLE, ob. cit., pág. 124. COLMO, ob. cit., § 377, que critican el precepto desde el punto de vista jurídico. Desde un aspecto gramatical en la obra de COLMO, "Técnica legislativa del Código civil argentino", Buenos Aires 1917, alude también a la trabucación del género por la especie en materia de "cosa" (pág. 238) y al exceso en el empleo de sinónimos (página 245).

(163) GROSSO, ob. cit., pág. cit.

(164) CASSO, ob. cit., loc. cit. PÉREZ Y ALGUER, ob. cit., pág. COLIN Y CAPITANT, ob. cit., pág. 368. PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 76. HERNÁNDEZ GIL, ob. citada, pág. 155.

(165) CASSO, ob. cit., voz: "facultas alternativa".

pero el deudor sigue disfrutando de su "facultas" frente a la obligación alterada (166). Estos efectos se subordinan, claro está, a la forma pura, condicional o a plazo en que se haya contraído la obligación (167).

Lo mismo que la doctrina, los Códigos suelen referirse al perecimiento del objeto debido sin culpa del deudor. En este sentido los textos legales de Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador y Uruguay, pero el Código civil argentino introduce una notable innovación. Dice el artículo 648 que "si el objeto de la prestación principal hubiese perecido o se hubiese hecho imposible por culpa del deudor, el acreedor puede pedir el precio de la que ha perecido o la cosa que era objeto de la prestación accesoria".

Con razón critican Machado, Segovia y Busso este precepto (168) entendiendo que encierra un grave error la doctrina que desnaturaliza el carácter de las obligaciones facultativas al permitir al acreedor exigir la prestación accesoria. La prestación accesoria no se debe al acreedor y con este sistema se transforma la obligación facultativa en una obligación alternativa cuya elección corresponde al acreedor.

También Salvat (169) y Lafaille (170) critican el artículo 648, indicando que ni Velez Sarsfield apunta su origen, y por otra parte ninguna fuente concreta autoriza tal conclusión, no existiendo Código ni autor alguno que así declare, pues lo correcto sería pretender el resarcimiento, pero en modo alguno el inconcebible criterio de permitir el acreedor elegir una prestación que la parte no tomó a su cargo y que se reservó utilizar a su voluntad como medio de extinguir el crédito. No parece justo, además, crear una pena civil, puesto que el damnificado queda a cubierto con la indemnización de daños y perjuicios a su favor.

De Gásperi (171) reitera que con ello se desnaturaliza la obligación. Ya hemos visto que se transforma en una alternativa con elección del acreedor.

Galli (172) y Colmo (173), mantienen que si subsiste el defecto técnico, tal objeción es vencida por la justicia. El primero apunta que el deudor en este caso se halla en situación de imputabilidad y no puede reclamar la observancia de las formas exactas de la obligación. Colmo señala que en otros supuestos —saneamiento por evicción— ha consagrado el Código argentino, en favor del acreedor, el derecho a pedir otra especie o cantidad, no obstante haber quedado individualizadas las anteriores especie y cantidad. Aquí el equivalente de la prestación principal se tenía a mano en la prestación

(166) COLIN Y CAPITANT, ob. cit. y loc. cit. CASSO, ob. cit. PÉREZ Y ALGUER, loc. cit. HERNÁNDEZ GIL, loc. cit.

(167) BURÓN, ob. cit., § 1246.

(168) Citados por REZZONICO, ob. cit., pág. 510.

(169) Ob. cit., núm. 608.

(170) Ob. cit., pág. 124.

(171) Ob. cit., § 1112.

(172) Cit. por REZZONICO, ob. cit., pág. cit.

(173) Ob. cit., § 378.

accesoria, y tal equivalencia con relación al deudor no puede discutirse (174).

De Gásperi considera endeble este razonamiento, porque lo típico de la facultativa es que el acreedor no puede reclamar la accesoria. Sin perjuicio de las críticas, Salvat considera como única explicación del precepto en cuestión, que el legislador confiere este derecho al acreedor como una penalidad del deudor por su culpa. De Gásperi pone de relieve que con esta solución de permitir al acreedor pedir el precio de la perecida o la accesoria, sin aludir para nada a la indemnización de perjuicios, hace pensar que éstos pueden pedirse con cualquier elección (175).

En conclusión señala Lafaille que el artículo subsiste y debe aplicarse (176). Por nuestra parte se desnaturaliza la obligación facultativa y sólo resulta explicable como una pena civil que transforma la obligación originaria, simple con facultad alternativa en una con pluralidad de objetos, alternativa con elección del acreedor.

Lo dicho respecto a la culpa puede entenderse en idéntico sentido respecto al dolo del deudor.

2.º Mora del deudor.—Sus efectos se determinan conforme a los principios generales y con subordinación a la forma pura, condicional o a plazo (177), aplicando la doctrina de las obligaciones simples (178), pero con la reserva, estipulada a favor del deudor de poder cumplir su obligación mediante la prestación “in facultate solutionis”.

Así durante la mora del deudor la obligación no se concentra sobre la prestación accesoria, porque ésta no se encuentra “in obligatione”, sino sólo “in praestatione” (179). La particularidad principal, a más de facultarse al acreedor a exigir daños y perjuicios, consiste en que si durante la mora del deudor se pierde el objeto principal, el deudor no queda liberado, a diferencia de los supuestos normales.

Así los Códigos civiles de Chile —art. 1.506—, El Salvador —artículo 1.377—, Colombia —art. 1.563—, Ecuador —art. 1.486— y Uruguay —art. 1.598— exigen para que el deudor quede liberado por el perecimiento fortuito del objeto “in obligatione”, que no esté constituido en mora. En este sentido también el art. 647 del Código argentino.

Este primer efecto aparece claro en el Código civil español, que en caso de mora hace de cuenta del obligado los casos fortuitos, así aparece de los artículos 1.096 párrafo 3.º y 1.182, estableciendo,

(174) ROUSSET, ob. cit., pág. 230.

(175) No obstante las críticas, BIBILONI, artículo 952 de Freitas, con relación a las obligaciones de hacer, e incluso la reforma de 1936, mantuvieron este desdichado precepto.

(176) Ob. cit., pág. 130.

(177) BURÓN, ob. cit., § 1246, 3.º SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., pág. cit.

(178) SÁNCHEZ ROMÁN, loc. cit.

(179) GROSSO, ob. cit., pág. cit.

por otra parte, el artículo 1.183 una presunción desfavorable al deudor.

El Derecho argentino, por el contrario, permite la liberación del deudor a pesar de la mora, si la cosa hubiere perecido igualmente en poder del acreedor (180). Pero si no se produce el perecimiento, el acreedor tiene derecho a pedir daños y perjuicios por el retardo. ¿Pierde el deudor su "ius variandi" en este caso? Así lo entiende Giorgi (181), basándose en precedentes del Derecho Romano (182) y de la Casación italiana (183) y el principio aparece justo, pero deberá acudirse a la interpretación para conocer si esa ha sido realmente la voluntad de las partes contratantes (o de la ley en su caso) y al sentido de todas las disposiciones (184).

De no aceptarse esta solución, las consecuencias pueden resultar complicadas para el acreedor, quien habrá de acudir a juicio para pedir la prestación principal, única a la que tiene derecho. En este juicio y en su período alegatorio podrá el deudor en su tesis defensiva mantener su facultad alternativa, y si el Tribunal estima la demanda condenará al deudor al cumplimiento de la prestación principal, pero permitiéndole entregar en su lugar la prestación accesoria. Ahora bien, en el caso de que el deudor no compareciera ni alegare la "facultas solutionis", sería condenado al pago de la prestación "in obligatione". ¿Existen en la ejecución de sentencia términos hábiles para alegarlo o cumplir con la prestación subordinada? Con referencia al Derecho alemán la solución debe ser negativa (185) y De Filippis (186) llega a sostener que la mora del deudor le hace perder su "ius variandi".

La solución en el Derecho español resulta discutible; en principio, en el período alegatorio del pleito se cierra la aportación fáctica en aplicación del principio preclusivo que domina el proceso civil, y la ejecución del fallo judicial tiene como finalidad exclusiva llevarlo a la práctica completando la declaración con su resultado, en el sentido de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, "juzgando y

(180) Cfr. DE GÁSPERI, § 1111. BIBILONI, "Anteproyecto", Tomo I, página 128.

(181) Ob. cit., § 444 bis.

(182) L. 57, I) De solut (XLVI; 3): "si quis stipulatus fuerit decem in melle: solvi quidem mel potest, antequam ex stipulatu agatur: sed si semel actum sit, et petita decem fuerim, amplius me solvi non potest".

(183) Cas. Rom. 17 de julio de 1879, respecto a la obligación adquirida por una compradora de bienes procedentes del Patrimonio eclesiástico, decidiéndose, al respecto, que si bien la Ley de 15 de agosto de 1865 concedió a los compradores la facultad de pagar el precio de títulos del Patrimonio eclesiástico, así como en dinero, esta facultad se pierde por el adquirente cuando incurre en mora judicial.

(184) GIORGI, ob. cit., loc. cit.

(185) ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, "Obrigações pecuniarias", en *Boletín do Ministerio da Justica*, núm. 52, enero 1956, págs. 249 y sigts., siguiendo a NUSSBAUM.

(186) "Corso completo di Diritto civile comparato", Vol. V, Napoli 1875, página 152. En contra, POLACCO, "Le obbligazioni...", pág. cit.

haciendo ejecutar lo juzgado". Así resulta también de determinados preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establecen incidentes para los daños y perjuicios o de frutos y rentas o cuentas de una administración, pero en lo demás parece deducirse que sólo pueden suscitarse cuestiones sobre la inteligencia y efectos de la sentencia. Las demás cuestiones deben suscitarse en juicio independiente —sentencia de 10 de octubre de 1908—, no pudiendo hacerse declaraciones, ni variaciones que contradigan la parte dispositiva —sentencia de 8 de junio de 1927— e incluso se prevé una modalidad de recurso de casación —art. 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, cuando se resuelven puntos *sustanciales* no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia, o se provea en contradicción a lo ejecutoriado. Pero desde otro punto de vista, se admiten incidentes en la ejecución y con una interpretación demasiado espiritualista, el Tribunal Supremo ha aludido a que la ejecución debe atender a la sentencia como un todo orgánico y se incide en error cuando el juzgador se atiene a los términos literales y se desconocen obligaciones implícitamente contenidas en los considerandos —sentencias de 6 de octubre de 1933 y 26 de junio de 1950—.

En resumen, creemos que en el Derecho español este supuesto hace perder al deudor su "ius variandi", y ello por diversas consideraciones: en primer lugar, porque se cerró la fase alegatoria y el hecho de la "facultas alternativa", que no fue alegado, no puede formar ya parte del proceso; en segundo lugar, porque militan en esta tesis razones de justicia, no sólo el castigo a la mora del deudor, y a la falta de alegación al respecto, sino la propia naturaleza de la ejecución que busca realizar lo más realmente posible el fallo, en este caso la prestación principal.

Para evitar esta incertidumbre el Código civil de Perú señala en su art. 1.200 que "si el deudor es omiso en hacer la elección, el Juez le señalará un plazo para que cumple con hacerla, y si vencido este plazo el deudor se mantuviere en la omisión la elección corresponderá al acreedor".

Cierto que con ello se desnaturaliza la obligación facultativa, más lógico hubiera sido señalar que la omisión reiterada en la elección hace perder al deudor su "facultas alternativa", pero la mora del deudor debe tener un límite en el que ya no pueda utilizarse para liberarse la prestación accesoria.

La pérdida del objeto "in facultate solutionis" acarrea responsabilidad al deudor que incurre en mora, tan pronto la sustitución ha quedado realizada según el art. 1.206 del Código civil de Filipinas.

V.—Definición.

Supuestos el concepto y caracteres no resulta difícil dar una definición de esta clase de obligaciones, y por ello vienen a resultar coincidentes las formuladas por los diversos autores.

Planiol (187) la define diciendo: “la obligación es *facultativa* cuando el deudor debe una *prestación única*, pero con *facultad de liberarse* cumpliendo otra prestación determinada en lugar de la debida”. Y dicha definición ha sido seguida por otros tratadistas (188) debiendo su difusión no sólo al prestigio de su autor, sino también a que gráficamente caracteriza esta clase de obligaciones.

Para Grosso (189) es “aquella obligación en la que el deudor tiene concedida la facultad de liberarse con una prestación preventivamente determinada, distinta de la debida”. Para Pacchioni (190), obligaciones facultativas son “aquellas que tienen como objeto propio una sola prestación, pero el deudor de esta sola prestación tiene concedido, por convención o por ley, liberarse con otra prestación”. En sentido más extenso, Sánchez Román (191) señala que “mediante esta clase de obligaciones no se entiende sometida más que una de las cosas en ella mencionadas, siendo la otra simplemente una forma subsidiaria de ejecución de lo pactado, o pago de lo debido y careciendo por tanto el acreedor de todo derecho respecto a ella”. Castán por su parte, define estas obligaciones como “aquellas en que, debiéndose un sólo objeto, concede al deudor la facultad de cumplir la obligación entregando un objeto distinto, de tal modo que el deudor puede elegir entre el uno y el otro, mientras que el acreedor no puede exigir más que el objeto debido” (192).

En realidad, muchos autores las definen yuxtaponiendo los elementos o notas caracterizadoras, más bien que dando una pincelada expresiva y gráfica que las resalte. En aquel extenso sentido, deben definirse como “aquellas obligaciones en que debiéndose una sola prestación, cuyo perecimiento fortuito libera al deudor, se concede a éste la facultad de realizar una prestación distinta, preventivamente determinada, con efecto liberatorio”.

También los Códigos civiles que se ocupan de estas obligaciones las definen en formas parecidas. Así el artículo 643 del Código argentino: “La que no teniendo por objeto sino una sola prestación da al deudor la facultad de sustituir esta prestación por otra” (193). El

(187) Ob. cit., pág. cit.

(188) A. PERRAUD-CARMANTIER, “Petit Dictionnaire de Droit”, París, página 186. También VAN WETTER, BURÓN, COELHO DA ROCHA, VIGIÉ, AUMAITRE, LAURENT, etc.

(189) Ob. cit., pág. 229.

(190) Ob. cit., pág. 46.

(191) Ob. cit., pág. cit.

(192) Ob. cit., pág. 101.

(193) “Contribución a la obra preparatoria de la reforma del Código Civil. Estudios críticos y proyectos”, Tomo 2.º, editado por el Instituto de Altos Estudios de la Facultad de Ciencias jurídicas y sociales de la Universidad Nacional de la Plata 1935, pág. 210, se critica este artículo y se indica que esta definición no existe en los Códigos brasileño, alemán o suizo, y que se trata de un mero artículo doctrinal. La primera objeción no parece acertada. Dichos Códigos, brasileño, suizo y alemán, no se ocupan directamente de estas obligaciones y al no dedicarles preceptos mal pueden definirlos. Ahora bien, los Códigos no deben definir, sino regular y disponer, quedando a la doctrina y a la ciencia jurídica este cometido. En este sentido

artículo 1.562 del Código civil de Colombia de modo semejante la describe: Obligación facultativa es la que tiene por objeto una cosa determinada, pero concediéndose al deudor la facultad de pagar con esta cosa o con otra que se designa." Idéntica definición aparece en los artículos 1.505 del Código civil de Chile, 1.376 de El Salvador, 1.495 de Ecuador (194) y 1.312 de la República Oriental de Uruguay (195) como vimos anteriormente.

No obstante ocuparse de las obligaciones facultativas, dedicándoles específicos preceptos al respecto, carecen de definiciones legales los Códigos civiles de Costa Rica, Perú e implícitamente Filipinas. Los dos primeros regulan las especialidades dentro de las alternativas y el último en su art. 1.206, que contiene diversas prescripciones, señala: "Cuando ha sido convenida la prestación, pero el obligado puede entregar otra en sustitución, la obligación es llamada facultativa"; que si bien puede aparecer como definición no aparece como tal en un artículo a tal fin específico destinado.

VI.—*Fuentes de las obligaciones facultativas.*

1. Introducción.

El problema de las fuentes en esta clase de obligaciones no reviste peculiaridad alguna con la doctrina general de las fuentes de toda clase de obligaciones, que debe darse aquí por reproducida para evitar innecesarias repeticiones. Si se examinan en este lugar las fuentes es con el propósito exclusivo de vislumbrar la mayor frecuencia de los casos, así como las dificultades que presenta, pero en modo alguno se altera la doctrina común.

Por ello y, como resumen, puede concluirse que las fuentes de las obligaciones facultativas son la voluntad particular y la ley (196) o voluntad estatal.

dice COLMO, ob. cit., pág. 257: "El Código ha definido sin necesidad". Desde otro punto de vista, este último autor, en su obra "Técnica legislativa del Código...", cit., página 226, sostiene que en el artículo que nos ocupa aparece indebida y erróneamente acentuado el monosílabo "da". Se refiere a la edición oficial.

(194) En la última edición oficial corresponde al artículo 1.561, pues la citada en texto tenía 2.506 artículos y un título y artículo final. En la otra el número de articulado es de 2.542 además de título y artículo final.

(195) Las ediciones oficiales de 1868, 1893 y 1914 presentan este artículo, respectivamente, el 1.331, el 1.318 y el 1.357. El Proyecto de Código civil para la República Oriental del Uruguay, del Dr. Enrique Azarola, Montevideo 1895, le dedica los artículos 2.346 a 2.349. El primero de ellos contiene la definición con mejor estilo que el Código: "Obligación facultativa es la que teniendo por objeto una cosa o prestación determinada confiere al deudor la facultad de sustituirla por otra".

(196) L. BARASSI, "Istituzioni de Diritto civile", 4.^a ed., Milano 1955, página 438. DÍAZ PAIRÓ, ob. cit., pág. 55. PÉREZ Y ALGUER, ob. cit., pág. 116.

2. Clases.

A) Voluntad particular.—Pueden crearse estas peculiares obligaciones por contrato, aunque en la práctica (197) sean más frecuentes los casos testamentarios (198). En una convención puede resultar más raro que el acreedor esté dispuesto a aceptar una liberación del deudor, mediante una facultad de sustitución, ya que el interés de aquél no es otro que el cumplimiento de la obligación tal y como aparece contraída (199). Aparte de lo dicho, en los casos que aparecen creadas contractualmente estas obligaciones, no resulta fácil distinguirlas de las alternativas por el descuido de las partes en caracterizarlas (200).

En supuestos no contractuales, es frecuente el caso del testador que permite a sus herederos entregar con efecto liberatorio al legatario cosa distinta de la señalada como legado (201). En este sentido señala Jossierand (202), como ejemplo: un testador lega a una persona una parte de su mobiliario y de su biblioteca, pero previniendo que la ejecución de esta disposición podría resultar desagradable a su heredero, que desea conservar dichos bienes, le autoriza a cumplir tal obligación entregando al legatario una suma de dinero.

B) Supuestos legales de obligaciones facultativas.—Como hemos señalado, también la Ley puede crear esta clase de obligaciones. Examinaremos por ello los casos más frecuentes citados en la doctrina extranjera para determinar si son o no aplicables al Derecho patrio.

a) El caso más citado por la doctrina francesa (203) y por la italiana (204) es el de *la rescisión de la compraventa por lesión*. Los artículos respectivos de los Códigos de ambos países, artículos 1.681 y 1.534, regulan dicha institución. Pero esta opinión dista de ser unánime, estimándose que en este caso más que de facultad de liberarse con la prestación de cosa diversa, lo que existe en realidad es la posibilidad de prevenir o cortar un juicio ofreciendo una determinada prestación (205).

El supuesto es conocido desde el Derecho Romano. Originaria-

(197) ENNECCERUS, ob. cit., pág. 114. VON TUHR, ob. cit., pág. 56. GIORGI, obra cit., pág. 458. DALLOZ, ob. cit., pág. 649. CASSO, ob. cit., voz: "Facultas alternativa". PUIG PEÑA, ob. cit., pág. 75.

(198) BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., pág. 215. PLANIOL, ob. cit., pág. 451.

(199) PLANIOL, ob. cit., pág. cit. GIORGI, ob. cit., loc. cit. COLMO, ob. citada, § 372.

(200) LUIS DE GÁSPERI, ob. cit., pág. 335.

(201) PLANIOL, ob. cit., pág. cit. GIORGI, ob. cit. y loc. cit.

(202) Ob. cit., pág. 601.

(203) BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., pág. 215. DALLOZ, ob. cit., pág. 650. PLANIOL, ob. cit., pág. 451. AUBRY Y RAU, ob. cit., pág. 45, nota 7. VIGIÉ, obra citada, página 606. JOSSERAND, ob. cit., pág. 601, etc.

(204) RUGGIERO, "Instituciones...", pág. 45, nota 1. MICCIO, ob. cit., página 343. POLACCO, "Le obbligazioni...", pág. 113.

(205) MESSINEO, "Manual...", cit., pág. 429.

mente el precio no tenía que ser justo, pero la reforma que el Código de Justiniano atribuyó a las Constituciones de Diocleciano, y que pudo incluso ser aún posterior, permitió atacar la venta por lesión de más de la mitad (*lessio enormis*). La facultad de pedir la rescisión se atribuyó sólo al vendedor (206).

En España, aunque pudieran encontrarse precedentes históricos favorables a la justicia del precio (Fuero Real, Partidas, Ordenamiento de Alcalá y Leyes recopiladas) que siguieron los patrones romano-canónicos, no persistió la exigencia de dicho requisito. La tradición negativa puede encontrarse en el Fuero Juzgo, Fueros Municipales y en el Derecho aragonés. Por ello, el Proyecto de 1851, primero, y el Código civil, después, prescindieron de la justicia del precio, siguiendo así las tendencias dominantes de la economía liberal (207).

En Cataluña el derecho tradicional seguía los criterios de los Capítulos III y VI "De emptione et venditione" de las Decretales de Gregorio IX, siendo las compraventas rescindibles por lesión, cuando el comprador o vendedor hubieren sido perjudicados en más de la mitad del justo precio de la cosa (*lessio ultra dimidium*), concediéndose al contratante lesionado el derecho a rescindir el contrato o a pedir el abono de la diferencia entre el precio entregado o recibido y el justo valor de la cosa objeto de la convención (208).

La Compilación del Derecho civil especial de Cataluña de 21 de julio de 1960, promulgado por Ley de dicha fecha, en el libro IV, título I, Capítulo II, se refiere a este punto en los artículos 323 a 325, ambos inclusive, bajo la rúbrica "De la rescisión por lesión".

En virtud de estas disposiciones, "los contratos de compraventa, permuta y demás de carácter oneroso relativos a *bienes inmuebles*, en que el *enajenante* haya sufrido lesión en más de la mitad del justo precio, serán rescindibles a su instancia, aunque en el contrato concurren todos los requisitos necesarios para su validez" (art. 323, párrafo 1.º). El comprador o adquirente demandado *podrá evitar la rescisión* mediante el pago en dinero al vendedor o enajenante del complemento del precio o valor lesivos, con los intereses, a contar de la consumación del contrato" (art. 325, párrafo último).

En virtud de estos preceptos, el enajenante en supuesto de lesión "ultra dimidium" puede pedir la rescisión de la enajenación y, por tanto, a soportarla está obligado el adquirente, pero se libera pagando el complemento del precio más los intereses. Parece configurar el supuesto como una obligación facultativa y si el inmueble perece por causa fortuita no imputable al adquirente queda éste liberado.

b) Otro caso, semejante al anterior, citan algunos autores con referencia a los artículos 891 del Código civil francés y al 1.038 en

(206) GIRARD, ob. cit., pág. 575.

(207) CASTÁN, ob. cit., 6.ª ed., Tomo III, pág. 24.

(208) LUIS MOUTÓN OCAMPO, "Diccionario de Derecho Foral", Madrid 1905, Tomo II, págs. 119 y 120. Voz: lesión. GUSTAVO LA IGLESIA Y GARCÍA, "Manual de Derecho Foral español", Madrid 1903, pág. 574.

relación con el 1.042 del italiano y que tratan de la rescisión de la partición (209).

En lo que respecta al Derecho español, el artículo 1.074 de nuestro Código civil señala que “podrán ser rescindidas las particiones por *causa de lesión en más de la cuarta parte*, atendiendo al valor de las cosas cuando fueron adjudicadas”, y el artículo 1.077 añade que “el heredero demandado podrá optar entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a nueva partición. La indemnización puede hacerse en numerario o en la misma cosa en que resultó el perjuicio.”

Como se desprende del texto citado la acción ejercitable por el heredero lesionado es la acción rescisoria —arts. 1.075 y 1.078—, pudiendo optar el demandado entre indemnización o consentir que se proceda a nueva partición. No aparece el carácter de obligación facultativa, sino más bien de una alternativa, y ya señaló Messineo con referencia al Código italiano que se trata más bien de prevenir o cortar un juicio que de permitir liberarse con prestación distinta de la establecida en la obligación (210).

La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1911, da a entender que esta opción no ha de hacerse precisamente al contestar la demanda por lo que infringe el artículo 1.077 la sentencia que no concede en su fallo esta opción y condena a la práctica de nueva partición. No obstante, esta opción queda supeditada a las circunstancias del caso, y cuando sea ineludible nueva partición, el demandado no podrá optar —sentencias de 19 de mayo de 1945 y de 9 de marzo de 1951—. Por ello, Hernández Gil (211) afirma que resulta difícil discriminar en este caso qué prestación goza de prioridad y cuál encarna la mera facultad sustitutoria. En sentido de considerar este supuesto como obligación facultativa, Puig Peña (212) y Pérez y Alguer (213).

En resumen, debe estimarse como un supuesto de “facultas alternativa”, ya que el derecho del heredero lesionado es exclusivamente impugnar la partición, pedir su rescisión para practicar otra nueva. Este es el derecho exigible, pero el heredero (o herederos) reclamado puede optar —o sea, cumplir— tanto por la petición adversa, cuanto por la indemnización de la diferencia.

c) Otro caso señalado en la doctrina italiana (214) en base al artículo 1.278 de su texto legal es el referente a la liberación del deudor en casos de deudas en moneda sin curso legal (moneda extranjera) entregando moneda nacional al cambio según el día del vencimiento.

(209) Ver notas 203 y 204 de este trabajo.

(210) “Manual...”, cit., pág. cit.

(211) Ob. cit., pág. 156.

(212) Ob. cit., pág. cit.

(213) Ob. cit., pág. cit.

(214) BARASSI, “La teoría...”, pág. 249. MESSINEO, “Manual...”, pág. 429. TRABUCCHI, ob. cit., pág. 448. PACCHIONI, ob. cit., pág. 46.

Paes da Silva (215) se ocupa de manera expresa de este punto al paso que los demás tratadistas lo dejan simplemente enunciado, señalando que esta facultad aparece determinada por la dificultad de obtener moneda extranjera, y está reconocida al deudor en numerosas leyes: artículo 41 de la Ley Uniforme sobre letras de cambio, artículo 36 de la Ley Uniforme del cheque, § 244 del Código civil alemán, artículo 84 del suizo, 947 del brasileño, etc.

Lo que pretende el acreedor es obtener un valor y no precisamente la moneda extranjera, por ello puede configurarse como una facultad alternativa del deudor, que debe moneda extraña, pero que se libera pagando en moneda nacional (216).

Por lo que afecta a nuestro Derecho, debe tenerse en cuenta el párrafo primero del artículo 1.170 del Código civil que establece que “el pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y no siendo posible entregarse la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España”. Tal y como aparece configurado el precepto no presenta una facultad del deudor, sino más bien una subsidiaridad producida por la *imposibilidad*, claro está que puede deberse también a la política del Estado español, por ello no cabe configurarse como una facultad de sustitución.

Si la protección a la moneda nacional es muy intensiva, ni siquiera podrá el acreedor reclamar moneda extranjera, sino su conversión en nacional. ¿Dónde está aquí la obligación facultativa? Por otra parte, los problemas del “*periculum rei*” desaparecen porque la moneda extranjera como género no puede perecer (217).

d) Para Barassi (218), Ruggiero (219) y De Gásperi, que sigue a Molitor y Lacerda Almeida (220), es facultativa la obligación del tercer adquirente de un bien raíz hipotecado respecto del acreedor, porque puede liberarse del pago si hace abandono del inmueble. Así parece desprenderse del artículo 2.013 del Código italiano y del artículo 3.169 del argentino.

Con referencia a nuestro Derecho el punto resulta debatido, y para determinararlo hemos de partir de dos teorías diferentes al respecto: 1.º) *Teoría de la prestación*, que atribuye al acreedor hipotecario una pretensión dirigida a exigir la prestación de una cantidad de dinero con cargo al inmueble gravado e impuesto al propietario del mismo de una cantidad de dinero en el momento de la ejecución; y 2.º) *la teoría de la acción directa*, que niega dicha prestación y señala que el acreedor no puede compeler al tercer poseedor a

(215) Ob. cit., pág. cit.

(216) NUSSBAUM, § 22, II.

(217) Con relación al pacto de pago en oro o en plata el Tribunal Supremo ha declarado que el abono de la diferencia o quebranto del cambio, precisa para que se estime hecho el pago la aquiescencia del acreedor para la determinación exacta de la cantidad (papel moneda) a satisfacer—Sentencia de 18 de noviembre de 1944—. Aquí no aparece la sustitución facultativa del deudor en modo alguno.

(218) Ob. cit. últ., pág. 76.

(219) “Instituciones...”, pág. 45, nota 1.

(220) Ob. cit., § 1107.

que pague. El tercer poseedor está facultado a pagar, pero no obligado. El acreedor sólo puede exigir la venta del inmueble hipotecado (221).

¿Cuál de estas soluciones ha seguido el legislador español? Ateniéndonos al tenor literal de los preceptos, el art. 126 de la Ley Hipotecaria —que se refiere no al procedimiento judicial sumario del artículo 131 de dicho texto, sino al juicio ejecutivo de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el supuesto que se persigan bienes especialmente hipotecados y éstos hubieren pasado a un tercer poseedor— permite al acreedor reclamar de aquél el pago de la parte de crédito. El tenor liberal es como sigue: “*podrá* el acreedor reclamar de éste el pago de la parte de crédito...” “Requerido el tercer poseedor... *deberá* verificar el pago con los intereses correspondientes...” (222).

Pero este modo de expresarse responde más bien al tono pragmático con que debe producirse el legislador, mas no responde a la verdadera naturaleza (223). Así aunque el precepto diga que si el tercer poseedor no paga ni desampara los bienes —tercera postura que puede adoptar— será *responsable* con los suyos propios además de los hipotecados, de los intereses devengados desde el requerimiento y de las costas judiciales que su morosidad diere lugar. Mas esto no presupone que el tercer poseedor esté obligado a pagar, y por ello la Ley no le impone la indemnización de todos los daños y perjuicios derivados de la mora (artículo 1.101 del Código civil).

El tercer poseedor puede pagar, pero no está obligado a hacerlo. En cualquier supuesto este tercero nunca es deudor (224) y desde el punto de vista del Derecho material aparece como responsable de la deuda de otro, a causa del derecho de persecución que constituye la esencia de la hipoteca; en el aspecto procesal, el tercer poseedor asume la postura de un *interesado*, que no sustituye como parte al deudor por la obligación personal (225).

Por ello, en conclusión, debemos señalar que el tercero, por el principio de persecutoriedad real que la hipoteca comporta, está obligado a soportar la ejecución, pero puede liberarse de esta obligación pagando el crédito e intereses. Se trata de un supuesto legal de obligación facultativa, pues si los bienes hipotecados pudiesen estar en poder del tercero sin culpa alguna de éste, quedaría liberado. El hecho de que se le requiera y las expresiones utilizadas por el legislador no significa otra cosa que las transformaciones comportadas por el proceso en orden a la posibilidad de intervenir en él y con relación a las distintas posturas procesales.

(221) RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, “Instituciones de Derecho Hipotecario”, Barcelona 1941, Tomo III, págs. 22 y sigts.

(222) La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1917 parece sostener que el requerimiento al tercer poseedor es meramente una facultad que la ley otorga al acreedor, quien puede o no ejercitarla.

(223) ROCA SASTRE, ob. últ. cit., pág. 25.

(224) LEONARDO PRIETO CASTRO, “Derecho Procesal civil”, Tomo II, Zaragoza 1949, pág. 506.

(225) *Ibíd.*, pág. 507.

e) Los escritores galos (226) consideran también como obligación facultativa el caso que el inmueble hipotecado haya perecido o sufrido degradaciones que le hagan insuficiente para garantizar el crédito del acreedor, en cuyo caso el deudor puede liberarse del pago, aumentando la hipoteca o constituyendo un suplemento de la misma.

En lo que afecta al Derecho español en estos supuestos, conforme al artículo 117 de la Ley Hipotecaria, se acude al procedimiento de poner los bienes en administración judicial, y no se trata, por tanto, de un caso de "facultas solutionis".

f) Dentro del campo del Derecho sucesorio sí citan los artículos 547 y 574 del Código italiano, que permiten al heredero satisfacer los derechos hereditarios del cónyuge superviviente y del hijo natural en forma distinta de la establecida en la Ley (227).

El Código civil patrio, en el artículo 839—antes de la reforma de la Ley de 24 de abril de 1958, artículo 838—, establece que "los herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, *procediendo de mutuo acuerdo*, y en su defecto, en virtud de mandato judicial". Parece deducirse del texto que los herederos no tienen la facultad de sustituir, sino de *proponer* la sustitución. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1911, y no existe, por tanto, una verdadera "facultas solutionis" (228).

Por el contrario, el párrafo segundo del artículo 840 del Código civil establece que "los hijos legítimos *podrán* satisfacer la cuota que corresponde a los naturales en dinero o en otros bienes de la herencia a justa regulación". Aunque exista algún autor que estime dudosa la obligación facultativa en este caso (229), no cabe duda que los hijos legítimos pueden liberarse entregando cosas distintas a las debidas, en la forma señalada en el texto (230). Por ello algún autor ha aludido en este caso a facultad de potestativo ejercicio (231).

g) Otro caso citado es el que aparece regulado en el artículo 651 del Código italiano, carga de un legado de cosa propia del heredero gravado o de un tercero (232). En nuestro ordenamiento se da esta situación cuando la cosa pertenece al heredero o legatario gravado, "quienes al aceptar la sucesión deberán entregar la cosa legada o su justa estimación" (art. 863); pero no en el supuesto de legado de

(226) PLANIOL, ob. cit., pág. 451. DALLOZ, ob. cit., pág. 650.

(227) MESSINEO, "Manual...", pág. 429.

(228) HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., pág. 156. En contra, PÉREZ Y ALGUER, obra cit., y CASSO, ob. cit.

(229) HERNÁNDEZ GIL, pág. cit.

(230) CASSO, ob. cit. Ver también SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., Tomo VI, Volumen II, pág. 912, en donde se señala que a diferencia de lo que ocurre con el cónyuge viudo, aquí se da a los hijos legítimos libertad completa para elegir la forma de pago, claro está que a condición de estimar los bienes justamente.

(231) JUAN VALLET DE GOYTISOLO, "Apuntes de Derecho sucesorio", Madrid, 1955, pág. 33.

(232) MESSINEO, "Manual...", cit., pág. cit.

cosa ajena (art. 861), pues en este caso está obligado el heredero a adquirirla, y no siendo posible, a dar su justa estimación. El primer supuesto comprende una obligación facultativa, el segundo subsidiaria.

h) Planiol señala también al respecto el artículo 211 del Código francés (233) semejante a nuestro artículo 149: "El obligado a prestar alimentos podrá a su elección, satisfacerlos, o pagando la pensión que se fije o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho".

El que tiene derecho a los alimentos sólo puede reclamar éstos, o sea, la pensión o cantidad que el Tribunal fije, pero es facultativo del obligado a prestarlos cumplir mediante la otra forma señalada. Así, si este obligado a prestarlos hubiese sufrido una reducción en su fortuna que le imposibilitase hacerlo sin desatender sus propias necesidades—art. 152, núm. 2—no podría el acreedor reclamar la otra forma de cumplimiento. Parece por ello que el precepto en cuestión contempla una "facultas alternativa".

i) Rezzonico, con referencia al Derecho argentino, señala el artículo 1.202, facultad de arrepentirse del contrato cuando se hizo con arras (234).

En cuanto al Derecho patrio, hay que acudir al artículo 1.454 del Código civil, que claramente establece "que si hubieren mediado arras o señal en el contrato de compraventa, podrá rescindirse el contrato allanándose el comprador a perderlas o el vendedor a devolverlas duplicadas".

La presunción general respecto a las arras en el contrato de compraventa a diferencia de la cláusula penal, es su carácter de penitenciales, y así, mientras no se pruebe que ha sido otra voluntad la de las partes (arras confirmatorias), se permite, con su entrega, desligarse del contrato. Por ello se ha visto un supuesto de obligación facultativa en el artículo 1.454 (235).

Las arras penitenciales se diferencian de la cláusula penal—artículo 1.153—en que mientras no se prueba que fue otra la voluntad de las partes, en aquéllas se trata de una entrega realizada y en esta figura de una prestación prometida. Ambos supuestos son considerados como obligaciones facultativas (236).

La Sentencia de 28 de diciembre de 1946, al separar la multa "penitencialis" de la cláusula penal, alude en el primer caso, a que "surge la obligación de pagar la cantidad señalada cuando existiendo la

(233) Ob. cit., pág. 451.

(234) Ob. cit., pág. 506, nota 101. También VAN WETTER, ob. cit., pág. 166, si bien parece referirse al Derecho Romano, objeto de su obra.

(235) CASSO, ob. cit. ROCA SASTRE, y PUIG BRUTAU, "Estudios de Derecho Privado", Tomo I, pág. 284.

(236) Ob. últ. cit. Sobre las arras puede verse además, QUINTANO RIPOLLÉS, "Las arras en el novísimo Derecho contractual", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, junio 1950, págs. 752 y sigs. MANUEL MUÑOZ GONZÁLEZ, "Arras penitenciales y arras confirmatorias", en *Boletín de la Justicia Municipal* 1948, pág. 250, aunque no aludan para nada a la cuestión que nos ocupa referente al tipo de obligación facultativa.

reserva del derecho de resolución a cambio de esa prestación pecuniaria, se hace uso de tal *facultad* por su titular”.

j) Colmo (237), Lafaille (238) y De Gásperi (239) señalan también al respecto el artículo 1.837 del Código civil argentino, referente al beneficiario de una donación sobre quien pesa la obligación de prestar alimentos al donante; que puede liberarse de esta obligación mediante la devolución de los bienes donados o de su valor, si los hubiese enajenado.

En nuestro Derecho puede ser revocada la donación “si el donatario niega indebidamente alimentos al donante” (art. 648, número 3) (240), y por ello debe sostenerse la negativa, a diferencia del Derecho argentino. En nuestra opinión, por el hecho de negar alimentos se produce la revocación de la donación, pero si el donatario está obligado legalmente a prestar alimentos no puede liberarse devolviendo la cosa, a no ser que ésta suprima la necesidad de los alimentos en el donante. Téngase en cuenta que pueden existir otras personas más obligadas a la deuda alimenticia, parientes obligados, por ello en la devolución de lo donado pudiera contemplarse un simple medio de cortar una reclamación. Aunque el supuesto de nuestro Código dista mucho de ser claro y preciso hay que concluir sosteniendo la opinión negativa.

k) Miccio alude al supuesto relativo de perecimiento de uno de los objetos deducidos en la obligación alternativa—arts. 1.289 y 1.290 del Código italiano—(241). Una obligación alternativa cuya elección corresponde al deudor se asemeja notablemente a una facultativa, siempre que el objeto “in obligatione” de ésta no perezca (242). Incluso Ennecerus (243) apunta que con el comienzo de la ejecución forzosa el derecho de elección se transfiere al acreedor que lo ejercita contra una cosa de la alternativa, quedando al deudor una “facultad alternativa”, pero esta concepción es discutida en la doctrina alemana y dista de ser clara (244).

Con relación al caso planteado debe tenerse en cuenta en el Derecho español que cuando la elección corresponde al deudor, tiene éste que indemnizar la última cosa o servicio, por lo que más que una facultad de sustitución debe hablarse de concentración.

l) Se cita como supuesto legal de obligación facultativa el con-

(237) Ob. cit., § 372.

(238) Ob. cit., pág. 112.

(239) Ob. cit., § 1107, donde dice: “de los ejemplos citados por COLMO, la única, a nuestro parecer, de tal carácter, es la del beneficiario de una donación...”.

(240) A. FUENMAYOR, “La deuda alimenticia del donatario”, en *Revista de Derecho Privado*, 1942, págs. 151 y sigts.

(241) Ob. cit., pág. 344.

(242) Más adelante, al separar las facultativas de otras figuras afines, trataremos esta cuestión más extensamente.

(243) Ob. cit., pág. 108, nota 14.

(244) POLACCO, “Le obbligazioni...”, pág. cit.

trato estimatorio (245) regulado en el artículo 1.557 del Código italiano. Nuestra legislación no regula expresamente esta figura jurídica, pero nada impide su existencia al amparo del principio de autonomía de la voluntad.

Por virtud de este contrato la persona que recibe la cosa mueble con su estimación, contrae la obligación de adquirirla dentro de un plazo determinado, con el derecho de retener la parte del precio que exceda a la estimación cuando la haya vendido, o la obligación de devolverla en caso contrario (246).

Se puede contemplar una facultad alternativa, ya que la prestación debida por el "accipiens" es una sola, el pago del precio (obligación pecuniaria) pero tiene facultad de liberarse restituyendo la cosa recibida. Hace notar Messineo que la obligación principal por ser dinero "nunquam perit" y por ello se palia el efecto de la obligación facultativa, ya que nunca se podrá producir la liberación del deudor por perecimiento de la cosa principal (247).

m) Baudry-Lacantinerie (248) alude al supuesto de rehúse de aceptación de una letra de cambio. En este caso el librador queda obligado con relación al tenedor a afianzar, a no ser que prefiera el reembolso con los gastos (art. 120 del Código de comercio francés). Pero nuestro artículo 481 parece contemplar una obligación alternativa en favor del acreedor (249).

n) Otro ejemplo de Derecho Mercantil se encuentra en algunas figuras de contratos bursátiles con premio (250).

Con relación al Derecho español, el artículo 32 del Reglamento de la Bolsa de Madrid regula esta clase de operaciones, *facultando* al tomador (comprador) para abandonar el contrato, mediante el pago de la prima. Señala Garrigues (251) que el concepto de operaciones con prima es más amplio y abarca todos los contratos bursátiles a plazo, en los cuales un contratante, mediante el pago de una prima, se reserva el derecho de apartarse de la ejecución del contrato. El mismo autor citado señala que debe contemplarse en estos casos un contrato con cláusula penal (252) y ello confirma la tesis de una obligación facultativa.

ñ) Aún señalan los autores supuestos más raros regulados en la ley en que puede vislumbrarse la obligación con facultad alternativa. 1.º, Enneccerus (253) alude a las obligaciones en que se proyecta una prestación de un tercero, aquellos supuestos en que el deudor

(245) MESSINEO, "Manual...", pág. cit.

(246) JOAQUÍN GARRIGUES, "Curso de Derecho Mercantil", Tomo II, Madrid 1940, pág. 158.

(247) MESSINEO, ob. cit., pág. cit.

(248) Ob. cit., pág. 215.

(249) Así parece deducirse del tenor literal: "tendrá derecho el tenedor... a exigir que afiancen a su satisfacción el valor de la letra o depositen su importe, o le reembolsen con los gastos de protesto y recambio...".

(250) MESSINEO, "Manual...", pág. cit. "Istituzioni...", págs. 437 y 493.

(251) Ob. cit., pág. 206. Sobre las clases, pág. 207.

(252) *Ibidem*, pág. 208.

(253) Ob. cit., pág. 173, nota 11.

mismo tiene que cumplir, pero siendo admisible el cumplimiento por persona determinada (254). 2.º, En Italia, en algunos arrendamientos agrícolas, el colono se obliga a pagar en determinada fiesta o época del año productos de la tierra o de la industria agrícola, que a falta de prestación “in natura” se sustituye por una suma de dinero (255). 3.º, Se ha llegado a afirmar que el deber de prestación que incumbe al deudor en toda prestación constituye una simple facultad alternativa—Sohm y Brunetti—, pero este criterio es combatido por Barassi (256), que claramente indica que el deudor es siempre libre—su voluntad es incoercible—de escoger la vía que prefiera. El deudor debe prestar si quiere cumplir, esto es, si quiere evitar que el Estado llamado por el acreedor expropie sus bienes. La tesis de Brunetti, a juicio de Barassi, desconoce el carácter coercible de la obligación en su aspecto abstracto y teórico (257). 4.º, Incluso Polacco (258), en su esfera amplia de la dación en pago, llega a encontrar un supuesto del “aliud pro alio” en el Derecho penal, citando, a este respecto, el artículo 67 del Código penal sardo de 1859. La multa, en caso de impago, se conmuta en cárcel a razón de un día por cada tres liras dejadas de abonar, sin que la privación de libertad puede exceder de los dos años. La obligación del condenado consiste en pagar la multa, que es precisamente la pena impuesta. Todas las reformas del legislador español han tenido por objeto evitar el impago y hacer de peor condición al pobre que al solvente, pero al final de esta evolución legislativa, de la que no es caso ocuparse aquí, como el arresto sustitutorio por impago de multa también cobijado por la condena condicional—número 3.º del artículo 93 del Código penal español—, no deja de prestar ventajas la insolvencia.

El cumplimiento de esta obligación subsidiaria—son palabras del párrafo segundo del artículo 91 del Código penal patrio—extingue la obligación del pago de multa aunque el reo mejore de fortuna, y ello podría hacer pensar en una obligación facultativa, si no fuese porque el Tribunal sentenciador puede exigir esta responsabilidad subsidiaria. ¿Dónde está la obligación con “facultas alternativa”? Por si ello fuera poco, piénsese que el objeto principal—dinero—“nunquam perit”, y se llegará a confirmar más aún la solución adoptada aquí.

VII. ANALOGIA Y DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS AFINES

1. *La obligación alternativa.*

A. Introducción.—Ya hemos visto, al tratar de la colocación sistemática, cómo la mayoría de los tratadistas sitúan las obligacio-

(254) PÉREZ Y ALGUER, ob. cit., pág. 175. Consideran estos supuestos aplicables al Derecho español.

(255) MICCIO, ob. cit., pág. 343.

(256) “La teoría...”, cit., pág. 73.

(257) *Ibidem.*

(258) “Della dazione...”, pág. 8.

nes facultativas junto a las alternativas, y señalábamos allí que las causas de ello obedecían a la tradición, a ser más estudiadas éstas, pero también a su evidente analogía cuando la elección correspondía al deudor.

Esta idea trasciende a los Códigos, y así, bajo la rúbrica común de obligaciones alternativas y facultativas, el Código civil de Costa Rica dedica a éstas los tres últimos artículos del epígrafe, y el de Filipinas, el postrero.

La misma designación "facultad alternativa" presenta semejanzas terminológicas, y ello corrobora lo ya expuesto.

B. Analogías.—De hecho, a veces se confunden ambas obligaciones (259) por ser figuras próximas (260). Los efectos de las facultativas son semejantes a las alternativas en los supuestos que el objeto "in obligatione" no perezca. Se produce así la liberación con el cumplimiento de la prestación elegida por el deudor (261) hasta el extremo de que no existe verdadera obligación alternativa cuando las dos o más prestaciones deducidas en la obligación sean idénticas. Existirá entonces obligación facultativa o de género (262).

Esta analogía se evidencia más si se tiene en cuenta que en ambas clases de obligaciones el título o instrumento al designar el objeto incluye dos o más prestaciones. De ahí la indudable similitud exterior (263), pues del contrato derivan dos obligaciones distintas, pero disyuntivas, y no puede pactarse el cumplimiento de ambas (264).

Machado se pregunta en qué se diferencia una obligación cuando prometo entregar una casa o una estancia, de cuándo me obligo a entregar mi casa con la facultad de reemplazarla con mi estancia (265).

En la obligación alternativa lo más frecuente es que la elección esté atribuida al deudor y esta elección se ejercita solamente (266) realizando la efectiva prestación, pues si pudiese hacer la elección con anterioridad al pago o cumplimiento tendría el deudor una facultad más amplia que la de sustituir la prestación, ya que supondría novarla y desde tal momento, el acreedor no tendría derecho al objeto principal, sino al que le sustituyese en este carácter. Este caso aproxima notablemente la obligación que nos ocupa a la alternativa con elección de deudor (267).

C. Diferencias.—Estas analogías no excluyen notables y destacadas diferencias. Ya Pothier (268) señaló que no debían confundirse con las alternativas, "las contratadas con la cláusula de poder pagar

(259) VALVERDE, ob. cit., pág. 69.

(260) HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., pág. 154.

(261) MESSINEO, "Manual...", cit., pág. 429.

(262) *Ibidem*.

(263) REZZONICO, ob. cit., pág. 506.

(264) BORREL Y SOLER, ob. cit., pág. 127.

(265) Tomo II, pág. 373.

(266) Ver *supra* lo referente a efectos de las obligaciones facultativas, IV, 2.

(267) PUIG BRUTAU, ob. cit., págs. 227 y 228.

(268) Ob. cit, Tomo I, pág. 189.

cierta cosa en lugar de la debida”, que no son otra cosa que las actuales facultativas, aún no “bautizadas” por Delvincourt. Las diferencias sustanciales se refieren a la extensión de las potestades del acreedor y de los correlativos derechos del deudor, al régimen de riesgos y a las condiciones de validez jurídica (269).

La diferencia se suele expresar según la fórmula tradicional de las escuelas (270), indicando que en la facultativa “una res in obligatione, plures in facultate solutionis”, mientras que en la alternativa “plures sunt in obligatione, una autem in solutione”; pero ello no resulta muy exacto, pues en la primera los dos objetos están enunciados en la obligación y el pago sólo se realiza con uno de ellos, en la alternativa no son varias prestaciones, sino posibilidades de prestación. De todos modos la frase latina ha quedado. Se puede concluir que en la facultativa sólo un objeto es debido, en la alternativa todos son debidos (271) y por ello Windscheid manifiesta que en el supuesto de una obligación de contenido determinado en que el obligado tenga la facultad de liberarse con otra prestación, ésta no se encuentra “in obligatione”, sino sólo “in solutione” (272).

Con precisión ha señalado Albaladejo (273) que en la obligación facultativa se debe una prestación individualizada, mientras que en la alternativa no está individualizada.

Como consecuencia de lo expuesto, la naturaleza de la facultativa queda determinada desde el principio, como ocurre con las simples (274), porque la multiplicidad no se deduce de la facultativa (275), mientras que en las alternativas sólo puede determinarse su naturaleza después de la elección.

En las alternativas todos los objetos son debidos o pueden llegar a serlo cuando cese la incertidumbre por el fenómeno de la *concentración*, mientras que en las facultativas sólo una prestación es debida, exigible por el acreedor, la otra aparece sólo como facultad del deudor para liberarse con su cumplimiento, pero sin que le pueda ser exigida.

Las consecuencias son fácilmente previsibles: 1.º La obligación facultativa es nula cuando lleva un vicio inherente a la cosa debida, a diferencia de la alternativa, que han de ser nulas todas las prestaciones para anular la obligación. 2.º La facultativa se extingue cuando perezca el objeto “in obligatione”, a diferencia de la alternativa, en que la desaparición de un objeto concentra en los otros la obligación. 3.º En la facultativa el acreedor sólo puede pedir la cosa debida, mien-

(269) REZZONICO, ob. cit., págs. 506 y 507.

(270) RUGGIERO, “Istituzioni...”, pág. 100. POLACCO, “Le obbligazioni...”, pág. 113.

(271) POTHIER, ob. cit., pág. cit.

(272) Ob. cit., pág. 19 y nota 5.

(273) Ob. cit., pág. 504.

(274) BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., núm. 1.051. GIORGI, pág. 458. POLACCO, “Le obbligazioni...”, págs. 113 y sigts. MESSINEO, “Manual...”, página 429. DE GÁSPERI, § 1107. BURÓN, pág. 474. VALVERDE, pág. 69. DE DIEGO, página 159.

(275) MESSINEO, ob. últ. cit., pág. cit.

tras que en la alternativa con derecho de elección a su favor puede pedir cualquier objeto.

D. Dificultades prácticas.—De todas formas, esto que desde un punto de vista teórico resulta evidente en el terreno práctico, no deja de presentar dificultades. La incertidumbre acerca de si una concreta obligación es alternativa o facultativa se debe tanto a la similitud de situaciones, cuanto a las defectuosas formas de ciertos contratos o cláusulas testamentarias (276) y al descuido de las partes por caracterizar debidamente la obligación (277).

En estos casos debe recomendarse un minucioso análisis del texto y de las circunstancias (278), acudiendo a las reglas de interpretación (279) para determinar la voluntad de los contrayentes o del testador, lo cual representa un arduo problema (280).

E. Resolución legislativa de los casos dudosos.—Cuando fracasa la hermenéutica y no bastan las reglas de interpretación, el legislador suele resolverlo, pero de modo no uniforme.

Por una parte, los Códigos civiles de Argentina —arts. 685—, Colombia —art. 1.564—, Chile —art. 1.507—, Ecuador —art. 1.497—, El Salvador —art. 1.378— y Uruguay —art. 1.359—, además del Proyecto de Freitas, del de Biliboni y del de 1936 se inclinan en favor de la alternativa, mientras que los textos civiles de Costa Rica —art. 661— y Perú —art. 1.119—, además del Proyecto de Enrique Azarola —artículo 2.349— (281) lo hacen a favor de la facultativa.

Por el criterio del “favor debitoris” debe preferirse la facultativa (282), y así lo entienden Colmo (283) y Lafaille (284), pero Gallí y Salvat (285) opinan de modo contrario, el primero, en base de que las obligaciones se contraen para cumplirse y “es más jurídica la solución que facilita la extinción de la obligación por el cumplimiento, que la que prefiere la extinción por imposibilidad” (286), y el segundo, estimando que los casos o supuestos en que el título de la obligación designa más de un objeto, lo normal es que el deudor goce de una

(276) LAFAILLE, ob. cit., pág. 125.

(277) DE GÁSPERI, § 1107.

(278) *Ibidem*.

(279) GIORGI, ob. cit., pág. 458. CASTÁN, ob. cit., pág. cit.

(280) ROTONDI, ob. cit., págs. 319 y 320. BARASSI, “La teoría...”, pág. 249, siguiendo a CONDIÁN, atiende al interés del acreedor, si se satisface con una de las prestaciones, la obligación debe estimarse alternativa, si el interés inicial se refiere a una sola, hasta el extremo de dar una importancia subordinada a la otra, debe considerarse facultativa. Ver también RUIZ GALLARDÓN, ob. citada, pág. 77.

(281) FUEYO LANERI, “Derecho civil”, Tomo IV, Santiago de Chile 1958, página 178, comentando el artículo 1.507 del Código civil chileno, señala que “es una regla en favor del acreedor, por cuanto entraron en juego mayor número de cosas y el riesgo no resultará de una sola, que es la única debida en la obligación facultativa”.

(282) GIORGI, ob. cit., pág. 458. DÍAZ PAIRÓ, ob. cit., pág. 56.

(283) Ob. cit., núm. 382.

(284) Ob. cit., pág. cit.

(285) “Obligaciones en general”, 4.^a ed., 1941, núm. 610.

(286) Citado por REZZONICO, ob. cit., pág. 511.

facultad de sustitución en las condiciones que caracterizan la obligación alternativa.

En el orden procesal, sostiene Enneccerus (287) que el deudor que alega la facultad alternativa tiene que probarla porque encierra una excepción modificativa de la pretensión, mientras que la afirmación de la alternatividad es una negación de la acción, pero este criterio no resuelve la duda, pues menos significa una modificación de la acción que una negación.

En cuanto a nuestro Derecho civil, estimamos que en caso de duda debe preferirse la alternatividad, que es la regulada por el Código civil, la obligación más extendida y quien afirma lo excepcional, o sea, la "facultas alternativa", ha de probarla. Las consecuencias no agravan la situación del deudor, salvo que aquí el perecimiento no le libere, pues queda otro objeto "in obligatione", pero en definitiva se equiparan en sus consecuencias, esto es, en la *elección*.

2. Obligaciones con cláusula penal.

Obligaciones con cláusula penal son aquellas en que se estipula una prestación, generalmente pagar una suma de dinero, a cargo del deudor y a favor del acreedor para el caso de que aquél no cumpla lo que le incumbe o al cumplir contravenga el tenor de la obligación (288).

Esta cláusula penal presenta una doble finalidad: sancionar el incumplimiento o el cumplimiento inadecuado de la obligación y evaluar por anticipado los perjuicios que al acreedor habrá de ocasionarle dicho incumplimiento. Tienen de común estas obligaciones y las facultativas en que en ambas sólo un objeto es debido, y si éste perece por caso fortuito se extinguen (289). Se diferencian en que en la cláusula penal no se deja al arbitrio del deudor la posibilidad de liberarse de la obligación cumpliendo la pena (290), pues lo que lleva ínsito esta cláusula es una sanción para el incumplimiento o para el retardo (291). Mientras que en la facultativa existe una obligación única y una simple "facultas solutionis", la cláusula penal supone una segunda obligación más gravosa, condicionada al incumplimiento de la primera (292).

El deudor de la obligación con cláusula penal no puede, en principio, o sea, si no le está reconocido por pacto, liberarse de la obligación principal cumpliendo la pena, pues, a falta de este pacto, no puede presumirse así la voluntad de las partes (293).

Nuestro Código civil señala en el artículo 1.153 que "el deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en

(287) Ob. cit., pág. 115.

(288) CASTÁN, ob. cit., Tomo II, 6.ª ed., pág. 502, siguiendo a CASSO.

(289) MESSINEO, "Manual...", cit., pág. 431.

(290) ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, "Estudios...", pág. 272.

(291) MESSINEO, "Istituzioni...", pág. 437.

(292) ALVARO D'ORS, ob. cit., pág. 22. LAFAILLE, ob. cit., pág. 123, nota 151.

(293) ENNECCERUS, ob. cit., pág. 189.

el caso de que *expresamente* le hubiese sido reservado este derecho". Por ello el deudor no puede obligar al acreedor a recibir en lugar del objeto de la obligación el cumplimiento de la pena, porque ésta no es debida más que de modo accesorio, o sea, sólo cuando la obligación principal no se ha cumplido, ya que queda al acreedor la facultad de pedir la ejecución cuando ésta es posible (294). Además, a diferencia de la facultativa, aquí el acreedor tiene derecho a exigir la pena o prestación accesorio, pero este derecho está *condicionado* a que el deudor no cumpla la obligación (295).

Finalmente, cuando el deudor en la obligación con cláusula penal tiene concedido *expresamente* el derecho de cumplir prestando la pena, no existe tal cláusula penal, que se ha desnaturalizado, y lo que queda en su lugar en una obligación facultativa. Así lo entienden Van Wetter (296), Roca (297), Espín Cánovas (298) y Castán (299).

3. La dación en pago.—La "datio in solutum" es un modo de extinción de la obligación al igual que ocurre con el pago o cumplimiento; pero mientras el pago supone la realización de la prestación debida, mediante la dación en pago, la obligación se extingue al ser ejecutado un *aliud*, prestación distinta del objeto de la obligación (300). Las analogías de esta figura con la obligación facultativa aparecen claras si se tiene en cuenta que en ésta no es la obligación misma la facultativa, sino la dación en pago la que tiene este carácter (301). Por ello, Grosso apunta en relación con la "facultas alternativa" la posibilidad de una "datio in solutum" preventiva y consentida del acreedor (302). Puig Brutau, por su parte, considera la facultad de sustitución como una autorización previa para extinguir la obligación por dación en pago (303).

Una concepción amplia de la "datio in solutum" y como consecuencia más impropia (304) comprendería la dación voluntaria y la necesaria, faltando así uno de los requisitos indispensables cual es la voluntariedad del acto. Polacco mantiene esta tendencia y bajo la rúbrica de dación en pago *necesaria* (305) incluye los casos en que se

(294) BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., pág. 487. ESPÍN CÁNOVAS, "La cláusula penal en las obligaciones contractuales", *Revista de Derecho Privado*, marzo 1946, pág. 151.

(295) DE GÁSPERI, ob. cit., pág. 444.

(296) Ob. cit., pág. 157.

(297) Ob. últ. cit., pág. cit.

(298) Ob. cit., pág. cit.

(299) Ob. cit., pág. 503, quien añade que el supuesto de multa de arrepentimiento se aproxima a la obligación facultativa.

(300) CASLOS R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "Naturaleza jurídica de la dación en pago", ANUARIO DE DERECHO CIVIL, julio-septiembre 1957, págs. 753.

(301) VAN WETTER, ob. cit., pág. 216.

(302) Ob. cit., pág. 229.

(303) Ob. cit., pág. 228. ALBALADEJO, ob. cit., pág. 503, nota 1: "La obligación facultativa consiste en la posibilidad de una dación en pago de'ada a la voluntad del deudor".

(304) JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, "El cumplimiento de las obligaciones", Madrid 1956, pág. 363.

(305) "Della Dazione...", pág. 33.

produce la prestación del “aliud por alio” “invito creditoris, debitoris” o entrambos. Casos como éstos pudieran contemplarse en la ejecución forzosa, en el deterioro de la cosa debida, en la obligación facultativa, etc. (306).

Así ha podido configurarse la “facultas alternativa” como dación en pago, porque si bien es cierto que el acreedor ha consentido desde el principio en recibir la cosa puesta “in facultate solutionis”, el recibirla no era un derecho para él, puesto que nunca había podido pedirla, no importando que el consentimiento del acreedor se hubiera manifestado desde el principio (307).

Mas a pesar de lo reseñado aparecen claras las diferencias entre ambas figuras. En la obligación facultativa la posibilidad de elección existe desde el momento mismo del nacimiento de la obligación y depende *unilateralmente* del deudor, mientras que en la dación en pago depende del acuerdo entre acreedor y deudor (308). O sea, este acuerdo es contemporáneo en la “facultas alternativa” a la constitución del vínculo obligatorio, al paso que en la “datio in solutum” tiene lugar en el momento del pago o cumplimiento por asentimiento del acreedor para que el deudor se libere por la realización de una prestación distinta (309).

En el moderno Derecho español ha desaparecido el beneficio de “datio in solutum” forzosa que la Novela 4.^a del Capítulo III otorgaba al deudor en determinados supuestos (310). Los autores citan, además de la facultativa, algunos supuestos ciertamente dudosos (311).

En la dación en pago la extinción de la obligación se produce no mediante el cumplimiento de la prestación inicialmente debida, sino a través de la realización de un “aliud”. La obligación de realizar este “aliud”, dependiente por naturaleza de la obligación inicial, se antepone a ésta por lo que a su ejecución se refiere. Establecida la dación en pago, el deudor está obligado a realizar el “aliud” y podrá ser condenado a ejecutarlo, el acreedor se ve constreñido a recibirlo.

La dación en pago impone, pues, al deudor, el deber de ejecutar la prestación convenida en lugar de la debida, y como no le concede la simple posibilidad de realizar el “aliud” no se identifica con la facultativa (312).

Römer y Bendorff —que configuran la dación en pago como un contrato real— sostienen que el convenio de “in solutum datio” esta-

(306) BELTRÁN DE HEREDIA, ob. cit., pág. cit.

(307) JUAN LATOUR BROTONS, “Notas sobre la dación en pago”, en *Revista de D. Privado*, julio-agosto 1953, pág. 635.

(308) MESSINEO, “Manual...”, pág. cit. “Istituzioni...”, pág. 437.

(309) DE GÁSPERI, ob. cit., Vol. III, pág. 73. LAFAILLE, ob. cit., pág. 123: “El deudor debe una prestación, pero se libera prestando otra determinada de antemano sin que el acreedor necesite prestar su conformidad”.

(310) CARLOS R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, ob. cit., pág. 755. También ha desaparecido en el Derecho argentino. Ver DE GÁSPERI, ob. cit., pág. 73.

(311) CARLOS R. FERNÁNDEZ, ob. cit., pág. cit., el artículo 1.827 del Código civil.

(312) *Ibíd.*

blece una “facultas alternativa” en favor del deudor—cuando éste puede cumplir la obligación con la realización de un “aliud” para extinguir la relación obligatoria—(313); pero esta tesis desconoce el carácter unitario de la institución, niega su independencia dogmática e ignora los rasgos peculiares que claramente la diferencian de otras figuras jurídicas. Un contrato en el que se establezca que el deudor *puede* realizar una prestación distinta de la debida, o bien que el acreedor puede exigirla (sin venir obligado a recibirla), no podrá en modo alguno considerarse como un convenio de dación en pago (314). Concluimos con Miccio (315), señalando que en la obligación facultativa el deudor tiene desde el principio asegurada la posibilidad de recurrir a la “datio in solutum”, que podría obtenerse convencionalmente en el momento de exigirse la prestación, pero que resultaría aleatoria en cuanto podría ser rechazada por el acreedor.

4. *Las obligaciones accesorias.*

Según Casso, obligaciones accesorias son aquellas que preparan otra principal o dependen de ella, y añade que el objeto que se debe por sí mismo es causante y determinante de la obligación, originando la principal, pero la prestación debida por consideración o como secuela de otra determinante para su cumplimiento o garantía motiva la obligación accesoria (316).

Estas obligaciones pueden ser: por su origen, voluntarias y legales; y por su finalidad, complementarias (entrega de títulos en las compraventas) y de garantía (pignoraticia, hipotecaria, anticrética); y por último, atendiendo a la manera de exigirlas, subrogantes (que sustituyen a la principal incumplida) y adjuntas (que se cumplen juntamente con la principal) (317).

Nuestro Código civil, siguiendo el precedente de las Leyes de Partidas y el modelo del Código francés, prescinde de estas obligaciones, de las que se ocupan los autores (318). En cambio, el Código civil argentino se ocupa de las accesorias y las define en el artículo 523: “De dos obligaciones una es principal y otra accesoria, cuando la una es la razón de la existencia de la otra”. Así, la principal tiene existencia propia, la accesoria depende de la existencia o validez de aquélla (319).

Si se atiende a la prestación podría configurarse la obligación facultativa como una obligación simple, acompañada de una accesoria, y así, la nulidad de la primera extinguiría la segunda, mientras que la nulidad de la facultativa no influiría sobre la prestación principal.

(313) *Ibídem*, nota 150.

(314) *Ibídem*.

(315) *Ob. cit.*, pág. 342.

(316) *Cit. por CASTÁN*, *ob. cit.*, págs. 473 y 501.

(317) *Ibídem*, pág. 501.

(318) TOULLIER, *ob. cit.*, Tomo VI, pág. 499. AUBRY Y RAU, *ob. cit.*, Tomo IV, § 304.

(319) REZZONICO, *ob. cit.*, pág. 99.

Constituiría la prestación “in facultate solutionis” una prestación accesoria, voluntaria y subrogante en la aludida clasificación; por ello, la mayoría de los tratadistas (320) llaman al objeto “in obligatione”, principal, y al que se encuentra “in facultate solutionis”, accesorio.

Ahora bien, si se contempla el vínculo se observa que existe una única obligación y esa “única” obligación fija un objeto o prestación como exigible, pero permite al deudor sustituirlo por otro preventivamente fijado.

Así lo atestigua la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1957, que separa la obligación facultativa de la accesoria, señalando que en el caso enjuiciado la devolución del capital prestado, que es el objeto de la obligación principal, permanece único e invariable, no sustituible por la prestación de hipoteca e intereses, que no actúa como objeto distinto, sino como complemento y elemento accesorio y conjunto de la obligación principal (321).

Concluimos, por tanto, señalando que existe una sola obligación y la accesoriidad se refiere al objeto “in facultate solutionis”.

5. *Obligación suspensiva potestativa del deudor.*

Messineo (322) separa la “facultas alternativa” de la obligación suspensiva, potestativa, dejada a la voluntad del deudor.

El artículo 1.115 del Código civil español establece que “cuando el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula”. En la obligación facultativa no queda al arbitrio del deudor la subsistencia y validez del vínculo obligatorio, pues éste ha surgido y con plena eficacia, lo único que se ha señalado —por ley o por voluntad— es que el deudor obligado puede cumplir prestando un objeto distinto, fijado de antemano. El acreedor no puede exigir su cumplimiento, pero el deudor se libera con dicha prestación.

6. *Obligación de género.*

Se ha pretendido encontrar analogías con la obligación genérica, indicándose que, cuando las prestaciones, dos o más señaladas en la obligación, sean idénticas, no existirá nunca obligación alternativa, sino obligación de género o facultativa (323). Ciertamente que en la obligación genérica tiene el deudor mayor margen de cumplimiento que en la específica, ya que puede elegir dentro del género sin traspasar los

(320) Ver *supra* IV. Caracteres y efectos.

(321) Un comentario de esta Sentencia, de la que fue ponente don Celestino Valledor, puede verse en R. de D. Privado, julio-agosto de 1957, páginas 775 y 776. Al tratar de la jurisprudencia patria sobre las obligaciones facultativas, desarrollaremos más esta resolución.

(322) “Manual...”, cit. pág. últ. cit.

(323) *Ibidem*.

límites que la Ley le traza (324). El artículo 1.167 del Código civil señala que “cuando la obligación consiste en entregar una cosa indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior ni el deudor entregarla de la inferior”.

Por otra parte, en las obligaciones genéricas rige el principio “genus numquam perit”, lo que implica que el riesgo de perecimiento no lo soporta el acreedor—art. 1.182 a contrario sensu, en relación con el artículo 1.452—.

Certeramente ha mantenido Hernández Gil (325) que el género no es prestación y por tanto no existe pluralidad de prestaciones en la genérica como existen en la alternativa y en la facultativa del lado del deudor.

Saleilles (326) ha indicado con relación a las obligaciones de género que hasta tanto el deudor tenga especializado el objeto nada es concretamente debido. Cuando se ha producido la elección, el objeto elegido queda fijado, la elección es irrevocable y la obligación considerada como simple, pero en la obligación facultativa el objeto o prestación aparecen determinados inicialmente (327).

7. Otros supuestos.

Los otros casos de aparentes analogías aún resultan más extraños. Así la novación tácita objetiva, que supone la extinción de una obligación mediante la creación de otra nueva destinada a reemplazarla. Mas fácilmente se comprende que en la obligación facultativa no se produce la extinción de una obligación y la creación de otra, el objeto debido no cambia y sólo se permite al deudor “ab initio” cumplir prestando un objeto distinto, pero preventivamente señalado.

El único problema, ajeno a esta cuestión, consiste en determinar si la transformación de una obligación simple en facultativa o la inversa suponen novación.

Azurza (328) señala en estos supuestos, cuando al objeto “in obligatione” se añade o suprime la “facultas alternativa”, que el deudor no está obligado a más, el acreedor no puede exigir nada nuevo y la nueva facultad reviste simplemente el carácter de una facilitación al deudor. Sería arbitrario, dice el autor citado, contemplar un “animus novandi” en estos casos (329).

(324) CASTÁN, ob. cit., pág. 496.

(325) ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, en explicación de Cátedra “Apuntes de clase”, editados por el S.E.U. Derecho Civil, 3.^a Lección, año 1950.

(326) RAYMOND SALEILLES, “Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour L'Empire allemand”, 2.^a ed., París 1901, pág. 10.

(327) TOULLIER, ob. cit., pág. cit.

(328) P. J. AZURZA, “Notas sobre la novación”, *Revista de D. Privado*, julio-agosto de 1950, págs. 608 y 609.

(329) *Ibidem*, nota 64. Dicha tesis aparece abonada por GIORGI, BAUDRY-LACANTINERIE Y ANDREOLI. “La novazione tácita objetiva”, por algunas senten-

A este respecto debemos distinguir la pérdida de la "facultas alternativa" de su creación posterior. El primer caso no supone novación, pues ni cambia el objeto debido, ni la exigibilidad, y con lo que va a cumplir el deudor es con la prestación debida "in obligatione"; pero el segundo caso, por su aproximación a la dación en pago, no resulta tan claro, sobre todo ante la inorgánica manera de concebir el instituto novatorio nuestro Código civil. Ahora bien, de aceptarse la tesis de que la facilitación al deudor no supone novación no habría inconveniente en admitirlo.

El otro supuesto resulta aún más difícil de concebir en cuanto a sus analogías con la obligación facultativa (330).

VIII. FACULTAD ALTERNATIVA EN FAVOR DEL ACREEDOR

Solamente los escritores germánicos se han ocupado, por lo general, de esta figura, que en los países latinos no ha tenido eco ni aceptación.

Mantuvieron la existencia de la "facultas alternativa" en favor del acreedor: Regelsberger, Langhneineken, Litten, Herzberg (331) y Oertmann (332). Siber empezó negando su existencia, pero la admitió en sus últimas obras; Molitor se mantuvo escéptico y Pescatore negó el concepto de la facultad alternativa del acreedor (333).

Los Códigos civiles de los países americanos de lengua española se ocupan—los que hemos visto—de las obligaciones facultativas a favor del deudor, que suelen ser los estudiados por los tratadistas latinos—franceses, italianos, españoles, etc.—. Rotondi (334) atribuye siempre la elección al deudor, a diferencia de las alternativas en que puede corresponder al acreedor y en idéntico sentido se pronuncia Rodríguez-Arias (335).

La figura carece de mayor trascendencia y como ha puesto de relieve Hernández Gil (336) la obligación equivale a la alternativa, por-

cias de nuestro Tribunal Supremo, de las que se desprende, así lo parece al menos, que la simple facilitación al deudor no supone novación.

(330) Se refiere al precontrato. S. MORO LEDESMA, "El precontrato, notas para su estudio", en *R. Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1934, pág. 254, señala, siguiendo a GELLER, que dicha obligación (la facultativa) nacida de un contrato perfecto es totalmente ajena a la finalidad de un "pactum de contrahendo".

(331) Citados por ENNECERUS, ob. cit., pág. cit. y CASSO, ob. cit.

(332) PAUL OERTMANN, "Das Recht der Schuldverhältnisse", Berlín 1899, § 262, II, 2, G.

(333) Sobre este problema puede verse GESRHEIN, "Die Ersetzungsbefugnis im deutschen bürgerlichen Recht", 1906, págs. 52 y sigts. ENNECERUS, obra cit., § 20, II nota 5. LARENZ, ob. cit., pág. 319.

(334) Ob. cit., pág. 319.

(335) LINO RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, "Derecho de obligaciones según los Códigos civiles y la Jurisprudencia española y panameña", Madrid 1965, pág. 147.

(336) "Derecho de obligaciones", cit., pág. 156.

que entonces el deudor, en rigor, en todo momento adviene obligado a realizar una de las dos (o más) prestaciones.

En nuestra patria, que sepamos, sólo Casso (337) y los anotadores de Enneccerus, Pérez y Alguer (338) se han ocupado de esta figura.

Lo más peculiar de la facultad alternativa del acreedor radica, a diferencia de la obligación facultativa normal, en que en ésta el objeto sustituido nunca es debido, pero en aquella que se autoriza al acreedor por Ley o negocio jurídico a exigir en lugar de la prestación estipulada en sí, otra prestación; desde que el acreedor pide la prestación sustituta, ésta es debida ya.

La única separación con relación a la obligación alternativa con elección del acreedor se establece con referencia a los riesgos. Si la cosa debida se perdiera fortuitamente, el acreedor no puede exigir la otra prestación, pues toda relación jurídica se ha extinguido.

La cosa juzgada respecto al objeto principal se extiende también al objeto sustituto (339) y el acreedor puede ser puesto en "mora accipiendi" de la prestación debida en virtud del ofrecimiento de una de ellas (340).

En principio sólo se adeuda una prestación, pero el acreedor, mediante una declaración expresa, puede exigir otra en su lugar. Tal declaración del acreedor tiene una significación jurídicamente configuradora, y en tanto no se hace dicha manifestación, puede el deudor realizar el cumplimiento mediante la prestación a que únicamente esta obligado (341). Así, pues, no se necesita, como en la alternativa, separar la declaración del acreedor, cuando a éste corresponde la elección, ya que la prestación debida no está relativamente indeterminada, sino determinada desde el principio, como ha quedado dicho. La declaración del acreedor es únicamente necesaria cuando quiera producir una modificación de la realización obligatoria (342).

Como casos legales en el Derecho alemán se citan los § 249, párrafo 2.º, 843, párrafo 3.º, y 915 (343) y también los § 844, párrafo 2.º, 845 y 1.580, párrafo 2.º (344).

Se ha señalado también que si el acreedor exigió la prestación accesorio, puede, no obstante, reclamar la principal mientras el deudor no se preste a efectuar aquélla (345). Sin embargo, puede haber casos en que el hecho de reclamar la prestación principal después de haberse exigido la otra, constituye una infracción a las normas de la buena fe, principalmente cuando la otra parte haya hecho preparativos para aceptar o realizar la prestación ofrecida (346).

(337) Ob. cit., voz: "Facultas alternativa".

(338) Ob. cit., pág. cit.

(339) CASSO, ob. cit. ENNECCERUS, ob. cit.

(340) *Ibidem*.

(341) LARENZ, ob. cit., pág. 172.

(342) *Ibidem*.

(343) ENNECCERUS y LARENZ, obs. cits.

(344) Sólo ENNECCERUS.

(345) TUHR, ob. cit., pág. 57.

(346) *Ibidem*.

El Código civil del Perú, en su artículo 1.200, permite configurar una transformación de una obligación facultativa en una obligación de este tipo, pero con "facultas alternativa" del acreedor, cuando el obligado es omiso en realizar la elección. Dice así el artículo citado: "si el deudor es omiso en hacer la elección, el juez le señalará un plazo para que se cumpla con hacerla y si vencido este plazo el deudor se mantuviere en la omisión, la elección corresponderá al acreedor".

Incluso Casso (347) señala como "facultas alternativa" del acreedor en el Derecho español el derecho del propietario de una cosa mueble, unida a otra principal, a exigir en lugar de la indemnización, la separación, aunque la cosa principal sufra algún detrimento, cuando la cosa unida para el uso, embellecimiento o perfección es mucho más preciosa que la cosa principal (art. 378, párrafo 2.º).

IX. LAS OBLIGACIONES FACULTATIVAS EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. *Posición doctrinal.*

Nuestros antiguos tratadistas, por lo general, no aludían en sus obras a las obligaciones facultativas (348), si bien no faltan algunos que se ocupen de ellas, aunque someramente (349).

Ya en obras más recientes se alude al tema (350), aunque no

(347) Ob. cit., lugar cit.

(348) No se ocupan de ellas: BENITO GUTIERREZ FERNÁNDEZ, "Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español", Tomo IV, 2.ª ed., Madrid 1871. MALUQUER, "Manual de Derecho civil español", Barcelona 1875. MODESTO FALCÓN, "Exposición doctrinal del Derecho civil español común y foral", Salamanca 1878. PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA y JUAN MANUEL MONTALBÁN, "Elementos de Derecho civil y penal de España", Madrid 1881. SALVADOR DEL VISO, "Lecciones elementales del Derecho civil", 5.ª ed., Tomo III, Valencia 1884. NICOLÁS DE PASO y DELGADO, "Derecho civil español conforme al Código de 1889", Madrid 1890. JULIO OTERO y VALENTÍN, "Tratado elemental del Derecho de Obligaciones según el libro IV del Código civil español", Valladolid 1893. Q. MUCIUS SCAEVOLA, "Código Civil comentado y concordado extensamente con arreglo a la edición oficial", Tomo XIX, Madrid 1902. FRANCISCO DE LA ESCOSURA y MATHEU, "Derecho civil", Tomo I, Madrid 1911. AMALIO MARICHALAR y CAYETANO MENRIQUE, "Recitaciones de Derecho civil de España", Tomo IV, Madrid 1921. JOSÉ MARÍA PLANAS y CASALS, "Derecho civil: español común y foral", Tomo II, Barcelona 1925, etc., etc.

(349) JOAQUÍN ESCRICHE, "Diccionario razonado de Legislación y jurisprudencia", Nueva ed., reformada por José Vicente Caravantes y León Galindo y de Vera, Tomo IV, voz: "obligación facultativa", Madrid 1876, págs. 304 y 305. SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit. BURÓN, ob. cit. VALVERDE, ob. cit. DE DIEGO, obra cit. JOSÉ VIÑAS MEY, "Derecho civil español", Tomo II, Madrid 1925, página 23. VICENTE JAÉN, "Derecho civil", Madrid 1928, págs. 312 y 313. JOSÉ MARÍA MANRESA y NAVARRO, "Comentarios al Código Civil español", Tomo VIII, 4.ª ed., Madrid 1929, pág. 164, casi idéntica a la citada en este trabajo continuada por MORENO MOCHOLÍ.

(350) BONET y RAMÓN, GARCÍA MARTÍNEZ, PUIG PEÑA, ROCA SASTRE, PUIG BRUTAU, CASSO, CASTÁN, BORREL y SOLER, RUIZ GALLARDÓN, HERNÁNDEZ GIL ALBALADEJO, RODRÍGUEZ ARIAS, obs. cits., y J. SANTAMARÍA ANSA, "Comentarios al Código Civil", Madrid 1958. Tomo II, págs. 68, 69 y 70.

siempre (351). Mucho ha influido el silencio legal sobre esta clase de obligaciones, pues nuestro Código civil silencia por completo esta categoría (352).

Ahora bien, que el Código no se ocupe de ellas no quiere decir que las obligaciones facultativas estén desterradas del Derecho español. Por una parte, en este trabajo hemos visto numerosos casos legales en nuestro Derecho; por otra, y en virtud del fecundo principio de autonomía de la voluntad que rige en materia crediticia y tiene su base en el artículo 1.255 del Código civil español, permite establecerlas contractualmente. Otro tanto debe señalarse en materia sucesoria.

El citado artículo 1.255 señala que “los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”.

Este precepto, para muchos autores, representa la justificación de la posibilidad de esta especie obligatoria (353).

No falta algún autor (354) que ante el silencio legal pretende se apliquen por analogía las reglas de las alternativas, pero como hemos visto que se contraponen ambas especies por la determinación, el “periculum rei”, la mora, la elección, etc.... ¿Cómo puede hablarse de analogías?

Señalan algunos tratadistas que en principio el artículo 1.166 se opone a la existencia de la facultad de sustitución (355). Dicho precepto establece que “el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere cosa de igual o mayor valor que la debida. Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor”.

Por nuestra parte señalamos que el precepto últimamente citado no se opone a la obligación facultativa; está concebido para argumentar en la “datio in solutum”, en que un objeto o prestación es debido, pero por acuerdo de acreedor y deudor se entrega otra cosa como pago. En el caso de la facultad de sustitución, el acreedor ha de recibir forzosamente la prestación “in facultate solutionis”, si el deudor la presta. Desde el momento del nacimiento de la obligación existe una aceptación del eventual pago futuro no idéntico al debido (356).

De seguir esta tesis, debiera tenerse en cuenta también el artículo 1.901 (357), puesto que el deudor de la “facultas alternativa” entregó

(351) V. MALLOL GARCÍA y F. ORTÍ MIRALLES, “Diccionario Jurídico-Legislativo”, Valencia 1950. La nueva Enciclopedia Jurídica Española Seix aún no ha publicado el tomo correspondiente a las obligaciones.

(352) PÉREZ Y ALGUER, ob. cit., pág. cit. RUIZ GALLARDÓN, ob. cit. ALBALADEJO, ob. cit. HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., pág. cit.

(353) Así lo entienden: CASSO, CASTÁN, RUIZ GALLARDÓN, ALBALADEJO en sus obras citadas.

(354) GARCÍA MARTÍNEZ, ob. cit., pág. cit.

(355) HERNÁNDEZ GIL, ob. cit. ALBALADEJO, ob. cit., pág. cit.

(356) ALBALADEJO, ob. cit., pág. cit.

(357) CASTÁN utiliza para la construcción los artículos 1.901, 1.255 y 1.166.

cosa que nunca debió, en el caso de entregar el objeto accesorio, pues nunca le pudo ser exigido por el acreedor.

Repetimos que estos preceptos no se oponen a la obligación facultativa, pues en ésta, desde el principio, el acreedor ha de aceptar el objeto o prestación de sustitución, aunque no puede exigirlo, pues así consta en el acuerdo obligatorio.

Mayor alcance se ha pretendido sacar del artículo 1.153, en cuyo inciso primero se prevé un supuesto de obligación con facultad alternativa (358). Dicho precepto, colocado dentro de la sección dedicada a las obligaciones con cláusula penal, establece que "el deudor no podrá eximirse de cumplir con la obligación pagando la pena, *sino en el caso de que expresamente le hubiere sido reservado este derecho*", pero como vimos al separar la obligación facultativa de otras figuras afines, en este supuesto se desnaturaliza la cláusula penal. Así lo que resulta es la obligación facultativa. Este es el precepto de nuestro Código civil que regula esta materia.

2. La obligación facultativa según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Nuestro Tribunal Supremo ha conocido casos que indudablemente pueden configurarse como obligaciones facultativas, pero que sin embargo no se planteó en el recurso problemas sobre esta clase de vínculos ni se les designó por su nombre.

Así, Casso (359) cita al respecto las Sentencias de 6 de febrero de 1906, 22 de diciembre de 1908 (360), 17 de junio de 1925 y 14 de noviembre y 7 de diciembre de 1927 (361), y algún otro autor (362) señala al respecto las Sentencias de 13 de marzo y 20 de junio de

(358) PÉREZ Y ALGUER, ob. cit., pág. cit. HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., pág. cit.

(359) Ob. cit., voz: "obligación facultativa".

(360) En ella se sostiene en relación a la cláusula penal, que puede pedirse el cumplimiento de la obligación y la pena, si ésta se podría reclamar en cuanto pidiera cualquiera de los obligados la nulidad de lo convenido; Jurisprudencia civil. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Tomo 112, 3.º de 1908, octubre-diciembre, núm. 148, Madrid 1910. Otra sentencia de igual fecha se refiere a la rescisión de la compraventa por lesión en Cataluña, pero tampoco nombra las obligaciones facultativas.

(361) También ambas tratan de la cláusula penal. La primera, publicada el 19 de septiembre de 1928, número 66, Tomo VI, de 1927, Madrid 1929. La segunda, publicada el 6 de diciembre de 1928, Tomo XCVII, Vol. VIII, de 1927, Madrid 1930.

(362) "Repertorio Doctrinal y legal por orden alfabético de la Jurisprudencia civil española establecida por el Tribunal Supremo en sus sentencias dictadas en recurso de casación y decisiones de competencia desde 1.º de enero de 1883 al 31 de diciembre de 1888, y de las Resoluciones que en materia civil y en el mismo plazo han dictado la Dirección de los Registros y la de Gracia y Justicia del Ministerio de Ultramar. Por la redacción de la revista de Legislación y Jurisprudencia. Bajo la Dirección del Excmo. Sr. don Eduardo Dato e Iradier, ex Ministro de Gracia y Justicia, Vocal de la Sección 2.ª de la Comisión de Codificación y Director de la Revista de Legislación y Jurisprudencia. Madrid 1903. El último tomo que aparece bajo la dirección de Dato es el Tomo VII (1914-1917). Los demás son de la Revista de Legislación y Jurisprudencia.

1902 (363), 27 de junio y 12 de octubre de 1916 (364) y 16 de mayo de 1923 (365), pero ninguna de estas resoluciones emplea la expresión de obligaciones facultativas.

La primera Sentencia, a mi juicio, que nombra las obligaciones facultativas—al menos yo no he encontrado ninguna de fecha anterior—y que por cierto no es citada por ningún tratadista, es la de 2 de junio de 1910 (366), de la que fue Ponente el Magistrado don Tomás Domínguez.

Para comprender la doctrina del Supremo y los motivos del recurso, debemos partir de los antecedentes. Existía en el testamento de un causante una cláusula de legado, de este tenor: “Deja y lega a su muy estimada nietecita, doña María de las Mercedes de Borrás y de Dalmases, como legado voluntario y en recuerdo del mucho cariño que el testador la profesa, la cantidad de cincuenta mil pesetas, equivalentes a diez mil duros, por una sola vez, cuya suma deberá serle satisfecha por su infrascripto heredero en los plazos, modo y forma dispuestos en este testamento, siempre que haya ella cumplido veinticinco años; a no ser que contrajera matrimonio a disgusto y sin la aprobación y espontáneo consentimiento de su tío, don Augusto María de Borrás, a quien impuso el deber de satisfacer en las épocas correspondientes los legados voluntarios anteriormente dispuestos a favor de doña María de las Mercedes de Borrás, doña Consuelo, doña Dolores y don Ramón María de Ortiz y de Borrás, y de los demás hermanos de éstos, debiendo siempre verificarlo, bien fuese en dinero efectivo de oro o plata, precisamente, no en calderilla, ni otra cualquier especie de papel amonedado, pues en el caso que éste fuese de curso forzoso, entonces podría verificarlo entregando tal papel, no por el valor nominal que el mismo represente, sino por el real y efectivo que éste se cotice a la sazón en esta plaza, o bien entregando fincas de igual valor o importe, a elección del heredero para que sirvan éstas en pago o a cuenta de los mencionados legados. El señor testador da y confiere la más amplia facultad a su referido heredero para que pueda satisfacer el legado voluntario hecho a favor de su nietecita, doña María de las Mercedes de Borrás, en metálico, de una

(363) La primera, publicada el 20 de junio, bajo el núm. 78, por la Dirección de la Revista de Legislación y Jurisprudencia. El Tomo 98, 1.^a edición, 1902, enero-junio, Madrid 1902, declara que es inaplicable el artículo 1.132 del Código civil, cuando no se trata de obligación alternativa. Respecto a la segunda, nada he encontrado en ella que más o menos remotamente se refiera a nuestro tema.

(364) Número 56, publicada el 12 de octubre, Tomo LV, Vol. III de 1916, Madrid 1918, se refiere a un supuesto de obligación alternativa con elección del acreedor. La segunda, núm. 16, publicada el 6 de febrero de 1917, Tomo LVI, Vol. 4.^o de 1916, Madrid 1919, versa sobre cumplimiento de contrato e indemnización de daños y perjuicios.

(365) Publicada el 5 de diciembre. Número 59 del Tomo LXXVII, Volumen 2.^o de 1923, Madrid 1925. Se refiere a una obligación alternativa con elección del deudor.

(366) Publicada el 28 de septiembre, núm. 44. Colección Legislativa de España. Primera serie. Parte tercera. Jurisprudencia civil, Tomo XXXVII, Volumen 2.^o de 1910, mayo-septiembre, Madrid 1912, págs. 314 a 326.

sola vez, siempre y cuando la legataria haya cumplido la edad de veinticinco años, y demás condiciones a ella impuestas, o bien para que pueda asimismo verificarlo en dos plazos, es a saber: en cuanto a una mitad, siempre que haya cumplido la edad de veinticinco años y demás condiciones impuestas, y en cuanto a la otra mitad, al cabo de cinco años de haber debido satisfacer dicha mitad, debiendo entenderse aquí... que no devengará ninguna clase de éstos (de intereses), sino a contar desde el día en que, respectivamente, deban hacerse efectivos en todo o en parte según los términos en que han sido hechos, no pudiendo exceder en este caso del cuatro por ciento anual". La referida legataria cumplió los veinticinco años el 5 de febrero de 1900, y se casó con consentimiento y aprobación de su tío, el heredero. El citado heredero, gravado con el legado, escribió una carta en catalán en que hacía la siguiente proposición al nuevo matrimonio: "Les haré efectivas o si quieren les guardaré seis meses o un año para que puedan encontrar buen empleo con buen interés, en cuyo caso yo le abonaré durante dicho tiempo el interés del cinco por ciento".

Reclamado por la legataria, el Juzgado condenó al heredero en Sentencia que fue confirmada por la Audiencia Territorial; el heredero interpuso recurso de casación. Su dirección técnica señaló, entre otros motivos, en el segundo una cita de la Ley 6.^a, párrafo 1.^o, Libro XLII, Título I De re judicata del Digesto, que declara que cuando la obligación es una sola en la cosa, pero distinta en la forma de pago "*in facultate solutionis*" o sea, que puede pagarse de dos maneras, es nula la sentencia que condena a hacerlo de una de ellas solamente; o bien en los términos usados por este Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de noviembre de 1876, es nulo el fallo que no sostiene al demandado en el derecho de escoger entre las dos formas que la Ley, aquí la voluntad del testador, ofrece de solventar la obligación, puesto que es obvio que en el caso de autos, no siendo la obligación alternativa, o sea, de venir obligado el recurrente alternativamente a diversas prestaciones, según la definición del artículo 1.131 del Código civil y el Derecho Romano, *plures res in obligatione et plures in solutione*, sino a la sola prestación de cincuenta mil pesetas con facultad de poder hacer el pago en dinero o fincas de igual importe, constituyendo una obligación facultativa en el pago, llamada así en Derecho Romano cuando *una res in obligatione et altera in facultate solutionis*, o sea, obligación simple, en la cual el deudor debe una sola cosa, pero puede valerse de dos medios de pago, al declarar la Sala sentenciadora que una vez hecha la opción no le era dable separarse de ella y quedaba obligado, infringe las leyes citadas en este motivo, toda vez que el recurrente, que debía una cosa, las cincuenta mil pesetas y en su *facultate solutionis* estaba dar fincas podía en esta facultad, cambiar de voluntad cuantas veces le plugiere hasta el momento de realizar el pago".

El Tribunal Supremo desestimó el recurso, basándose en que el recurrente había renunciado a su facultad de opción, mejor diríamos a su "*facultas solutionis*" sin que ello implicara novación.

He aquí la doctrina: “Considerando que la casación pretendida no puede prosperar por el primer motivo del recurso, porque si bien don Miguel María de Borrás facultó a su hijo don Augusto a quien instituyó heredero en el testamento, bajo el cual falleció, para que pudiera satisfacer en metálico o en fincas el legado de cincuenta mil pesetas con que agració a su nieta doña María de las Mercedes de Borrás, no lo es menos que don Augusto renunció al derecho de opción comprometiéndose a pagar el legado en metálico, mediante carta que dirigió al esposo de su sobrina el cinco de febrero de mil novecientos cinco, puesto que en ella, después de reconocer que había llegado el momento de tener que abonar las cincuenta mil pesetas del legado, le proponía entregarlas en el acto o aguardar seis meses o un año, en cuyo caso satisfaría un interés del cinco por ciento, para que entre tanto pudiera encontrar un buen empleo con buen interés, lo que evidentemente equivale a ofrecer el pago en dinero, proposición que no se mantuvo dentro de los límites de una simple oferta, sino que llegó a constituir un pacto formal por la aceptación de la legataria, como lo demuestra el principio de ejecución que tuvo lo convenido con la entrega a la acreedora de la primera anualidad del interés prometido, y la manifestación que don Augusto hizo en su escrito de veintitrés de junio de mil novecientos seis, de haberse puesto de acuerdo con su sobrina para abonarle el cinco por ciento anual hasta la entrega del legado, por todo lo cual es inconcuso que la Sala sentenciadora al condenar al heredero a que hiciere efectivo el legado en metálico, no ha infringido la Ley y doctrina de la jurisprudencia que en dicho motivo se alegan”.

Y en el segundo Considerando se indica que “también es improcedente el recurso por los motivos segundo y tercero, en cuanto al primero de éstos, porque la Ley del Digesto *De verborum obligationibus*, que en él se cita, se refiere a las obligaciones alternativas, y como se reconoce por el mismo recurrente la impuesta a él por el testamento de su padre no es de esta clase, sino facultativa, y porque no se opone el fallo recurrido a la otra ley del mismo Cuerpo Legal, y sentencias de este Tribunal Supremo que en el propio motivo se invocan, dada la virtualidad de la renuncia al derecho de opción de que se ha hecho mérito; y en cuanto al segundo, porque el convenio entre el heredero y la legataria no implica una novación...”.

Como hemos dicho, esta sentencia del Supremo nombra la obligación facultativa, pero en lo demás se pronuncia tímidamente sobre sus efectos.

Cierto que concede implícitamente al obligado la facultad de cumplir eficazmente con la prestación “in facultate solutionis”, pero reconoce que al proponer el obligado la forma de cumplimiento, ser aceptada ésta por la parte acreedora y darse principio a la ejecución convenida, no puede utilizarse una forma distinta que se ha perdido. De no seguirse la tesis del Tribunal Supremo, habiéndose renunciado por el deudor a la “facultas alternativa”, renuncia aceptada por el acreedor, en este caso el pago de la deuda con entrega de fincas, y

comenzada a ejecutar por el obligado la prestación "in obligatione", pago de la cantidad, se seguiría el absurdo de falta de identidad en el pago, artículo 1.157 del Código civil, al cumplir el deudor la prestación "in obligatione" y la "in facultate solutionis" en parte.

En la misma línea, puede señalarse la Sentencia de 6 de marzo de 1941, que contempla un supuesto que el demandado adeudaba una suma obligándose, en defecto del pago, a vender determinada dehesa (367).

Procede esta Sentencia de un recurso de casación, interpuesto contra una sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres, procedente a su vez del Juzgado de Primera Instancia de Coria. La Audiencia resolvió el pleito de mayor cuantía juntamente con otro acumulado, declarando nulo el contrato por el cual el demandado declaraba adeudar la citada suma y en su defecto vender la mitad de una dehesa determinada por un precio fijado, condenando a dicho demandado al pago de la cantidad de cincuenta mil pesetas, que era la estipulada. Interpuesto recurso de casación fue estimado.

Ahora bien, en esta sentencia no se trata de una obligación facultativa, sino alternativa, así lo expresa claramente el Supremo: "notoriamente alternativa" en el segundo Considerando; "pudieran ser cumplidas alternativamente dos obligaciones..." en el cuarto Considerando. Lo que ocurre es que la alternativa con elección del deudor y la facultativa en supuestos normales tienen muchos puntos de contacto, ya que al deudor corresponde en ambos casos elegir la prestación que quiera. Por otra parte, la mayor parte de la actividad desplegada por la Sala Primera en esta resolución fue para revocar la nulidad decretada por la Audiencia. La tesis del Supremo radica en señalar que a partir de la nota adicional consignada en el documento por el cual el prestatario confesaba haber recibido una nueva cantidad como parte del precio, "comienza a dibujarse un propósito que en definitiva cristalizó por el asentimiento del causante de aquellos en el acto conciliatorio precursor del pleito, en la contestación a la demanda, en el escrito de súplica y aún en el litigio, que, a pesar de su anormalidad, afluyó a una acumulación que ahora obliga a hacerse cargo, si no de todas, de algunas de las cuestiones que en él se suscitaron por donde puede aprenderse que, sin oposición formal de los demandantes y hoy recurridos, don E. G. y luego sus causahabientes, optaron, válida y lícitamente, por cumplir una de las dos obligaciones contenidas en el contrato inicial, aceptando así un ofrecimiento que por los acreedores les había sido hecho, con tanta reiteración como claridad...".

También se ha citado por algún autor (368) la Sentencia de 2

(367) Referencia de Aranzadi: "Repertorio de Jurisprudencia". Año VIII 1941, núm. 305. No he encontrado la Colección Legislativa correspondiente a dicho año.

(368) Los continuadores de Dato. Nota citada más atrás. Puede verse la sentencia en la Colección Legislativa y en Aranzadi.

de marzo de 1943, de la que fue ponente don Celestino Valledor, pero en dicha Sentencia se calificó de alternativa la obligación del prestatario. En 19 de julio de 1935, dos personas otorgaron escritura pública en la que se pactó un contrato de préstamo por virtud del cual el prestatario recibió del prestamista la cantidad de cien mil pesetas en billetes del Banco de España, obligándose a devolver la misma "en buena moneda de plata o en billetes del Banco de España, en curso voluntario que no ofrecieren descuento alguno", dentro del término de tres años. Realizado el pago por consignaciones durante la dominación marxista, el prestatario pidió se aprobara la consignación, que se declaró bien hecha por el Juzgado y la Audiencia Territorial. Interpuesto por el demandado, prestamista, el recurso extraordinario por haberse dictado ambas sentencias por funcionarios extraños al Movimiento Nacional, la Audiencia revocó dichas sentencias absolviendo al demandado; formulado el recurso de casación por el actor, el Tribunal Supremo dio lugar al recurso. Pero, como decimos, dicha obligación fue calificada acertadamente de alternativa por el Supremo, por lo que huelga mayor comentario.

La Sentencia de 28 de diciembre de 1946, publicada en la Colección Legislativa, octubre-diciembre 1946, Madrid, 1953, páginas 752 a 775, de la que fue Ponente don Felipe Gil Casares, presenta, entre otros problemas, un supuesto de cláusula penal y marca una línea, que encontraremos más tarde en la de 23 de enero de 1957 y en la de 28 de febrero de 1961.

En una escritura notarial otorgada entre las partes litigantes, figuraba como pacto agregado sobre rescisión y en su caso indemnización que si alguna de las partes faltare a los compromisos contraídos quedaría obligada a indemnizar a la otra en la cantidad de cien mil pesetas.

La parte demandante promovió demanda ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3, de Valencia, sobre resolución de contrato de promesa de venta, el Juzgado estimó en lo sustancial la demanda, que apelada fue confirmada por la Audiencia Territorial. Se interpuso recurso de casación y entre sus motivos, y en el tercero se alude a violación del artículo 1.153 del Código civil "El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación, pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado ese derecho". Se dice así en este motivo: "... la facultad de eximirse de cumplir con la obligación principal pagando la pena (obligación accesoria), no puede interpretarse deductivamente en virtud de analogías o de argumentos erróneos por parte de los Tribunales. Y esto es precisamente lo que trata de evitar el párrafo primero del artículo 1.153, cuando exige la existencia de una cláusula expresa, que formalmente así lo declare, para que pueda reconocer como eficaz y valedera en Derecho la facultación... En efecto, debe pensarse que se trata nada menos que de sustituir una obligación principal con una obligación accesoria, y que tal sustitución equivale a convertir una obligación simple en obligación facultativa, o, como dice Barassi, con facultad alternativa".

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Dice así el cuarto Considerando, que es el que afecta a este punto: “sobre la indicada base de examen que la figura jurídica contenida en el pacto agregado aparece como una reserva de la facultad de resolución a cambio de pago de una cantidad, no en el estricto concepto de pena convencional, sino en el de multa “poenitenti lisis”, o dinero de arrepentimiento, mediante cuyo abono se atribuyó a las partes la facultad de extinguir retroactivamente los efectos del contrato, poniendo en conocimiento del otro contratante la decisión adoptada; de donde se sigue que en el caso actual no se halla comprendido, como erróneamente sostiene el motivo sexto del recurso, en el supuesto previsto por el artículo 1.124 del Código civil—cuyos efectos han llegado a estimarse por algún sector de la doctrina como resultado de una condición resolutoria tácita, sino que constituye un convenio de resolución, producto de la expresa voluntad de las partes, convenio cuya licitud resulta indiscutible a virtud de lo establecido en el artículo 1.255 del citado Código; y si los contratantes se reservaron la facultad de resolución a cambio de pago de una cantidad de dinero, es obvio que al declarar la Sala sentenciadora que mediante esa entrega pueda cualquiera de las partes hacer uso de dicha facultad no quebranta el aforismo “pacta sunt servanda”, ni infringe los artículos 1.091, 1.256 y 1.258 del Código civil, como sostiene el motivo séptimo de los invocados”.

Es curioso, porque como ya señalamos, la cláusula penal que permite con la ejecución de la pena eximirse del cumplimiento de una obligación principal constituye una obligación facultativa y tales efectos produce, aunque el Supremo no la nombre. Sobre la distinción entre ambas figuras, ya dejamos dicho atrás al respecto.

Tiene mucha importancia la Sentencia de 23 de enero de 1957 porque la citan diversos autores (369). Se refiere a ella otra posterior sentencia del Supremo (370), e incluso fue objeto de comentario en una Revista (371). Fue Ponente de esta resolución don Celestino Valledor (372), y para su mejor comprensión es preciso señalar sus antecedentes. En 28 de junio de 1945 se otorgó una escritura entre don José Marsans Claramunt y don Emilio Ballester Roig, por la que éste reconoció haber recibido de aquél la cantidad de doscientas mil pesetas para la adquisición de sesenta y nueve chalets, situados en Madrid, que en la misma escritura el demandado recibió del actor otras veinticinco mil pesetas para completar el pago de las escrituras de compra de dichos chalets, o sea, los gastos notariales y registrales, así como los de Impuesto de Derechos Reales; que, como consecuencia, el señor Ballester reconoció deber en la firma de la escritura indicada

(369) Así, FRANCISCO BONET RAMÓN, “Código Civil Comentado”, Madrid 1962, págs. 853 y 854, RODRÍGUEZ ARIAS, ob. cit., pág. cit.

(370) Sentencia de 28 de febrero de 1961, que más adelante será examinada.

(371) *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1957, págs. 775 y 876.

(372) Número 49, Tomo LV, enero 1957, de la Colección Legislativa, Madrid 1958, págs. 564 a 577, inclusive.

al señor Marsans la cantidad de doscientas veinticinco mil pesetas, que se obligó a devolver el día 31 de diciembre de aquel mismo año de 1945, o antes, caso de realizarse la venta total o parcial de los referidos chalets, o a medida que fuesen formalizándose las ventas de los mismos, y que, en cualquier caso, de no poder el señor Ballester realizar la devolución del capital de las doscientas veinticinco mil pesetas, se comprometía a pagar los intereses de dicha cantidad, a razón del cuatro por ciento anual a partir del 1 de enero de 1946, y además a garantizar dicho crédito mediante hipoteca sobre fincas de su propiedad, siendo los gastos que se causaren a cargo del señor Ballester.

En la contestación de la demanda, en el hecho quinto se decía: “que en la escritura de referencia se estipuló una obligación del pago de la suma estipulada dentro de un plazo que finalizaba el 31 de diciembre de 1945, pero en el pacto cuarto se modificó sustancialmente el tercero, de tal forma que, a partir de aquel vencimiento, era factible el cumplimiento mediante otra fórmula, la de constitución de hipoteca y pago de intereses, convirtiéndose así la primitiva obligación de pago que revestía la modalidad de obligación a plazo en una obligación facultativa, desde el momento en que el deudor podía pagar y, además en caso de no poder cumplir con el pago, cumplía con la constitución del gravamen real; que el requerimiento de 6 de diciembre de 1947 sólo instaba el pago de los intereses y la constitución de la hipoteca, y polarizada en extremo opuesto la petición de la demanda se contrae al pago de capital e intereses, por lo que el requerimiento carecía de eficacia, ya que le faltaba la previa invitación al pago, y la demanda no podía prosperar porque tratándose de un obligación facultativa no podía obligarse al demandado al pago del capital, puesto que siempre estaba facultado para constituir en su lugar una hipoteca que le garantizase, ni podría tampoco condenársele a la constitución de esa hipoteca a que se obligó, siempre que previamente se le exhibiesen los poderes que se pudieran estimar bastantes... Por la parte demandada se solicitó la acumulación de otro procedimiento contra el actor sobre una supuesta sociedad civil y otros extremos; el Jgado condenó al señor Ballester y la Audiencia, en el recurso de apelación, confirmó en lo sustancial el fallo de primera instancia.

Al interponerse el recurso de casación, en el segundo motivo se alegó sobre el pacto cuarto: “Tal pacto establece una *obligación facultativa*, que no es alternativa, en cuanto el deudor siempre está obligado al pago o devolución de la suma mutuada, pero está facultado para cumplir creando la hipoteca sobre sus fincas, como se deduce del inicio del pacto cuarto... Desde el momento que hay esta facultad, no puede haber sentencia que, sin infringir los preceptos indicados, condene al pago o devolución de la cantidad mutuada, ya que esta clase de obligaciones facultativas las reconoce el Tribunal Supremo en Sentencia de 2 de junio de 1910...”.

El Tribunal de Casación declaró no haber lugar al recurso. En el cuarto Considerando declara “que en el segundo motivo se denuncia también interpretación errónea referida a la cláusula cuarta de la

escritura de reconocimiento de deuda, de la que a juicio del recurrente, surge a su favor la obligación facultativa de sustituir la devolución del capital prestado con la constitución de hipoteca que garantice el crédito y con el señalamiento de un interés del capital prestado a partir de 1 de enero de 1946 para el caso de que en esta última fecha el deudor no hubiera podido pagar el débito, y como lo que en este pleito se pide, y la Audiencia concede, es la condena al pago de la cantidad prestada, se le priva de la aludida facultad de sustitución que se le concedió por la cláusula cuarta, pero a este planteamiento del motivo segundo hay que oponer para desestimarlos:

Primero: Que lo que notoriamente establece la cláusula cuarta, en relación con la tercera, es un aplazamiento indefinido de la devolución del capital, si no pudiera ser realizado antes del 31 de diciembre de 1945, mediante la transformación del préstamo originariamente sin interés en préstamo con intereses y garantía hipotecaria, pero no la sustitución de la obligación principal de devolver lo prestado por el establecimiento de la obligación secundaria y accesorio, puesto que, no obstante el cumplimiento de lo accesorio, subsiste conjuntamente la obligación principal.

Segundo: Porque se desfigura en este motivo el concepto de la obligación facultativa, tal como lo entiende la doctrina científica, que le asigna como contenido un solo objeto, aunque con la facultad concedida al deudor de cumplir la obligación entregando un objeto distinto, mientras que en caso ahora debatido la devolución del capital prestado, que es el objeto de la obligación principal, permanece único e inalterable, no sustituible por la prestación de hipoteca e intereses que no actúa propiamente como objeto distinto, sino complemento o elemento accesorio y conjunto de la obligación principal.

Tercero: Porque, en definitiva, lo que sin duda se aprecia es la voluntad rebelde del deudor a cumplir el compromiso contraído, primero negándose a la prestación de garantía e intereses, y ahora, en el pleito, a devolver el capital, escudándose en la facultad de sustituir esta obligación por aquélla, y tal posición, contradictoria, injustificada y equívoca, no puede contar con el amparo de los Tribunales".

Independientemente de lo postura del deudor de no querer cumplir su obligación a que el Considerando aludió, no se contempla una obligación facultativa sino una accesorio en el supuesto de falta de pago en determinado plazo.

Prescindiendo de alguna sentencia, que sólo indirecta y remotamente puede referirse al tema (373), se ocupa de las obligaciones

(373) La de 11 de mayo de 1951, Tomo LXXIX, mayo de 1951, Madrid 1963, núm. 303, págs. 205 a 215. Fue Ponente don Pablo Murga; interesa al solo efecto de determinar qué debe entenderse por alternativa. La cláusula en cuestión decía literalmente: "Que para el caso de incumplimiento de lo pactado por el señor Abad o el nuevo propietario, quedaban obligados a indemnizar al señor Fernández con la cantidad de cien mil pesetas por daños y perjuicios". En el Considerando 3.º se dice: "... excluyendo la calificación de alternativa a la obligación contraída, al no tratarse del cumplimiento de una dualidad en objetos que de su texto resulta, por el contrario,

facultativas la de 28 de febrero de 1961 (374), de la que fue Ponente don Francisco Bonet Ramón. Dice así un Considerando: “Que la doctrina científica distingue cuidadosamente de la obligación alternativa, la obligación con facultad alternativa (“facultas alternativa”), facultad de solución, derecho de apartar, no debiéndose en este género de obligaciones una u otra prestación, sino sencillamente sólo una, pero teniendo el deudor derecho a liberarse mediante otra prestación, o sea, el derecho a hacer una prestación a título de cumplimiento, sin necesidad del asentimiento del acreedor, y aunque nuestro Código civil no las regula, oponiéndose en principio a ellas en el artículo 1.166, deja el cauce abierto a su existencia mediante el pacto modificativo de esta regla, o en el caso que las establezca una disposición legal especial, y expresa, como puede calificarse el precepto contenido en el artículo 1.153, habiéndoles dado definitiva carta de naturaleza la jurisprudencia de esta Sala, que ha declarado en su Sentencia de 23 de enero de 1957, que la obligación facultativa tal como la entiende la doctrina científica, tiene como contenido un solo objeto, aunque con la facultad concedida al deudor de cumplir la obligación entregando un objeto distinto”.

Y otro Considerando: “Que en el caso de autos, determinado en la cláusula 31 del documento suscrito por los litigantes el 30 de junio de 1951, que el hoy recurrente se constituye en fiador solidario del arrendatario hoy codemandado, y en la 14 que la falta de pago de la renta de dos cuatrimestres por éste, dará derecho al fiador para subrogarse en los derechos del arrendatario, hay que concluir la existencia de una obligación facultativa a favor del recurrente, cuya prestación está determinada por la fianza, atribuyéndosele como deudor un “*ius variandi*” consistente en la subrogación de los derechos del arrendamiento, que comporta como es natural el cumplimiento de las obligaciones anexas, como el previo pago de las rentas en descubierta” (375).

Es esta indudablemente la resolución del Supremo más importante en relación con las obligaciones facultativas. Hace su construcción, partiendo del silencio legal, con frases que recuerdan a Enneccerus y otros germanistas, determina sus efectos y aplica dicha doctrina al caso de autos. Tal resolución no merece sino elogios, lástima que en otras ocasiones que el Tribunal hubiera podido aludir a esta figura más o menos directamente lo haya silenciado.

Las posteriores a esta última carecen de mayor interés, a pesar de ello las citaremos por la mayor o menor analogía con la figura de

que existía una obligación principal—la entrega del local—y otra defectiva, secundaria, que es la indemnización a satisfacer la que viene a compensar, en parte, los daños y perjuicios causados por el incumplimiento”.

(374) Número 142 del Tomo 96, febrero de 1961, Colección Legislativa, páginas 681 a 691. Por cierto que en el 2.º Considerando, por errata de imprenta, se dice “consiste” en lugar de “consistente”. Y además de la citada existe alguna más, “titulado” por “títulos”. Creemos que debiera cuidarse más la publicación de la jurisprudencia.

(375) También la cita la obra “Código Civil Comentado”, pág. 854. Y RODRIGUEZ ARIAS, ob. cit., pág. cit.

la "facultas alternativa". Así, la de 31 de octubre de 1962 (376), de la que fue Ponente don Francisco Rodríguez Valcárcel, hacía referencia a un préstamo garantizado con hipoteca, en que la cantidad prestada debiera devolverse en plata o en oro y de no verificarlo en cualquiera de estos dos metales amonedados y venir obligado el acreedor a percibir el reintegro en papel moneda "sería abonable el descuento que en el día del pago sufra en esta plaza de Gerona".

Tanto la Sentencia del Juzgado como la de la Audiencia Territorial, confirmatoria, condenaron al pago de la cantidad en su equivalente en billetes del Banco de España de curso forzoso o legal al tipo de cotización que tenía en la plaza de Gerona o del que sirva de módulo en territorio nacional el día 4 de marzo de 1940, abonando la diferencia entre el papel moneda—diferencia de valor—y la especie monetaria oro o plata que elijan los demandados, así como los intereses de dicho capital.

El segundo Considerando declara que dicho contrato "encierra una cabal obligación alternativa en beneficio del deudor facultado, por lo tanto, para elegir en su exclusivo beneficio uno y otro de los indicados valores para liberarse frente al acreedor". Recuérdese lo que dejamos dicho sobre este punto al tratar de los supuestos legales de obligaciones facultativas (377); ahora bien, mientras el objeto "in obligatione" no perece o no reclame el acreedor y cumpla el deudor, los efectos de la alternativa son idénticos a la facultativa. De ahí esas expresiones que pueden parecer equívocas "facultado", "elegir", porque se dan en ambos supuestos.

Otra Sentencia, que nombra la facultativa, es la de 29 de abril de 1965 (378), de la que fue Ponente don Federico Rodríguez Solano y Espín. Los demandados debían entregar a la entidad actora una cantidad mensual de fuel-oil y en el supuesto que no se le abonase, en concepto de indemnización y por cada mes la suma de 15.000 pesetas. El Juzgado de Guernica estimó en parte la demanda y la Audiencia Territorial de Burgos confirmó la sentencia en el recurso de apelación.

En el segundo motivo de casación planteó el recurrente el problema "relativo a considerar si la obligación que aparece concretada en la segunda parte del citado pacto integra una obligación con cláusula penal—tesis del recurrente—o por el contrario una obligación alternativa—tesis del Juzgado—o en su caso una obligación facultativa como entiende, aunque siempre con la timidez que caracteriza su sen-

(376) Colección legislativa, Tomo 112, octubre de 1962, número 767, páginas 797 a 801 inclusive. Erratas en tercer Considerando, dice: "tiene su correlativo", debiendo decir "correctivo". En el cuarto, "repelas", por "repulsa". Llamamos la atención sobre estos defectos, que en una publicación oficial debieran evitarse.

(377) Ver a este respecto a LUIS DIEZ PICAZO, "Estudios sobre Jurisprudencia civil", Vol. 1.º, Editorial Tecnos, 1967, donde se estudia sistemáticamente la doctrina del Supremo sobre la cláusula de estabilización, el pago en oro y plata o en moneda extranjera.

(378) Colección Legislativa de España. Jurisprudencia civil, abril 1965, Madrid 1970, págs. 723 y sigts.

tencia la Sala de lo Civil de la Audiencia; que el Juzgado de Primera Instancia entendió que se estaba ante el supuesto de una obligación alternativa, es decir, del tipo de obligación que el deudor queda limitado a una solamente de las dos prestaciones previstas, y se extingue por la ejecución de cualquiera de ellas, que la Audiencia, inexplicablemente, sostiene que estaba ante el supuesto de obligación facultativa, que en el fondo es lo mismo que la alternativa, pero correspondiente la elección al deudor o incluso permitiéndole entregar un objeto distinto de aquel inicialmente establecido; que su tesis es que ese pacto sólo integra una obligación principal, con cláusula penal, cuya finalidad es asegurar el cumplimiento de la obligación principal; que una discrepancia de esta naturaleza sólo puede plantearse en casación por la vía del número 1.º... si la tesis de la obligación alternativa resulta poco convincente, lo que en ningún caso puede ser admitido es que se esté ante una obligación facultativa, habida cuenta para ello que ninguna posibilidad se ofrece al deudor de alterar su primitiva y única prestación". El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso planteado. Dicen así, respectivamente, sus Considerandos segundo y tercero: "que la finalidad de la "stipulatio poenae", regulada en los arts. 1.152 a 1.155 del Código civil, no se limita exclusivamente a fortalecer, garantizar o asegurar el cumplimiento de una obligación principal, como pudiera desprenderse de los términos en que fue redactada la Ley cuarenta del Título XI de la Partida V, puesto que para ello cuenta nuestro Ordenamiento positivo con otras figuras jurídicas, tales como las consignadas en los arts. 1.822, 1.857, 1.881 y concordantes del mismo Cuerpo legal, ni a sustituir aquélla, según parece destacar el párrafo primero del 1.152 de dicho Código, por una simple indemnización de daños y abono de intereses predeterminados cuantitativamente, en el contrato, porque para llegar a ese resultado, al menos en su parte esencial, bastaría con acudir a las prevenciones contenidas, entre otros, en los artículos 1.101 y siguientes, y párrafo segundo del 1.125 de la Ley Civil sustantiva, sino que su verdadero objeto está constituido por un conjunto de funciones armónicamente coordinadas, entre las que, además de las anteriormente expresadas, ocupa un lugar preeminente, como su propio nombre indica, y salvo el pacto en contrario que prevé la primera parte del 1.153, y la estrictamente punitiva, reflejada, bien mediante una posible agravación del resarcimiento (Sentencia de 8 de enero de 1945) o por la necesidad de que la inexecución de lo convenido sea imputable al deudor (Sentencias de 27 de mayo de 1894 y 5 de noviembre de 1956), puesto que, de quedar siempre al arbitrio de éste la elección de la prestación a cumplir, se estaría en presencia de una "disyuntiva stipulatio" o del supuesto regulado en los artículos 1.131 y posteriores del mismo texto legal, de lo que se infiere que todos esos móviles, caracteres o requisitos deben entenderse por lo general subsumidos dentro de la cláusula penal, sin que pueda excluirse ninguno de ellos a no ser que el propio pacto o el conjunto de elementos probatorios aportados al proceso lo indiquen de forma clara y explícita y terminante".

“Considerando que sentado lo anterior, el pacto contenido en el párrafo segundo de la estipulación tercera, letra A) del documento privado de 3 de noviembre de 1956 no puede incluirse en el ámbito de aplicación del artículo 1.152 del Código civil, porque ni los contratantes emitieron al efecto la oportuna declaración de voluntad ni sus términos literales concuerdan por completo con los caracteres y requisitos anteriormente expuestos, al conferir al deudor unas facultades superiores a las que el precepto señala, ni tal pacto constituye una obligación autónoma o independiente que pueda desligarse de cualquier otro vínculo subsistente entre quienes suscribieron, por integrar tan sólo una de las varias contraprestaciones convenidas, como dice la Sentencia que se impugna “en un complejo negocio jurídico de transmisiones verificado entre las partes” morfológicamente representadas en dicho documento y en otras dos escrituras públicas de igual fecha, con las que aquél forma un conjunto armónico y unitario, por lo que los Tribunales no pueden adoptar medidas aisladas acerca de su exigibilidad o anulación sin exponerse a provocar un enriquecimiento injusto a favor de alguno de los litigantes, cosa que prohíbe la jurisprudencia de esta Sala, proclamada entre otras, en sus Sentencias de 1 de mayo y 30 de junio de 1950, ni, en último término, porque, aun cuando hipotéticamente se suscitase alguna duda acerca del significado y alcance de tan repetido pacto, la misma habría de resolverse al contrario de lo pretendido en el sentido del recurrente, dado el criterio restrictivo con que deben interpretarse las cláusulas penales (Sentencia de 5 de noviembre de 1964), por lo que, al haberlo entendido así el Tribunal “a quo” no violó el artículo 1.155, ni aplicó indebidamente el 1.131, ambos del Código civil, decayendo en su consecuencia el segundo motivo del recurso, formulado al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, sobre todo si se tiene presente que el primero de los preceptos sustantivos indicados constituye el complemento del 1.152, cuya infracción no se alega, y que el 1.131 no regula las obligaciones facultativas en que la resolución de la Audiencia se funda”.

Con relación a la cláusula penal, debe tenerse en cuenta lo dicho con anterioridad y en relación a las últimas líneas del considerando tercero, que nombra las facultativas, hay que señalar que no aparece regulado ni el artículo 1.131, ni otro del Código civil, y el recurrente, por ello, debió citar no ley sino doctrina legal, esto es, dos sentencias que regulen tales obligaciones. En realidad la Audiencia razonaba sobre el supuesto solamente. Por último, la Sentencia de 21 de febrero de 1961, de la que fue Ponente don Manuel Taboada Roca (379), también contempla un supuesto de cláusula penal, y casó la Sentencia dictada por la Audiencia Territorial de Zaragoza de 2 de febrero de 1968.

También esta resolución nombra la obligación facultativa. Entre sus numerosos Considerandos, vamos a reproducir aquí los números

(379) Colección Legislativa de España. Primera serie. Jurisprudencia civil, enero-febrero 1969, núm. 117, Madrid 1970, págs. 863 y 877.

12, 13, 14, 15 y 16, que son los que se refieren al punto que aquí interesa.

“Considerando que en el quinto motivo, y por adecuada vía procesal, se trae a casación un sugestivo tema que consiste en determinar cuál sea el alcance de la estipulación tercera del contrato celebrado entre los señores Marraco Teresa y el señor Briceño, y cuál es la finalidad que se ha atribuido a la cláusula penal en ella establecida, para lo cual es preciso, en primer lugar, atender a los términos en que viene concebida, ya que si éstos son claros y no dejan duda sobre cuál sea la intención de los contratantes, al sentido de ellos se ha de estar, como dispone el párrafo primero del artículo 1.281”.

“Considerando que de los términos de dicha estipulación aparece que se ha convenido lo siguiente: a) que en el caso de que el señor Briceño vendiese, cediese, traspasase o estableciese una servidumbre o derecho real sobre la finca litigiosa, “la persona o entidad que lo adquiriera, deberá subrogarse en todos los derechos y obligaciones derivadas del presente contrato”, b) que “en el caso que no se verificase así —de que no se verificase esta subrogación—, o en el que se incumpliera el contrato —sin especificación de las causas que pudieran producirlo— se opta por establecer en favor de los señores Marraco, como cláusula penal, la obligación del señor Briceño de satisfacerle la cantidad de 325.000 pesetas”, y c) que en esta cantidad “ambas partes contratantes estiman de mutuo acuerdo los daños y perjuicios que irroque el incumplimiento de lo pactado”, sin determinarse tampoco las causas a que tal incumplimiento ha de obedecer”.

“Considerando que aunque la cláusula penal en sentido amplio consiste en una estipulación añadida al contrato, por la cual se establece una prestación, generalmente pecuniaria, que el deudor promete para el supuesto de que no cumpla la obligación principal, o al cumplirla contravenga su tenor, en sentido estricto sólo merece este nombre —según la doctrina científica—, cuando se estipula que el acreedor puede pedir el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena —pena acumulativa, dejando de merecer aquel nombre tanto en el supuesto de que, por pacto expreso se deje al arbitrio del deudor la posibilidad de liberarse del cumplimiento de la obligación pagando la pena —en cuyo caso existe más bien una obligación facultativa con cláusula de sustitución, y surge la pena de arrepentimiento o multa penitenciaria—, como en el supuesto de que se le asigne una función liquidatoria o de cubrimiento del riesgo, en el que, en realidad, viene a constituir una anticipada fijación del importe de los daños y perjuicios que puedan derivarse del incumplimiento sin necesidad de acudir a un ulterior proceso para tal fijación”.

“Considerando que nuestro ordenamiento jurídico admite esa triple finalidad de la cláusula penal, asignándole una “función liquidatoria”, sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios en el artículo 1.152, párrafo primero, del Código civil, una misión liberatoria”, en el párrafo primero del artículo 1.153 y Sentencias de 28 de diciembre de 1946, 25 de enero de 1957 y 28 de febrero de 1961 —multa

penitenciaria—, y una “función verdaderamente penal”, en el párrafo segundo de este último artículo —pena acumulativa—, pero aun reconociendo que puede desempeñar cualquiera de esas distintas finalidades, según cuál sea la que se haya convenido; sin embargo, establece como presunción general la sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios, pues dispone en el citado artículo 1.152 que ello ocurrirá si no se ha pactado otra cosa, exigiendo, en cambio, en el artículo 1.153 que para que el deudor pueda eximirse del cumplimiento de la obligación, es necesario que “expresamente se le hubiere reservado ese derecho”, y también para que el acreedor pueda “exigir conjuntamente” el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, que esta facultad le haya sido expresamente otorgada”.

“Considerando que en el caso de autos, la cláusula discutida faculta al deudor para eximirse del cumplimiento de la obligación principal pactada, pagando la pena que se estipuló, y, en cambio, no otorga al acreedor, de manera expresa, la facultad de pedir el cumplimiento de dicha obligación principal y, además, la satisfacción de la pena, pues ésta viene señalada como determinación anticipada del importe de los daños, y pactado así la sentencia recurrida, comete las infracciones que se denuncian en el motivo quinto del recurso...”.

Esta sentencia, importantísima porque recoge la totalidad de la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula penal, presenta sus analogías y diferencias de esta figura con otras, entre ellas la obligación facultativa.

Finalmente, digamos que entre las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado no es frecuente que se refieran a obligaciones, pero hemos encontrado una de 13 de mayo de 1963 en que se nombra y alude a la obligación facultativa (380). El recurso gubernativo interpuesto por el Notario contra la calificación del Registrador, aceptado por el Excmo. Sr. Presidente de la Audiencia Territorial, fue revocado por la Dirección, declarando no inscribibles los pactos de la escritura en cuestión. La tesis de esta resolución viene a ser: que carece de trascendencia real la relación jurídica establecida según la cual el plazo de un año para hacer efectiva la cantidad prestada, se entenderá prorrogado hasta que el acreedor requiera notarialmente, en cuyo caso deberá concederse otro plazo mínimo que se determina, transcurridos éstos se entenderán adjudicadas en pago las fincas inscritas, debiéndose otorgar carta de pago para la suma total adeudada. La negativa a la inscripción se apoya en el artículo 18 del Reglamento Hipotecario, y dice así la citada resolución: “en el presente caso, más bien se pone de relieve la existencia de un tipo de obligación facultativa —“una res in obligatione et altera in facultate solutionis”— en la que el deudor puede extinguir la obligación devolviendo la cantidad adeudada o adjudicando en pago determinadas fincas”.

(380) Publicada el 31 en la Gaceta. Aparece citada en la Jurisprudencia de Dato, en Aranzadi, también en la obra de RAMÓN ROCA SASTRE y J. DE MOLINA JUYOL, “Jurisprudencia Registral”, Tomo VII, años 1930 a 1939, Barcelona 1953, págs. 812 a 817.

En resumen, se puede predecir que el reconocimiento de esta especie de vínculo obligatorio por la doctrina legal del Tribunal Supremo y el desarrollo de la vida económica y el progreso, hacen cobrar interés en el tema de las obligaciones facultativas, pese al silencio legal sobre las mismas.

La habilitación de edad

JOSE MANUEL LETE DEL RIO

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Antecedentes históricos.—3. Concepto, analogías y consecuencias de la habilitación de edad.—4. Fundamento de la habilitación de edad.—5. ¿Quiénes pueden socilitarla?—6. Requisitos: A) Personales. B) Formales.—7. Capacidad del habilitado de edad.—8. Tutela del habilitado de edad.—9. Fin de la habilitación de edad.

I. INTRODUCCION

Para el ejercicio de los derechos se estima necesaria una voluntad plenamente desarrollada y consciente, razón por la que las legislaciones señalan un momento en la vida de la persona a partir del cual se considera que han alcanzado aquélla y, por tanto, adquieren la capacidad de obrar (1).

La mayoría de edad (2) es el término que los Códigos y las legislaciones fijan para el ejercicio de la generalidad de los Derechos, con ella se adquiere la plena capacidad para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales (3).

Puede ocurrir que ese desarrollo y la madurez necesaria para el

(1) Se puede tener capacidad de Derecho y no capacidad de obrar. Por ejemplo, un menor de edad, no emancipado, puede gozar del Derecho de propiedad, y, sin embargo, no puede, por sí solo, comparecer en juicio para defenderlo. A propósito de las diferencias entre capacidad de Derecho y capacidad de obrar, Vid. CASTÁN, «Derecho civil español común y foral», T. I, vol. 2.º, Madrid, 1955, página 135 y ss.

(2) Las legislaciones modernas suelen fijar la mayoría de edad a los veintiún años (Italia, Portugal, Alemania, etc.). Hay algunas que la adelantan, por ejemplo, Suiza, a los veinte años; la Unión Soviética, a los dieciocho años.

En España, siguiendo la tradición del Derecho romano, se alcanzaba la mayoría de edad a los veinticinco años, que el Código civil rebajó a los veintitrés años, y que la Ley de 13 de diciembre de 1943 (art. 1.º) fijó en los veintiún años.

(3) En este sentido, el artículo 320 del Código civil español, en su párrafo 2.º, dice: «*El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil*». Principio que tiene sus excepciones, por ejemplo: la de las hijas de familia mayores de edad, pero menores de veinticinco años, que no podrán dejar la casa del padre o madre en cuya compañía vivían más que con licencia de los mismos o en los supuestos previstos en el artículo 321; la de las personas que pueden adoptar, a las que se exige una edad superior, hoy treinta años (art. 172, modificado por la Ley de 4 de julio de 1970), etc.

ejercicio de los derechos, en determinados casos, se tenga antes de alcanzar la edad que los Códigos señalan. A este fin el Derecho dispone de la emancipación, que no es otra cosa que una anticipación de la mayor edad; sin embargo, para que este tránsito, de los menores sometidos a la patria potestad, hacia la plena capacidad no sea demasiado brusco, se otorga con algunas limitaciones.

La equiparación a la mayoría de edad, se consigue, respecto a los huérfanos de padre y madre, mediante la habilitación de edad, también con ciertas limitaciones.

2. ANTECEDENTES HISTORICOS

En los pueblos primitivos, normalmente, se hacía coincidir la mayor edad con la pubertad.

En el antiguo Derecho romano se era plenamente capaz al alcanzar la pubertad (a los catorce años los varones, y a los doce años las mujeres). Ante las mayores exigencias y complicaciones del desarrollo económico-social se vieron pronto los muchos inconvenientes de otorgar la capacidad a tan temprana edad, por lo que se restringió ésta, autorizándose sólo dos actos: matrimonio y testamento, y se distinguieron distintas categorías de edad en relación con la capacidad de las personas (4). Dentro de ellas, sólo los púberes mayores de veinticinco años eran en la práctica plenamente capaces, los demás, dice ARIAS RAMOS (5), continuaron siéndolo sólo doctrinalmente.

Por consiguiente, si en época romano-bizantina sólo los mayores de veinticinco años tenían capacidad de obrar, respondía a la idea de que la edad de la pubertad era demasiado temprana, debido a que se había debilitado la cohesión familiar, a la vez que se había ampliado la realidad socio-económica.

Pero, también, se consideró que esta edad de los veinticinco años podía ser en muchos casos excesiva, y de ahí que surja la institución de la "*venia aetatis*" (que no tenía nada que ver con la emancipación), que pueden solicitar del Emperador los varones que hubiesen cumplido veinte años y las mujeres mayores de dieciocho años, siempre que justificaran mediante testigos idóneos la regularidad de sus costumbres, la probidad de su ánimo y la certeza de su honestidad de vida (6). El efecto de la misma era el de hacer cesar su incapacidad de obrar, y perdían, por lo tanto, el derecho a solicitar la *restitutio in integrum*. Sin embargo, como dice ARIAS RAMOS (7), no ad-

(4) Vid. ARIAS RAMOS, «Derecho romano», T. I, Madrid, 1966, pág. 87.

(5) Loc. cit.

(6) Regulada por una Constitución de Constantino en C. 2, 44 (45), 2; y en C. Th. 2, 17, 1. BIONDO BIONDI («Istituzioni di Diritto romano», 2.^a ed., Milán, 1952, pág. 111 y nota 74) considera que la institución tiene indudables precedentes a finales de la época clásica, y cita el D. 4,4,3. pr.

(7) Loc. cit.

quirían una capacidad igual a la de los mayores de veinticinco años, puesto que les estaban prohibidos algunos actos (donaciones, enajenación de inmuebles a que se refería la *Oratio Severi*, etc.).

Esta *venia de edad*, que pasó a nuestro Derecho, es definida por SÁNCHEZ ROMÁN (8) como “*la gracia concedida por el poder público a los menores, otorgándoles consideración legal relativa de mayores*”.

Parece que a partir de los diecisiete años podía solicitarse la dispensa de edad para administrarse los bienes, conforme a la Ley 11.^a, Tít. V, Libro IV de la Nov. Recop., la cual establece las Autoridades que pueden otorgarla según la edad. Sin embargo, SÁNCHEZ ROMÁN opina que sólo podían obtenerla los hombres a los veinte años y las mujeres a los dieciocho (9).

Con el carácter de gracia, pero respondiendo a unas circunstancias personales, es regulada la *venia de edad* en la Ley de 14 y R. O. de 19 de abril de 1838 sobre *gracias al sacar*, la cual establece que habrán de existir motivos justos y razonables, habiendo de instruirse un expediente judicial. La doctrina entiende que esos motivos justos y razonables son que el menor tenga condiciones de sensatez, cordura y discreción.

Los efectos que produce en el menor son el adquirir la consideración legal de mayor, no necesitando *curador ad bona*, y el perder el derecho a la *restitutio in integrum*.

Las limitaciones que se le imponen son las de no poder por sí solo gravar o enajenar bienes inmuebles, transaccionar sus derechos, ni comparecer en juicio.

Desde luego, es fundamental estar, en cada caso concreto, al texto de concesión de la *venia*.

La apreciación popular fue insensiblemente acercando la *venia de edad* a la figura de la emancipación.

3. CONCEPTO, ANALOGÍAS Y CONSECUENCIAS DE LA HABILITACION DE EDAD.

Puede afirmarse que es unánime la doctrina en equiparar la habilitación de edad con la emancipación.

MUCIUS SCAEVOLA (10) estima que la habilitación que el Código sanciona guarda más analogía con la emancipación que con la dispensa de edad, que como *gracia al sacar* encontramos en el derecho histórico. En este sentido argumenta que no hay razón para que el hijo sometido a la patria potestad pudiese, a los dieciocho años, por con-

(8) «Estudios de Derecho civil», T. II, Madrid, 1911, pág. 196.

(9) Loc. cit.

(10) «Código civil», comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por Ortega Lorca, T. V (arts. 252 a 332), Madrid, 1943, pág. 674.

cesión de sus padres, disfrutar de una libertad relativa en orden a la vida civil; y, en cambio, el sometido a tutela a su desgracia sumase la incapacidad absoluta de dirigirse por sí propio hasta alcanzar la mayor edad. Igualmente, PUIG BRUTAU (11) dice que la misma función que la emancipación voluntaria cumple respecto a los hijos de familia, la desempeña la habilitación de edad respecto a los huérfanos sometidos a tutela.

Como es lógico, y aunque se admita referida equiparación, dada la diferente situación del sometido a la patria potestad y del sujeto a tutela, el Código civil establece diferente trámite para una y otra, y mayores requisitos para la obtención de la habilitación de edad.

Por consiguiente, nos parece acertada la definición de DE CASTRO (12), el cual considera la habilitación de edad como *un acto de ejercicio de la tutela que precisa la reunión de requisitos más complejos que la emancipación de la que es una forma* (13).

Así como la emancipación extingue la patria potestad, la habilitación de edad extingue la tutela. Por eso DE DIEGO (14) la califica de modo de extinción de los poderes protectivos otorgados al incapaz (patria potestad y tutela). Sin embargo, y a la vista de los artículos 59 y 317 del Código civil, ni la una ni la otra producen una total extinción de la patria potestad o de la tutela (15), de ahí que haya podido afirmarse que el menor sale por este medio de la tutela ostentando una capacidad semi-plena (16).

4. FUNDAMENTO DE LA HABILITACION DE EDAD.

La base de la habilitación de edad del "*menor, huérfano de padre y madre*" (17) es la voluntad del Consejo de Familia (18), por esto se

(11) «Fundamentos de Derecho civil», T. IV, vol. 2.º, Barcelona, 1970, página 262; Vid., en este sentido ROYO MARTÍNEZ, «Derecho de Familia», Sevilla, 1949, pág. 361; LACRUZ-SANCHEO, «Derecho de Familia», Barcelona, 1966, página 527.

(12) «Derecho civil de España», T. II, vol. 1, Madrid, 1952, pág. 214.

(13) DE BUEN («Derecho civil español común», Madrid, 1922, pág. 769) también considera la habilitación como una especie de emancipación.

(14) «Instituciones de Derecho civil español», ed. revisada y puesta al día por Cossio y Gullón, T. II, Madrid, 1959, pág. 678.

(15) DE BUEN, Notas al Colin y Capitán, «Curso elemental de Derecho civil», T. II, vol. 1, Madrid, 1923, pág. 345.

(16) DE BUEN (loc. cit.) que efectúa una total identificación de emancipación y habilitación, la considera en este sentido como un medio de pasar gradualmente, y no de un modo brusco, a la mayoría de edad.

(17) DE BUEN (ob. cit., pág. 246), opina que el empleo de las palabras *huérfano de padre y madre*, hace pensar que si uno de éstos existe será imposible la concesión del beneficio. Y entiende que tal interpretación proviene de una inadvertencia cometida en la redacción del artículo, y que así como es admisible que cuando la patria potestad se halla simplemente suspendida (la suspensión no afecta a la titularidad, sino a su ejercicio), y la tutela tiene, por tanto, un carácter provisional, no pueda el Consejo de Familia conceder el beneficio de la mayor edad,

asimila la habilitación a la concesión de la emancipación por el padre o madre (19).

Y esta voluntad del Consejo de Familia se forma por la idea de que el menor ha alcanzado una madurez suficiente para regirse con independencia.

5. ¿QUIENES PUEDEN SOLICITARLA?

Pueden solicitarla el propio menor, el tutor o protutor, algún Vocal, el Consejo de Familia o bien algún pariente del menor (20).

6. REQUISITOS.

A) PERSONALES:

a) *Intervención del Consejo de Familia*, el cual habrá de reunirse para conceder la habilitación. A esta sesión no tienen por qué asistir el tutor ni el protutor, a no ser que el propio Consejo de Familia les haya citado, o éste se haya reunido a su instancia (21). Sin embargo, entendemos que lo lógico es que sean citados y el Consejo de Familia les oiga sobre la conveniencia de la habilitación para el menor, puesto que precisamente su cargo les ha conferido un mayor contacto con el menor, y, por tanto, son los más indicados para alegar razones en pro o en contra de la habilitación (22).

b) *El menor tiene derecho a asistir* a esta reunión del Consejo de Familia y, sobre todo, a ser oído (23), ya que ha de consentir en la habilitación.

c) *El menor ha de tener dieciocho años cumplidos* (24),

d) *El menor ha de ser huérfano de padre y madre* (25).

B) FORMALES:

a) *El Consejo de Familia habrá de constituirse legalmente*; es decir, habrán de estar presentes al menos tres vocales (26).

no tendría sentido privar de tal derecho al Consejo de Familia cuando la patria potestad se ha extinguido, aunque sea en vida de los padres. DE CASTRO (ob. cit., pág. 215) interpreta la frase en el sentido de *sujeto a tutela por no estar bajo la patria potestad*.

(18) Vid. art. 322 del Código civil.

(19) Vid. MANRESA, «Comentarios al Código civil español», T. II, Madrid, 1907, pág. 724.

(20) Vid. MANRESA, ob. cit., pág. 726.

(21) Art. 308, párrafo 1.º del Código civil.

(22) Vid. MANRESA, loc. cit.

(23) Arts. 308, párrafo 2.º y 323 del Código civil.

(24) Art. 323 del Código civil.

(25) Art. 322 del Código civil. Vid. supra nota 17.

(26) Art. 305 del Código civil.

b) *El acuerdo del Consejo de Familia ha de ser razonado.* Es decir, ha de justificar que el menor reúne las condiciones del artículo 323 del Código civil, y que es conveniente al mismo la habilitación.

En el acta de la sesión del Consejo de Familia en que se acuerde la habilitación, puede constar la conformidad del menor. Sin embargo, creemos no sería esto suficiente, ya que no es ésta una forma auténtica, por lo que parece sería necesario que constase en escritura pública otorgada ante Notario, puesto que el Reglamento del Registro civil exige la forma auténtica (27).

Se plantea el problema de si, denegada la habilitación, sería apelable esta decisión del Consejo de Familia ante el Juzgado de Primera Instancia. Así parece reconocerlo el artículo 310 del Código civil. En este sentido se pronuncia MUCIUS SCAEVOLA (28), no, en cambio, la generalidad de la doctrina (29). En nuestra opinión, no cabe la apelación, la razón es que si fuese apelable y se revoca el acuerdo del Consejo, ya no sería concedida la habilitación por el Consejo de Familia, sino por la Autoridad Judicial, lo que está en abierta contradicción con el artículo 322 del Código civil y con el fundamento de la institución misma.

Lo que sí puede hacerse, si se ha disentido de la mayoría, es informar al Presidente de la Audiencia, o denunciar al Ministerio Fiscal, antes de la aprobación, las razones por las que se considere que la habilitación no es conveniente al menor.

c) *El acuerdo ha de adoptarse por mayoría de votos,* decidiendo el voto del Presidente del Consejo en caso de empate (30).

d) Aunque al Consejo de Familia corresponde otorgar la habilitación, ésta *ha de ser aprobada por el Presidente de la Audiencia Territorial* del distrito, oído el Ministerio Fiscal (31).

Para ello, se remitirá certificación del acuerdo del Consejo de Familia por el Juez Municipal, a través del Juzgado de Primera Instancia, al Presidente de la Audiencia Territorial (32).

El Presidente de la Audiencia inicia un trámite gubernativo, lo pasa a informe del Ministerio Fiscal, el cual dará su conformidad o disconformidad, o bien —si lo estima oportuno— pedirá mayor información sobre la conveniencia. El Presidente puede seguir el parecer del Ministerio Fiscal o pedir la mayor información por propia iniciativa.

(27) Art. 176 del Reglamento del Registro civil.

(28) Ob. cit., pág. 529; aunque a continuación agrega que «pudiera sostenerse que siendo la habilitación de edad una concesión del Consejo a favor del menor, pero no un derecho de éste concedido por la Ley, el acuerdo negativo del Consejo no es susceptible de recurso alguno».

(29) Vid., por todos, MANRESA, ob. cit., pág. 727.

(30) Art. 305 del Código civil, párrafos 2.º y 3.º

(31) Art. 322 del Código civil.

(32) Vid. MANRESA, ob. cit., pág. 727.

Una vez aprobada la habilitación por el Presidente de la Audiencia, se libraré testimonio para entregar al menor.

c) *Inscripción en el Registro de Tutelas.*—A tenor del párrafo 2.º del artículo 323 del Código civil, la habilitación deberá hacerse constar en el Registro de Tutelas y anotarse en el Registro civil (33).

La Ley de Registro civil de 1957, en su artículo 46, establece que se haga constar por inscripción marginal en el acta de nacimiento; inscripción que se practicará en virtud de los títulos que señala el artículo 176 del Reglamento del Registro civil: “certificación firmada por el Presidente del Consejo de Familia del acta de la concesión del beneficio, testimonio de la aprobación del Presidente de la Audiencia Territorial, y acreditación auténtica del consentimiento del menor”.

Se requiere, también, la anotación en el Registro de Tutelas. Ahora bien, en la regulación del Registro de Tutelas no se menciona la habilitación de edad como objeto del mismo, ni tampoco se habla de la anotación de la habilitación. Entendemos no hay que deducir que no deba inscribirse en el Registro de Tutelas, ya que está mandado expresamente por el Código civil; y, aunque no haya una referencia expresa en la Ley de Registro civil, como la habilitación es una causa de extinción de la tutela, por este camino puede llevarse al Registro, a tenor del artículo 88 de la Ley de Registro civil y artículo 288-3.º del Reglamento del Registro civil, por nota marginal en la primera inscripción de la tutela.

Finalmente, es de notar que en tanto no se efectúe la inscripción la habilitación no produce efectos contra terceros de buena fe, ya que la hemos equiparado a la emancipación (34). Es decir, la inscripción tiene un valor declarativo (35).

7. CAPACIDAD DEL HABILITADO DE EDAD.

Si consideramos la habilitación como una especie o forma de emancipación, a la vez que la hemos equiparado —reconociéndola un similar fundamento— a la emancipación voluntaria del padre o madre, lógicamente, también, debemos establecer iguales efectos para aquélla que para ésta.

Ahora bien, esta igualdad de efectos no responde a una idea exclusivamente doctrinal, sino a un imperativo legal, puesto que el artículo 324 del Código civil establece los mismos efectos para la habilitación de edad que para la emancipación, al decir que “es aplicable al menor que hubiese obtenido la habilitación de mayor edad lo dispuesto en el artículo 317”. Por consiguiente, y a tenor de

(33) Art. 1.º4 de la Ley de Registro civil.

(34) Vid. art. 316 del Código civil.

(35) Vid., en este sentido, DE CASTRO, ob. cit., pág. 215.

este precepto, al menor se le habilita para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá tomar dinero a préstamo, gravar ni vender bienes inmuebles sin consentimiento de un tutor, así como tampoco podrá comparecer en juicio sin la asistencia de dicho tutor. En consecuencia, el artículo 317 le prohíbe ciertos actos por considerarlos peligrosos para el menor habilitado.

El resultado es, como dice DE BUEN (36), que “contrasta la protección concedida a la fortuna inmobiliaria del menor con la ausencia total de medidas protectoras respecto a la fortuna constituida por bienes muebles, los cuales pueden constituir un capital de mayor importancia que aquélla, dado el carácter de la riqueza de nuestros días”.

En realidad, esto no es más que el fiel reflejo en nuestro Código civil de la vieja idea de que sólo las cosas inmuebles tienen valor, que en el Derecho medieval se tradujo en los axiomas: “*res movilis, res vilis*” y “*vilis mobilium possessio*”. Lo que debe hacernos pensar en la necesidad de una reforma, o, de lo contrario, ¿no será de peor condición un menor habilitado cuya fortuna sea inmobiliaria, que aquél que la tenga mobiliaria? Pues, mientras el primero estará condicionado por las limitaciones del artículo 317 del Código civil, el otro, en cambio, tendrá una plena libertad y capacidad de obrar.

8. TUTELA DEL HABILITADO DE EDAD.

Del simple examen del artículo 317 del Código civil se deduce claramente que en el supuesto de habilitación de edad o emancipación no hay una completa extinción de la tutela, sino que subsiste una tutela especial y restringida, que se contrae a los concretos actos que dicho precepto especifica.

Lo primero que cabe preguntarse es si esta tutela es unipersonal, o continúa el Consejo de Familia.

A favor de la subsistencia del Consejo de Familia se ha aducido, entre otras razones, que las facultades que el artículo 317 del Código civil señala al tutor no son propias del mismo. En este sentido, ROYO MARTÍNEZ entiende que habrá que considerar subsistente el Consejo de Familia al único efecto de facultar al tutor para consentir en los casos a que se refiere el artículo 317 (37).

En contra, pueden citarse los siguientes preceptos del Código civil: *Primero*, el núm. 1 del artículo 200, a cuyo tenor están sujetos a tutela los menores de edad no emancipados legalmente. *Segundo*, el artículo 278, según el cual por la habilitación de edad se extingue

(36) Ob. cit., pág. 249.

(37) Ob. cit., pág. 362.

la tutela. *Tercero*, el artículo 313, que dispone que el Consejo de Familia se disuelve en los mismos casos que se extingue la tutela. Y, *cuarto*, el artículo 324 que remite al artículo 317, y éste reconoce los mismos efectos a la habilitación de edad que a la emancipación.

Ávala, también, este criterio legal el que, hasta ahora, hemos venido considerando la habilitación de edad como una especie de emancipación, equiparándola a la emancipación voluntaria del padre o madre (y éste es el espíritu del art. 317), luego la intervención del tutor debe ser idéntica a la de los padres y sin más trabas. En este sentido, la *Sentencia del T. S. de 12 de febrero de 1902* dice que la "intervención obligada del tutor en defecto del padre o de la madre es absolutamente idéntica a la de éstos, toda vez que la Ley no distingue ni exige que el tutor a su vez impetre del Consejo de Familia la correspondiente autorización, como la requiere expresamente para casos distintos; y no sería conforme, no ya con la letra, sino con el sentido y espíritu de la Ley, extender las funciones del Consejo de Familia a otros actos que aquellos que taxativa y concretamente están señalados en la misma".

Igualmente, es de señalar, en favor de este criterio, que el tutor, cuando la tutela es plena, es un representante del menor y aunque necesita autorización del Consejo de Familia para ciertos actos, en realidad es él quien actúa, si bien en nombre del menor; mientras que tratándose de un habilitado de edad el que actúa es el propio menor. Es decir, estamos ante una tutela especial, intermitente, unipersonal y restringida para actos concretos y determinados. Es una especie de tutor "ad hoc".

Además, si el legislador hubiera querido la subsistencia del Consejo de Familia lo hubiera dicho, o al menos no habría establecido lo contrario. Y, por otra parte, no hay que olvidar que las disposiciones sobre capacidad, sobre todo cuando se trata de excepciones, deben interpretarse restrictivamente.

¿Qué tutor será el que deba consentir? Lo normal es que continúe el tutor que estuviese ejerciendo la tutela plena (38). Sin embargo, puede muy bien suceder que no sea posible y que el Consejo de Familia nombre otro, por ejemplo, si al anterior no le son aprobadas las cuentas, o ha sido removido, etc.

Incluso cabe que el nombramiento de tutor fuese hecho por la Autoridad judicial, piénsese, por ejemplo, en el supuesto de un menor huérfano de madre, que es emancipado por el padre, y después éste fallece, habría que nombrarle un tutor y no hay Consejo de Familia, habrá que pensar en la figura del defensor judicial de menores, imponiéndose la aplicación analógica del artículo 165 del Código civil.

(38) Vid. Sentencia de 12 de febrero de 1902.

9. FIN DE LA HABILITACION DE EDAD

Cesa la habilitación de edad, como es lógico, en el momento en que el menor habilitado alcanza la edad de veintiún años.

Pero, ¿antes de alcanzar el habilitado la mayoría de edad puede cesar la habilitación?, ¿puede volver el habilitado a la tutela? Es decir, ¿es revocable este estado por el Consejo de Familia o por la Autoridad judicial? No, no es posible porque el artículo 310 del Código civil establece taxativamente que, concedida la emancipación (hay que entender o "habilitación"), no podrá ser revocada. Y, sobre todo, porque el Consejo de Familia se ha disuelto, y la Autoridad judicial no puede revocarla, ya que entonces sería ella y no el Consejo quien concedería la habilitación.

Ahora bien, lo que puede hacer la Autoridad judicial es no aprobar la habilitación, si en el trámite estimara que no está justificada la conveniencia.

También, puede terminar porque el menor habilitado vuelva a tutela, pero a otra tutela nueva, distinta de la anterior, por ejemplo, en caso de prodigalidad, locura o interdicción civil.

El domicilio

RAFAEL ALVAREZ VIGARAY
(Profesor Adjunto de Derecho civil)

SUMARIO: 1. Importancia jurídica del domicilio.—2. Concepto de domicilio.—3. Sistemas de determinación.—4. Naturaleza jurídica.—5. Clases de domicilio.—6. Domicilio voluntario: adquisición y pérdida.—7. El problema de la unidad o pluralidad de domicilios.—8. Carencia de domicilio.—9. Domicilios legales.—10. Consideración especial del domicilio de la tutela.—11. Domicilio electivo.—12. Domicilio de las personas jurídicas.—13. La residencia y el paradero.

1. *Importancia jurídica del domicilio.*—Entre los comentaristas del Código civil (1) está extendida la creencia de que el domicilio tiene una importancia jurídica secundaria, pues sus efectos jurídicos se limitan casi a las consecuencias procesales de determinación de la competencia de los tribunales.

Ciertamente, uno de los efectos del domicilio, es el de servir en muchos casos para la determinación de la competencia de los tribunales; pero éste es solamente uno más de los múltiples efectos que están concatenados al domicilio, pues, como observa De Castro (2), una enumeración completa de las disposiciones jurídicas que utilizan el concepto de domicilio, para localizar efectos de las relaciones jurídicas, exigiría un previo y detenido estudio de casi todas las instituciones jurídicas. Es más, el domicilio regulado por el Código civil despliega sus efectos no sólo en todo el ámbito del Derecho privado, sino también en el Derecho procesal civil y en el Derecho internacional privado.

En el ámbito del Derecho civil existen numerosos intereses para la determinación del domicilio. En el domicilio es donde principalmente es conocida la persona; por ello se organiza en él la publicidad de ciertos actos concernientes al estado civil de la persona de los cuales tendrían difícilmente conocimiento los terceros, si no existiera esta especie de puerto de amarre de la persona que es el domicilio.

(1) Entre otros, MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, t. I, 6.^a edición, Madrid, 1943, págs. 307-311.

(2) *Derecho Civil de España*, t. II-1, Madrid, 1952, págs. 453-454.

En este sentido, es en el domicilio de los futuros cónyuges donde se efectúan las proclamas de su matrimonio (art. 89 C. c.), por ser el lugar donde es más fácil que los terceros tengan conocimiento de la existencia de impedimentos. Asimismo, el domicilio fija la competencia del juez municipal para la celebración del matrimonio y es el lugar donde se han de inscribir los actos referentes al estado de la persona en general, y en especial, respecto a la nacionalidad, vecindad civil y matrimonio.

En segundo término, es necesario, a veces, centralizar algunas instituciones para evitar una gestión fragmentaria que podría resultar perjudicial, y así la tutela se ejerce en el domicilio del tutor; las operaciones de la quiebra o del concurso se efectúan ante los tribunales del domicilio del quebrado o concursado; la herencia se centraliza en el último domicilio del causante.

En tercer término, el domicilio es el lugar donde la persona tiene centralizada su vida, y por tanto en donde normalmente ha de cumplir los deberes que se le imponen y ha de pagar sus deudas.

En cuarto lugar, para los terceros que están obligados a reclamaciones o notificaciones es importante que se fije un lugar donde se estimen efectuados válidamente esas notificaciones o requerimientos, y ese lugar es el domicilio. Así, no es necesario notificar todos los actos a la persona misma, es decir, entregarle en propia mano los documentos, pues sería de temer que cada vez que tuviera interés en ello se ocultara. Hay por tanto que decidir que será tenida por válida una notificación hecha en el domicilio y que corresponde a la persona que abandona momentáneamente su domicilio el mantenerse informada de los documentos que en él recibe.

En Derecho internacional privado el domicilio ha perdido la transcendental importancia que antiguamente tuvo para determinar el estatuto personal de cada individuo. Si bien lo sigue determinando todavía en el Derecho anglosajón. No obstante, en el Derecho internacional privado, el domicilio sirve aún como estatuto personal subsidiario, a falta de nacionalidad. Además es el fuero general determinante de la jurisdicción sobre los extranjeros.

Finalmente, en Derecho procesal, como queda indicado, el domicilio determina en numerosos supuestos la competencia de los tribunales. Además, se tiene en cuenta como lugar en que se han de efectuar las citaciones judiciales, y también como lugar en que se ha de averiguar la pobreza en el expediente para ser defendido y litigar como pobre.

2. *Concepto de domicilio.*—Establecida la importancia del domicilio por las múltiples y varias consecuencias jurídicas que produce, procede en primer lugar precisar la noción del mismo y establecer qué se entiende por domicilio.

Como observa De Castro (3), las definiciones del domicilio pueden realizarse siguiendo un doble criterio: cabe atender a los requisitos que ha de tener un lugar para ser domicilio, o bien a la eficacia jurídica atribuída al domicilio. La definición legal tiene en cuenta ambos aspectos, pero lo caracteriza como el lugar de residencia habitual de la persona para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones, es decir, atiende preferentemente al primero de los aspectos señalados.

Precisando más lo define De Castro (4) como el lugar de residencia habitual de la persona, en cuanto medio principal para la localización jurídica de dicha persona. Una definición atendiendo a la eficacia jurídica del domicilio es la que propugna Enneccerus, al decir (5) que domicilio es un lugar que el Derecho considera como el centro de las relaciones de una persona.

3. *Sistemas de determinación.*—Pero, para una más detallada comprensión de lo que es el domicilio y de la causa de las notables diferencias de las definiciones que sobre él existen en las legislaciones y en la doctrina jurídica, conviene exponer brevemente los diversos sistemas posibles de determinación del domicilio.

En un primer sistema el domicilio se fija teniendo en cuenta los intereses y las actividades de la persona, sin preocuparse de su verdadera residencia. El domicilio en este sistema se encuentra en el lugar del establecimiento principal. Este sistema es el seguido por el Derecho francés y, aunque lleva consigo notables inconvenientes que después estudiaremos, no deja de implicar algunas ventajas; entre ellas pueden citarse la estabilidad, porque, por regla general, el centro de las actividades, el establecimiento principal es fijo, no cabe cambiarlo continuamente, como sí se puede cambiar de residencia. Por otra parte, es en el establecimiento principal donde la mayor parte de los terceros se relacionan con la persona, y por tanto para ellos será más cómodo que su domicilio se encuentre en ese lugar.

Pero, al mismo tiempo que estas ventajas, el sistema de domicilio seguido en el Derecho francés lleva consigo una serie de inconvenientes, que prácticamente anulan las ventajas. Uno de esos inconvenientes es la multiplicidad actual de las actividades de la persona: cuando un individuo tiene varias actividades en diferentes lugares, los terceros se encontrarán con el difícil problema de determinar cuál de ellas es la principal. Por el contrario, un individuo puede no tener ninguna actividad, y entonces será difícil determinar el centro de sus negocios.

Además el concepto del domicilio del Derecho francés tiene el inconveniente de que está íntimamente ligado con el concepto de patri-

(3) *Derecho Civil de España*, t. II-1, Madrid, 1952, pág. 450.

(4) *Derecho Civil de España*, t. II-1, Madrid, 1952, pág. 450.

(5) *Tratado de Derecho Civil*, trad. y notas de Pérez González y Alguer, tomo I, vol. 1, Barcelona, 1934, pág. 403.

monio. El domicilio es el centro de los negocios, es decir, el lugar geométrico de su patrimonio. Y, de la misma manera que toda persona tiene un patrimonio, en el Derecho francés todo individuo ha de tener un domicilio. Finalmente, como regla, la persona sólo puede tener un domicilio, de la misma manera que por regla o norma general sólo tiene un patrimonio.

De este modo en el sistema francés el domicilio reúne los caracteres de fijeza, es decir, ser fijo, obligatorio y único. Estos caracteres chocan con la realidad práctica y han obligado a la jurisprudencia francesa a atenuarlos, porque determinar el domicilio sin tener en cuenta la residencia era obligar a los terceros a efectuar indagaciones difíciles y la unidad de domicilio presentaba serios inconvenientes cuando una persona tenía intereses diversos en varios lugares; por eso el Derecho positivo francés se ha encontrado en la necesidad de tener en cuenta cada vez más la residencia, considerándola como elemento de la determinación del domicilio, y además con la doctrina jurisprudencial del domicilio aparente y la admisión de la existencia de domicilios secundarios quiebra, en gran medida, la doctrina o principio del domicilio único.

El segundo sistema de fijar el domicilio es ateniéndose a la residencia. En este sistema los terceros pueden confiarse en las circunstancias reales; si un individuo reside en un lugar, en él se encuentra situado su domicilio. Pero la residencia por sí sola es un dato inseguro, porque puede ser modificada en cualquier instante por la persona que quiera escapar a las demandas judiciales. Por eso nuestro Código civil, que como hemos visto sigue el sistema de la residencia, añade a él un ulterior requisito que es la habitualidad.

Con eso, en nuestro Derecho, el domicilio reviste los caracteres de ser personal, es decir, que cualquier persona, sea español o extranjero, puede tener domicilio, a diferencia del Derecho francés en el cual el extranjero sólo puede tener un domicilio de hecho, y de ser realista, pues se basa en el hecho real de la residencia y descarta ficciones como la conservación indefinida del domicilio de origen, a la cual acude la doctrina francesa en un ineficaz esfuerzo por mantener el principio de la necesidad del domicilio; finalmente, en nuestro Derecho, el domicilio ha de ser concretado según la norma que a él se refiere y puede referirse al territorio de un Estado, o a una provincia o territorio con especial legislación, y entonces determina la ley aplicable o la jurisdicción, o bien a un distrito o pueblo, y entonces determina la competencia, o en fin a una casa habitación, como cuando se establece que el pago deberá efectuarse en el domicilio del deudor.

El tercer sistema que cabe imaginar para la determinación del domicilio es aquel en que la persona podría fijar a su voluntad su domicilio, con la condición de que, una vez elegido éste, no podría modificarlo sin ciertas formalidades. En este sistema los terceros encuentran la

ventaja de una gran seguridad. Es este el domicilio elegido, que como domicilio especial consideraremos más adelante al hablar de las clases de domicilio.

4. *Naturaleza jurídica.*—Muy debatida es la naturaleza jurídica del domicilio. A juicio de Von Tuhr (6) y de Aubry et Rau (7), se trata de una relación jurídica, que podría sintetizarse diciendo que el domicilio es la relación entre una persona y un lugar. Pero en contra observa Planiol (8) que el domicilio es simplemente un lugar. De todos modos, hay que tener en cuenta que el domicilio no es un concepto de mero hecho, sino que tiene naturaleza jurídica; ciertamente que, al definirlo en nuestro Derecho como «el lugar de residencia habitual» casi siempre coincide con la residencia permanente de hecho, con el lugar en que se habita; pero no es necesario que así sea, por ejemplo, si un menor de edad se marcha a otro lugar sin asentimiento de su representante legal, no tendrá en él su domicilio, y a veces el domicilio legal radica en lugar distinto al de la residencia.

En nuestro Derecho el domicilio es simplemente una situación de la persona, que influye sobre una serie de relaciones jurídicas y que, en contra de los pareceres antes aducidos, no puede estimarse como relación jurídica entre la persona y el lugar de su residencia, pues la persona no está ligada por ningún vínculo jurídico al lugar y éste simplemente sirve para localizar a la persona a ciertos efectos.

5. *Clases de domicilio.*—El domicilio que se fija por la residencia habitual en un lugar es el llamado domicilio real; pero además de por la residencia habitual, cabe fijar el domicilio por la ley (domicilio legal) o por la voluntad de las partes (domicilio electivo). Así puede clasificarse el domicilio por sus efectos en general (en el que radican la generalidad de los efectos señalados al domicilio) y especial o electivo (que se constituye para una relación o negocio determinados). Por su origen el domicilio se clasifica en voluntario o legal.

Una clasificación tripartita por la fuente u origen del domicilio es la que distingue entre: 1. Domicilio voluntario, que es el lugar de residencia habitual, el cual depende en principio de la voluntad de la persona; 2. Domicilio legitimo, creado por la ley en favor de la mujer casada, de los hijos sometidos a la patria potestad y de las personas sometidas a tutela, y 3. Domicilio necesario, que es el señalado por la ley al empleado, al militar y al diplomático. De todos ellos el tipo básico y general de domicilio es el domicilio voluntario, que será estudiado como figura central, y después aludiremos a las otras clases de domicilio como formas especiales de esta institución.

(6) *Teoría general del Derecho civil alemán*, vol. I-2, Buenos Aires, 1946, página 76, nota 1.

(7) *Cours de Droit Civil français*, 5.^a edic. t. I, § 141, texto y nota 1.

(8) PLANIOL Y RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. I, París, 1925, pág. 155; RIPERT-BOULANGER, *Traité de Droit civil d'après le Traité de Planiol*, t. I, París, 1956, pág. 382.

6. *Domicilio voluntario: adquisición y pérdida.*—El domicilio voluntario es el que se establece libremente y se funda en la elección de la residencia habitual. Este domicilio, pues, depende de la voluntad individual a la cual nada impide situarlo incluso fuera de España. El domicilio voluntario es el regular o normal.

Según la opinión dominante, el domicilio voluntario se constituye por la concurrencia de dos requisitos: la voluntad de establecerse o residir permanentemente en un lugar y por el establecimiento efectivo en ese lugar. La voluntad tiene que orientarse a constituir en el lugar el centro de las relaciones de la vida. Así el que vive en el campo y sólo tiene en la ciudad un despacho, un local de negocios o un taller, no tiene su domicilio voluntario en la ciudad, a lo sumo podrá tener en ésta un domicilio comercial.

Además hay que querer establecerse con carácter permanente, es decir, no para siempre, pero sí por largo tiempo, hasta que haya una razón para mudar el domicilio; por tanto es menester que no tenga un carácter meramente temporal, para un fin determinado y por el tiempo que este dure. No obstante, el domicilio puede conciliarse con el propósito o la esperanza de cambiarlo, si se presentan ciertas circunstancias, como, por ejemplo, en el caso del funcionario que calcula obtener un traslado.

La voluntad de establecerse tiene que ser ejecutada por actos exteriores, por lo general es necesario que el interesado ocupe una vivienda o por lo menos la alquile. El alojamiento en un hotel, en principio, es insuficiente para constituir el domicilio, a no ser que tenga simplemente el carácter de un acomodo, con el propósito de residir en él indefinidamente, establemente, o al menos hasta encontrar vivienda.

Estos dos elementos de la constitución del domicilio, que señala la doctrina, están contenidos en la definición de domicilio del artículo 40 C. c., pues, al decir que el domicilio es «el lugar de la residencia habitual», comprende dos elementos: 1.º La residencia o elemento físico y 2.º La voluntad de residir de modo estable o elemento intencional. El primer elemento se exige de modo expreso; en cambio, el segundo va implícito en la expresión «residencia habitual». En este sentido, la habitualidad es interpretada por unos como intención de establecerse de modo permanente en un lugar y, por otros, en el sentido de residencia prolongada en un lugar.

Los partidarios de la primera interpretación aducen que, de seguir esta segunda interpretación, que entiende la habitualidad como residencia prolongada en un lugar, habría que esperar a que transcurriera cierto tiempo desde el establecimiento de la persona en un lugar, para poder atribuir a su residencia carácter habitual y, en cambio, de seguir la interpretación de la habitualidad como intención de establecerse permanentemente en un lugar, basta con que una persona se establezca en un lugar con intención de permanecer en él, para que se entienda que está allí constituido su domicilio civil.

Pero a esta interpretación se le objeta que si bastará un día o un momento de residencia con ánimo de permanencia, para que se constituya un domicilio y termine el anterior, aunque al momento o al día siguiente se establezca otro de igual modo. Por eso se señala que la habitualidad es un carácter de la residencia, que ha de deducirse de la manera de residir y no de una investigación psicológica.

En cuanto a la prueba del domicilio hay que distinguir la cuestión de Derecho de la cuestión de hecho. El precisar qué requisitos ha de tener el domicilio y su respectivo valor es cuestión de Derecho; en cambio es cuestión de hecho, cuya apreciación corresponde a los tribunales de instancia, el decidir si en el caso en litigio existen dichos requisitos de residencia y habitualidad.

Para la prueba de la existencia o inexistencia de la residencia habitual son admisibles todos los medios de prueba que reconoce el Derecho. Como indicios más importantes tenidos en cuenta por la jurisprudencia pueden citarse: las certificaciones del censo de población, censo electoral y padrón de habitantes del término municipal, haber sido emplazado por otro motivo judicialmente en determinado lugar, acta notarial de declaración del portero del edificio, vivir con la familia, tener un establecimiento mercantil y, finalmente, presunción de continuar residiendo en el antiguo domicilio.

De la misma manera que para constituir el domicilio son necesarios la residencia y la intención de que ésta tenga carácter habitual, para la cesación del domicilio son también necesarios dos requisitos:

- 1.º Que la persona vaya a habitar efectivamente a otro lugar.
- 2.º Que lo realice con la intención de establecer en el nuevo lugar elegido su residencia habitual.

La determinación de la concurrencia de estos dos requisitos, especialmente el de la intención de establecer en el nuevo lugar la residencia habitual, es cuestión de hecho, por lo que está reservada la apreciación de ella a los tribunales de instancia. Pero como quiera que la cesación o abandono del antiguo domicilio no requiere, en nuestro Derecho, la constitución de uno nuevo, puede decirse que los requisitos para la cesación del domicilio son: la voluntad de abandonarlo, es decir, la intención de no considerarlo como lugar de residencia habitual, y la realización de esa voluntad mediante la correspondiente conducta. Por ejemplo, no abandona el domicilio quien desocupa la vivienda y deposita o almacena sus muebles, proyectando partir para un largo viaje y, a su regreso, ocupar otra vivienda en la misma población. Tampoco abandona el domicilio quien tiene la firme resolución de dejarlo para siempre, pero no efectúa ninguna conducta para realizar ese propósito.

La prueba de la intención de trasladar a otro lugar la residencia habitual dependerá de las circunstancias, pudiéndose atender a una serie de indicios, de los cuales ninguno tiene un valor absoluto, pero de cuyo conjunto el tribunal de instancia puede decidir libremente si el

domicilio ha sido o no trasladado. De esas circunstancias las principales son las siguientes:

1.^a Duración y continuidad de la residencia en el nuevo establecimiento.

2.^a Condiciones materiales de la instalación nueva, especialmente si el interesado ha transportado a ella su mobiliario, su personal doméstico, su familia, etc.

3.^a Aunque en nuestro Derecho el domicilio se determina por la residencia habitual y no por el centro del patrimonio, no obstante en el cambio del domicilio deberá tenerse en cuenta también el desplazamiento de los intereses materiales, y así se considerará el ejercicio de una profesión en el nuevo lugar, que será tanto más de estimar cuanto que la profesión sea más estable. Otros intereses materiales que pueden servir de indicios del cambio del domicilio son las enajenaciones o adquisiciones de propiedades inmobiliarias, la apertura de cuentas corrientes, etc.

4.^a Finalmente, en la duda, la residencia habitual es la que el interesado considera como tal, y así se tendrá en cuenta el lugar que el interesado ha declarado como su domicilio al celebrar los contratos. Estos indicios podrán coincidir, y entonces permitirán con toda seguridad formular una presunción «iudicis» de la existencia, o mejor, del cambio del domicilio que ellos indiquen, o bien podrán no concordar, y entonces el juez tendrá que ponderar la respectiva importancia de los de sentido contrario.

El acto o los actos que determinan la constitución o cambio del domicilio son actos con efectos jurídicos, y, en su conjunto constituyen un «acto jurídico»; pero no un negocio jurídico. Es necesaria la voluntad de establecerse o residir habitualmente, pero no es necesario que se quiera ni aún que se conozca el efecto jurídico del acto, es decir, la adquisición o cambio del domicilio; quien establece su residencia habitual en cierto lugar, adquiere el domicilio, quien abandona para siempre lo que hasta entonces fue su residencia habitual pierde el domicilio, aunque no tuviera intención de adquirir o de perder el domicilio y expresara claramente esa voluntad. En cuanto a la capacidad exigida para este acto jurídico, puede decirse que, en principio, las personas incapaces no pueden adquirir o abandonar el domicilio sin la voluntad de su representante legal.

7. *El problema de la unidad o pluralidad de domicilios.*—Una cuestión muy debatida es la de si el domicilio ha de ser único o, por el contrario, la persona puede tener una pluralidad de domicilios.

En el Derecho francés el principio de la unidad del domicilio fue afirmado en los trabajos preparatorios del Código civil y resulta implícitamente de las disposiciones de éste. Dicho principio de unidad ha sido admitido también por el Código civil suizo en su artículo 23; pero, tanto en Francia como en Suiza, no puede subsistir más que a pesar

de un gran número de derogaciones admitidas por la ley o por la jurisprudencia y que la doctrina procura extender.

En cambio, el artículo 7 del B. G. B. alemán, en su párrafo segundo admite el domicilio múltiple, el cual se presenta cuando la actividad de una persona se desarrolla en dos lugares, sin que pueda afirmarse que uno de ellos constituye el principal. Así, por ejemplo, cuando el propietario de una finca de campo la administra en persona y tiene además un establecimiento en la ciudad; o cuando un médico ejerce en la ciudad durante el invierno y en un balneario durante el verano. La doctrina alemana dominante entiende que en tales casos ambos lugares deben considerarse contemporáneamente como domicilio, de modo que cada uno determina la competencia judicial general y en cada uno procede el cumplimiento de las obligaciones. Pero, en contra, se ha sustentado la tesis de que en los casos mencionados existe un domicilio alternativo, es decir, que el propietario de una finca de campo está domiciliado en ella durante el verano y en el invierno lo está en la ciudad. A esta opinión se opone el inconveniente de que en esa hipótesis existiría una incertidumbre para los terceros, y es la de si el cambio de domicilio se determinará por las etapas de tiempo en que el propietario habita normalmente en esos lugares o dependerá de su residencia efectiva en esos sitios, y en cada oportunidad que puede ser enteramente casual.

En nuestro Derecho el Código civil no aborda, ni se plantea esta cuestión del doble domicilio; pero, dado el carácter realista de la definición del Código, la doctrina entiende que nada se opone a que se admita la pluralidad de domicilios, siempre que respecto a dos lugares concurren simultáneamente los requisitos de existencia del domicilio. De Castro (9) aduce a favor de la admisibilidad de la pluralidad de domicilios:

1.º Que el Derecho romano y, siguiéndole a él, la doctrina romanista, admitieron la posibilidad de la existencia de más de un domicilio y no existe razón alguna para creer que el legislador se apartase de este antecedente.

2.º Que no hay obstáculo lógico a su admisión. Puede existir el caso de una persona que resida una parte del año en un lugar y otra parte del año en lugar distinto y en ambos con carácter de habitualidad.

3.º Que el criterio legal parece ser este, al no haberse seguido la determinación del domicilio por el establecimiento principal, que es el que ha llevado a la doctrina francesa e italiana a mantener la unidad.

4.º Que es la solución más conforme al criterio realista del domicilio y la que mejor se compagina con las necesidades de la práctica.

Se plantea en nuestra doctrina la cuestión de si, en el caso de que una persona resida de modo habitual la mitad del año en un lugar y la mitad del año en otro, sin que se pueda descubrir la intención de establecer exclusivamente el domicilio en uno de esos dos lugares, exis-

(9) *Derecho Civil de España*, t. II-1, Madrid, 1952, págs. 451-452.

tirá una pluralidad de domicilios o un domicilio alternativo. Creemos más práctica la admisión de la existencia de doble domicilio por las razones expuestas al tratar de esta cuestión en la doctrina alemana y además porque en nuestro Derecho el domicilio se determina por la residencia habitual, por lo que es posible admitir la pluralidad de domicilios en el caso de que una persona resida en dos lugares distintos igual tiempo en cada uno, y con intención de permanecer en ambos.

El domicilio voluntario doble no será el caso más frecuente, pues normalmente la persona tiene un sólo lugar de residencia habitual. Pero su admisión cuando concurren los supuestos en que descansa puede ser provechosa para el domiciliado, y lo es sin duda para las personas que con él mantengan relaciones jurídicas.

8. *Carencia de domicilio*.—El problema contrario al de la pluralidad de domicilios es el de falta de domicilio. La posibilidad de que una persona carezca de domicilio debe ser admitida sin vacilación, ya que incluso en ordenamientos jurídicos que, como el francés, admiten el principio de la necesidad del domicilio, reforzado con la ficción de mantenimiento indefinido del domicilio de origen, se encuentran en la precisión de admitir que haya personas sin domicilio, y así el artículo 59 del Código procesal civil francés permite emplazar al demandado ante el tribunal de su residencia «si no tiene domicilio», y el Código penal francés, asimismo sanciona en su artículo 270 el delito de vagabundaje contra aquellos que «no tienen ni domicilio cierto ni medios de subsistencia».

En nuestro Derecho, la falta de domicilio puede resultar porque no se haya tenido ninguno antes, así en las personas nómadas y errantes, o porque se abandone el domicilio hasta entonces existente y no se haya constituido otro todavía. El artículo 69 de la Ley de Enjuiciamiento civil confirma la posibilidad de la carencia de domicilio e incluso de residencia fija, al decir, en su párrafo segundo, que «los que no tuvieren domicilio ni residencia fija podrán ser demandados en el lugar en que se hallen».

Además, partiendo del concepto legal del domicilio como residencia habitual, es posible admitir que falte a una persona un domicilio, lo que sucederá siempre que no tenga residencia habitual, o sea, con intención de permanencia. No será, en cambio, falta de domicilio el caso de una persona que se ausente con frecuencia del lugar en que tenga establecida su residencia, ya que las interrupciones de ésta, aunque sean repetidas, como ocurre, por ejemplo, en los viajeros de comercio, no excluyen la habitualidad de la residencia y, si bien esas personas pasan la mayor parte del tiempo viajando, tienen su domicilio en el lugar que consideran su casa entre un viaje y otro.

9. *Domicilios legales*.—Además del domicilio voluntario, del que hasta ahora hemos hablado, existe como otra clase de domicilio el legal. De hecho un gran número de personas no son libres para elegir su do-

micilio, la ley les impone por domicilio, ya el de otra persona de la que jurídicamente dependen, ya un lugar donde les supone habitar. En principio, el domicilio así establecido es obligatorio como domicilio general y no pueden existir junto a él más que domicilios especiales o electivos. El domicilio legal es aquel que la ley considera como tal domicilio, aunque de hecho no se encuentre en él la residencia habitual, siendo decisivo en todas las cuestiones en que el domicilio tiene consecuencias jurídicas.

El Código civil no regula los domicilios legales. El artículo 40, después de definir el domicilio voluntario, añade que el domicilio de las personas naturales será «en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento civil». El alcance de esta remisión no está claramente señalado y se han propuesto dos interpretaciones. La primera es que la remisión se limita a los efectos procesales. En cambio, la segunda interpretación es que tiene lugar a todos los efectos, ya que el Código civil, a diferencia del Proyecto de Código civil de 1851, no ha regulado los domicilios legales, por estar estos disciplinados en las anteriores Leyes de Procedimiento, con el fin de evitar innecesarias repeticiones.

Los domicilios legales pueden clasificarse así:

1) Por dependencia jurídica. La mujer casada tiene el domicilio de su marido; el que está sometido a patria potestad tiene el domicilio de quien la ejerza sobre él, el que está su persona sometida a tutela, tiene el domicilio del tutor.

2) Por razón de extraterritorialidad. Los diplomáticos, residentes por razón de su cargo, en el extranjero, y que por ello gocen de extraterritorialidad, les corresponde como domicilio el último que hubieren tenido en territorio español (art. 40 C. c.).

3) Por razón del cargo. Los empleados tienen como domicilio legal el pueblo en que sirvan su destino; si por razón de él ambularen continuamente, lo tendrán en el pueblo en que vivieren más frecuentemente (art. 67 Ley Enjuiciamiento civil). Los militares en servicio activo tienen su domicilio legal en el pueblo en que se hallare el cuerpo a que pertenezcan (art. 68 Ley Enjuiciamiento civil).

4) Los comerciantes, en lo que concierne a los actos y contratos mercantiles y a sus consecuencias, tienen su domicilio legal en el pueblo donde radique el centro de sus operaciones mercantiles (art. 65 Ley Enjuiciamiento civil).

Domicilio de la mujer casada. El artículo 64 de la Ley de Enjuiciamiento civil atribuye a la mujer casada, no separada legalmente de su marido, el domicilio que éste tenga. Dicho domicilio legal es consecuencia de la obligación de vivir juntos que pesa sobre los cónyuges y de la consideración de que el marido es el jefe de la familia.

Este domicilio legal cesa, en principio, en cuanto no exista en la mujer el deber de «seguir a su marido», por tanto, con arreglo al artículo 58 C. c., la mujer puede constituir un domicilio independiente cuando el marido traslade su residencia a Ultramar o país extranjero.

Además cesa este domicilio legal por divorcio, ausencia o incapacidad del marido. Y termina por la disolución del matrimonio, es decir, por muerte del marido o también por declaración de nulidad del matrimonio, una vez que la sentencia declarando la nulidad tenga autoridad de cosa juzgada. Por tanto, mientras esta sentencia irrevocable no se haya pronunciado, el domicilio legal de la mujer no puede impugnarse alegando la nulidad, ni la mujer podrá pedir la suspensión del proceso en el que se le demande en su domicilio legal, alegando que su matrimonio es nulo o anulable, pues, de lo contrario, podría escapar a la persecución judicial por relaciones jurídicas que sustantivamente no están relacionadas con su matrimonio. Si, una vez que por cualquiera de esas causas ha cesado el domicilio legal de la mujer, ésta sigue residiendo habitualmente en el lugar antiguo, éste constituye para ella su domicilio voluntario.

Además, en nuestro Derecho, la jurisprudencia, siguiendo el criterio requerido por las necesidades prácticas, ha establecido la doctrina de que «constante matrimonio» la mujer adquiere domicilio propio cuando vive separada de hecho del marido con autorización expresa o tácita de éste. Finalmente, el domicilio familiar puede, en ciertos casos, ser creado por la mujer casada, determinando el domicilio del marido. Así ocurre cuando es tutora del marido o su representante legal, y también porque el domicilio de las personas casadas es el hogar o domicilio conyugal o familiar y éste se caracteriza por ser el hogar donde viven la mujer y los hijos, por lo que si el marido lo abandona injustificadamente, sin intentar establecer en otro sitio el domicilio de la familia, carece de facultad para crear otro domicilio, pues ha incurrido en abandono de familia.

El domicilio de los hijos sometidos a la patria potestad es el de sus padres (art. 64 Ley Enjuiciamiento civil). Por consiguiente, al determinarse este domicilio por la patria potestad, cabe decir que, si los hijos son legítimos o legitimados, comparten el domicilio del padre y, en su defecto, el de la madre, si son ilegítimos: naturales, el del padre que los haya reconocido, y, si son adoptivos, el del adoptante. La adopción y legitimación de los mayores de edad no influyen en su domicilio.

No es necesario que el hijo resida efectivamente con el padre (y así, la permanencia en un internado no suprime el domicilio legal): pero sí es necesario que el padre no haya consentido la constitución del domicilio del hijo en otro lugar, ya que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, basándose en el artículo 160 de C. c., que prevé el caso de que «el hijo viviere independientemente de los padres, con su consentimiento expreso o tácito», admite la posibilidad del domicilio independiente del hijo, siempre que éste tenga un domicilio propio que revista los caracteres de domicilio real y efectivo y el padre haya escogido otro domicilio, o bien cuando el padre haya consentido expresa o tácitamente que se domicilie en otro lugar.

Una vez constituido este domicilio real o voluntario del hijo, el

padre no lo podrá cambiar injustificadamente por su sola conveniencia; es más, existe la opinión de que, si el hijo abandona con consentimiento del padre el domicilio legal, éste no renace y, si vuelve a vivir con los padres, únicamente podrá constituir un domicilio voluntario. Además de para constituir un domicilio voluntario, el hijo puede abandonar el domicilio del padre para constituir un nuevo domicilio legal; así la hija menor que se casa adquiere el domicilio del marido y deja de tener el del padre. Los hijos menores emancipados pueden elegir libremente su domicilio.

Los menores o incapacitados sujetos a tutela tienen el domicilio de sus guardadores (art. 64 Ley Enjuiciamiento civil). Esta disposición hay que limitarla a los casos de tutela que implica guarda sobre la persona, pues la tutela limitada a la guarda de los bienes no puede originar la dependencia de domicilio, al no restringir la libertad personal del tutelado. La posibilidad de que el tutelado tenga propio domicilio está reconocida por el artículo 290-1 y 2 del C. c. para el momento de constituirse la tutela.

El domicilio legal de los empleados será el pueblo en que sirvan su destino. Cuando por razón de él ambularen continuamente se considerarán domiciliados en el pueblo en que vivieren más frecuentemente (art. 67 Ley Enjuiciamiento civil). Esta disposición puede basarse en la obligación de residencia que, por lo general, el Derecho administrativo impone a estas personas en el lugar donde desempeñan sus funciones. Quedan domiciliadas en ese lugar desde el momento en que toman posesión de sus cargos, aun cuando, de hecho, residan en un lugar cercano o en otro sitio.

Como observan Colin y Capitant (10), esta solución es un abuso de lógica, que se presta a situaciones absurdas y es muy difícil de justificar racionalmente. Por eso De Castro (11) indica que, como este precepto de la ley procesal no se justifica en motivos de Derecho civil, ni tiene antecedentes en esta disciplina, su alcance es únicamente procesal, pudiendo sólo utilizarse a efectos civiles como una presunción de domicilio real, es decir, de la residencia habitual.

El domicilio legal de los militares en servicio activo, será el del pueblo en que se hallare el cuerpo a que pertenezcan cuando se efectúe el emplazamiento (art. 68 Ley Enjuiciamiento civil). En cuanto a qué personas son militares, habrá que atenerse a lo dispuesto en el Código de justicia militar. También sobre esta disposición puede decirse algo análogo a lo ya indicado en cuanto a la del domicilio de los empleados, es decir, que no se basa en razones de Derecho civil, y, en principio, queda limitada a los efectos procesales.

El domicilio legal de los comerciantes, en todo lo que concierne a los actos y contratos mercantiles y a sus consecuencias, será el pue-

(10) *Curso elemental de Derecho civil*, trad. esp., Madrid, 1932, t. I, página 826.

(11) *Derecho Civil de España*, t. II-1, Madrid, 1952, pág. 466.

blo donde tuvieren el centro de sus operaciones comerciales. Los que tuvieren establecimientos mercantiles a su cargo en diferentes partidos judiciales podrán ser demandados por acciones personales en aquel en que tuvieren el principal establecimiento o en el que se hubieren obligado, a elección del demandante (art. 65 Ley Enjuiciamiento civil). Este domicilio comercial es un domicilio especial, que coexiste con el domicilio general voluntario o legal. Se diferencian en que, mientras el primero es el centro de gravedad de la actividad económica del comerciante, el segundo es el centro de vida entera, en todo lo que no afecte al comercio. Este domicilio comercial puede corresponder también a la mujer casada, que ha obtenido licencia de su marido para ejercer el comercio, y entonces coexistirá con el domicilio legal, pudiendo en él perseguirla sus acreedores y, en caso de quiebra, en él será declarada ésta. El domicilio comercial se caracteriza también frente al domicilio voluntario en que se determina no por la residencia habitual, sino por el emplazamiento de los bienes y negocios.

El domicilio de los diplomáticos residentes, por razón de su cargo, en el extranjero, que gocen del derecho de extraterritorialidad, será el último que hubieran tenido en territorio español (art. 40 C. c.). Según De Castro (12), esta excepcional disposición obedece a obviar la dificultad que la extraterritorialidad pueda presentar para el ejercicio de las acciones en el verdadero domicilio y no parece que origine un verdadero domicilio necesario o legal, y puede admitirse que se limita a los efectos procesales.

A veces, estas disposiciones sobre domicilios legales se enfrentan unas a otras, atribuyendo al mismo tiempo un doble domicilio. Así ocurre, por ejemplo, con la mujer casada comerciante o empleada, que tendrá al mismo tiempo el domicilio legal de su marido y el del lugar donde ejerza el comercio o desempeñe su empleo.

10. *Consideración especial del domicilio de la tutela.*—Hemos visto que el domicilio de los sometidos a la tutela es el del tutor. Ahora bien, de la misma manera que ocurre en la sucesión hereditaria, en la tutela puede hablarse de apertura y delación de la tutela, siendo de gran interés precisar el lugar en que estos efectos jurídicos se producen, porque de ello se desprenden importantes consecuencias, entre las cuales se encuentran la determinación de la competencia del Juez municipal para proceder a la constitución del organismo tutelar (art. 293 C. c.), la posibilidad de eximirse de desempeñar la tutela los que no sean parientes del menor, si en el territorio del Tribunal que la difiere existen parientes dentro del sexto grado que puedan ejercer el cargo (art. 245 C. c.), o la circunstancia de no poder ser obligados a formar parte del Consejo de familia los parientes del pupilo que no residan dentro del radio de 30 kilómetros del Juzgado en que radique la tutela (art. 297 C. c.).

Creemos indudable que la tutela se abre y se defiende en el domicilio del menor o incapacitado. A ello no se opone el artículo 203 del Código civil, que ordena a los Jueces municipales del lugar en que residan las personas sujetas a tutela el que provean al cuidado de éstas y de sus bienes hasta el nombramiento del tutor. Ante todo, habría que precisar si este artículo, como otros muchos, emplea la palabra «residencia» en su sentido propio, como el lugar en que una persona se encuentra, aunque sea accidentalmente, o con ella quiere designar el domicilio. Por la finalidad de este precepto, hay que admitir que la residencia a que alude este artículo comprende la existencia del menor o incapacitado, incluso por circunstancias transitorias, en cualquier lugar, por ejemplo, el menor que ha acompañado a su padre viudo a un lugar distinto a aquel en que tienen fijado su domicilio y en aquél fallece dicho padre, se encuentra en la situación del artículo 203, y deber ser amparado, en unión de sus muebles, por el Juez municipal del lugar en que se halle, ya que esta protección judicial es tanto más necesaria, si el menor se encuentra fuera de su domicilio, porque entonces será más difícil que existan en la población personas que deban encargarse de su cuidado, a las cuales alude el inciso final del párrafo 1.º del artículo 203 del C. c.

Pero la competencia que la simple existencia en el territorio de su jurisdicción de una persona sujeta a tutela confiere, según el artículo 203 del C. c., al Juez municipal es meramente provisional y limitada a los efectos que en el citado precepto se indican.

Mayor dificultad, a la opinión de que el lugar de apertura y delación de la tutela es el domicilio del incapaz, supone el artículo 293 del C. c., pues para la competencia del Juez municipal que ha de constituir la tutela sólo exige que «exista» en el territorio de su jurisdicción alguna de las personas a las que se refiere el artículo 200.

Sin embargo, esa «existencia» del incapaz debe entenderse referida al domicilio suyo, porque lo normal es que en éste radiquen los intereses del incapaz (tanto más si se trata de un menor, que tendrá por domicilio generalmente el de su difunto padre), y, aunque esto no se puede afirmar hoy con seguridad, dada la dispersión que la vida actual impone a las familias, es lo más probable que en el lugar del domicilio del incapaz se encuentre la mayoría de las personas que por la ley son llamadas a ejercer los cargos tutelares.

En cambio, puede aducirse a favor de la teoría que sustentamos el artículo 290, párrafos 1.º y 2.º, del C. c., que ordenan la inscripción en el extinguido Registro de tutelas, entre otras circunstancias, el domicilio del menor o incapaz y el de su tutor, poniendo así de relieve que en la fase de constitución de la tutela el pupilo tiene un domicilio propio, distinto al de su tutor, el cual posteriormente le impone como domicilio legal el artículo 64 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Y, aunque el artículo 290 del C. c., ha sido derogado por la Disposición final 1.ª de la Ley del Registro civil de 8 de junio de

1957, el artículo 89 de ésta es todavía más claro y terminante al respecto, pues dispone que «Las inscripciones relativas al Organismo tutelar se practicarán en el Registro del domicilio de las personas sujetas a tutela en el momento de constituirse ésta». En el sentido por nosotros indicado, observa Pere Raluy (13) que como la «constitución» de la tutela es un acto complejo, que se desarrolla en varios tiempos, habrá que considerar como domicilio del sometido a tutela, a los efectos indicados, al que lo sea en el momento de iniciarse la constitución, mediante la incoación del procedimiento de constitución del Consejo de familia.

Una vez admitido que el lugar de apertura y delación de la tutela es aquel en que radique el domicilio del incapaz, cabe preguntarse si ese lugar va a constituir el domicilio fijo de la tutela.

Como ni el Código civil, ni la Ley del Registro civil, deciden esta cuestión, al menos de una forma expresa, es útil, antes de barajar los diversos argumentos que de varios preceptos de ambos Cuerpos legales se desprenden a favor y en contra de cada una de las dos soluciones posibles, repasar brevemente el tratamiento que esta cuestión ha recibido en la doctrina y jurisprudencia francesa y en el Derecho italiano durante la vigencia del Código civil de 1865.

En el Derecho francés, según refieren Ripert-Boulanger (14), la opinión dominante de la doctrina quiere que, durante toda la duración de la tutela el Consejo de familia sea invariablemente convocado en el lugar en que la tutela se ha abierto. Se pretende fundamentar esta solución en los artículos 406 y 407 del Código de Napoleón; pero esto, según Ripert-Boulanger, es una interpretación forzada de esos preceptos, porque, en realidad, no han contemplado más que el momento de apertura de la tutela, en el cual coinciden el lugar de apertura y el domicilio del incapaz y, en cambio, la hipótesis de un cambio posterior del domicilio de éste no ha sido tenida en cuenta.

La jurisprudencia belga se inclina decididamente por esta solución de la inmutabilidad del domicilio de la tutela (15): pero, en cambio, los Tribunales franceses han establecido una distinción inspirada en razones prácticas. Cuando se trata de organización de la tutela, es decir, de resolver sobre el nombramiento, sustitución o destitución del tutor o protutor, el Consejo de familia debe, en todo tiempo, ser convocado en el lugar de la apertura de la tutela, cualquiera que sea el cambio sobrevenido después en el domicilio del menor, que es el de su tutor actual (16). En cambio, cuando lo que se plantea es el funcionamiento regular de la tutela, por ejemplo, autorizar al tutor a realizar un acto de gestión, la jurisprudencia francesa admite que el Consejo de familia puede ser convocado en el lugar donde se encuen-

(13) *Derecho del Registro civil*, t. II, Madrid, 1962, pág. 814.

(14) *Traité de Droit Civil d'après le Traité de Planiol*, t. I, París, 1956, página 875.

(15) Cass. belga, 7 mayo 1883.

(16) Nancy, 1 julio 1853; Cass. 2 marzo 1869.

tra en ese momento el domicilio del menor, es decir, en el del tutor (17). Ahora bien, tenemos que advertir que en la jurisprudencia francesa más reciente lo que prevalece es el criterio de dejar a la libre apreciación de los tribunales de instancia el resolver, atendiendo a los intereses del menor, si son o no válidas las actuaciones del Consejo de familia, reunido y compuesto en el lugar del domicilio del tutor y no en el del menor. En este sentido la Casación ha decidido que pertenece a los jueces de fondo apreciar soberanamente la validez de las deliberaciones de un Consejo de familia irregularmente compuesto y reunido en el domicilio del tutor y no en el del menor, y de mantenerlas desde el momento en que están exentas de fraude y son conformes a los intereses materiales y morales del menor (18).

Respecto al Derecho italiano derogado, dice De Ruggiero (19), exponiendo la doctrina del artículo 249 del Código civil de 1965, que el Consejo de familia se constituye para todo el tiempo que dura la tutela y funciona en la pretura, donde tiene la sede principal de sus negocios el tutelado, y excepcionalmente y previa la autorización del Tribunal, en el distrito en que resida el tutor.

En un intento de adaptación de estas diversas soluciones a nuestro Derecho, haremos primero un examen crítico de cada una de ellas, para concluir señalando cuál, desde un punto de vista *de lege ferenda*, estimamos más ventajosa y, seguidamente, estudiaremos los diversos argumentos que de varios artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil pueden deducirse, para resolver, siquiera sea de un modo indirecto, este problema.

A favor de que el domicilio de la tutela quede definitivamente fijado en el lugar de la apertura milita el razonamiento de que así la composición del Consejo de familia queda a salvo de las maniobras que, de otro modo, pudiera intentar el tutor para eliminar de él a parientes del incapaz que no fueran de su agrado, tal vez por manifestar un excesivo celo e interés en la defensa y protección de los intereses del pupilo. Ciertamente que estos parientes podrán concurrir a las deliberaciones del Consejo de familia convocado en el lugar del domicilio del tutor, por lejano que éste se encontrara de su residencia habitual; pero es evidente que ello les expondría a molestias, gastos y perjuicios considerables y que, en ocasiones les sería prácticamente imposible desplazarse por diversas causas, como pueden ser la edad avanzada, carencia de medios económicos, precisión de atender otras obligaciones, etcétera.

En cambio, la fijación del domicilio de la tutela en el lugar de la apertura, cuando éste sea distinto del domicilio del tutor tiene también numerosos inconvenientes. Dificulta la rapidez en la convocatoria y reunión del Consejo, en los casos en que el tutor crea conveniente so-

(17) Cass. 4 mayo 1846.

(18) Civ., sect. civ. 8 julio 1952 y Civ. 1.^a secc. civil 13 de mayo 1958.

(19) *Instituciones de Derecho civil*, trad. esp., vol. 2, Madrid, 1931, página 933.

licitarlas. Los mismos obstáculos que experimentan los componentes del Consejo de familia para acudir a su reunión cuando es convocado en el domicilio del tutor, sufrirá éste al tener que acudir a las sesiones del Consejo de familia, convocado en el lugar de constitución que es distinto al del domicilio suyo en la actualidad. Por otra parte, se dificulta la posible asistencia a las reuniones del Consejo de familia del sujeto a tutela, en los casos en que la ley le permite ser oído por aquél. Asimismo, al estar domiciliados el tutor y el pupilo, de un lado, y los miembros del Consejo de familia, de otro, en poblaciones distintas les será a éstos más difícil, si no imposible, el informarse de la marcha de la actuación del tutor, sobre todo en lo que respecta al trato y cuidado que recibe la persona sometida a tutela.

La distinción que, a los efectos del lugar de convocatoria del Consejo de familia hace, según Ripert-Boulanger, la jurisprudencia francesa entre reuniones del Consejo de familia para la organización de la tutela y reuniones para el funcionamiento regular de aquella no es inatacable, porque cabe, por ejemplo, respecto a estas últimas, que el tutor prevea que, si se reúne el Consejo en el lugar de constitución los parientes que lo integran denegaran, v. gr., una autorización por él pedida para enajenar o gravar bienes inmuebles o cualquier otro de los actos a que se refiere el artículo 269 del Código civil español y que, en cambio, esa autorización le será fácilmente concedida por un Consejo de familia reunido en el lugar de su domicilio, e integrado, posiblemente, por personas sobre las cuales el tutor tenga más influjo y que estén menos interesadas por el bien del incapaz.

Fácilmente, se aprecia que no es posible resolver esta cuestión de un modo general, y que, tal vez, lo mejor sería que la resolviesen los Tribunales atendiendo a las circunstancias de cada caso. Pero esta solución también tiene desventajas, porque la seguridad de las relaciones de la tutela no permite optar a que, posteriormente a la reunión de un Consejo en el domicilio del tutor, digan aquéllos si son o no válidas las actuaciones, atendiendo a que las deliberaciones hayan sido o no provechosas a los intereses del pupilo.

Tampoco deja de tener desventajas el criterio de que los Tribunales decidan de una vez y para siempre si el Consejo se ha de convocar en el lugar de constitución o en el domicilio del tutor, porque la decisión general no calibraría las circunstancias que habrían de concurrir en cada reunión concreta, y además la resolución de la cuestión del lugar del domicilio de la tutela quedaría pendiente hasta que aquellos resolvieran.

Como puede apreciarse, todas las dificultades que presenta el tema que venimos tratando radican en encontrarse situados en lugares distintos el sitio de apertura de la tutela, el domicilio del tutor, que en lo sucesivo será también el del pupilo, y los domicilios de los miembros del Consejo. Generalmente, las legislaciones tienden a situar el domicilio de la tutela en aquel lugar en que se encuentra el domicilio del in-

capaz al tiempo de la apertura, porque lo más fácil es que en ese lugar viva el resto de la familia, cuyos miembros ordinariamente han de desempeñar los cargos tutelares y, además, porque allí está igualmente ubicado el centro de los intereses del tutelado.

Sin embargo, en muchos casos no ocurre así, y más en legislaciones que, como la nuestra, no definen al domicilio como la sede principal de los negocios de la persona. Cabe, por ejemplo, que un funcionario público viudo, alejado por razón de su cargo de su tierra natal, en la que viven todos sus parientes y en la que tiene inmuebles u otros bienes, fallezca en el lugar en que estaba destinado dejando hijos menores. Es evidente que la tutela de éstos se abre en el lugar del domicilio de su padre, y, sin embargo, en él difícilmente podrán encontrarse parientes que integren el Consejo de familia, aparte de que el centro de los intereses económicos de los menores, al morir el padre, se encuentra ya no en el lugar en que éste desempeñaba su destino, sino en la población de donde eran oriundos. Tal vez, por ello, no está exenta de ventajas la disposición del artículo 249 del Código civil italiano de 1865, que constituía el Consejo de familia con carácter definitivo en el lugar del domicilio del incapaz; pero admitía el traslado del domicilio de la tutela en virtud de sentencia, que apreciaría la conveniencia del mismo.

Como hemos indicado, no hay en nuestro Ordenamiento una norma que resuelva de forma inmediata e indudable cuál es el domicilio de la tutela; pero, sin embargo, existen numerosos preceptos de los que pueden deducirse argumentos a favor de una posible solución del tema.

Ante todo, y atendiendo a un orden de su mayor antigüedad, pueden citarse las reglas 17 y 19 del artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento civil. La regla 17 atribuye la competencia para el nombramiento y discernimiento de los cargos de tutores o curadores y excusas de estos cargos al Juez del domicilio del padre o de la madre cuya muerte ocasione el nombramiento, y en su defecto al del domicilio del menor o incapacitado o el de cualquier lugar en que tuviere bienes inmuebles. La regla 19 de este artículo 63 dispone que en las demandas en que se ejercitaren acciones relativas a la gestión de la tutela o curaduría, en las excusas de estos cargos después de haber empezado a ejercerlos, y en las demandas de remoción de los guardadores como sospechosos, será el Juez competente el del lugar en que se hubiere administrado la guardaduría en su parte principal o el del domicilio del menor.

Estas dos reglas de competencia suscitaron la mayor perplejidad por parte de los primeros comentaristas de la Ley de Enjuiciamiento civil, que no encontraban la forma de conciliarlas con el precepto del artículo 64 de ese Cuerpo legal, según el cual el domicilio de menores o incapacitados sujetos a tutela o curatela es el de sus guardadores. Así Reus (20) señalaba que existía una contradicción entre los indicados

(20) *Ley de Enjuiciamiento civil concordada y anotada con gran extensión*. Madrid, 1881, t. I, pág. 64.

preceptos porque parecían indicar que el domicilio del menor fuera distinto al de su tutor. Posiblemente estas dudas hubieran quedado disipadas distinguiendo entre el domicilio del menor al tiempo de deferirse la tutela, y su domicilio una vez constituida ésta.

Hoy la cuestión carece de interés, porque teniendo en cuenta las importantes modificaciones que el Código civil ha realizado en la configuración del organismo tutelar, respecto al régimen anteriormente vigente, entre las cuales destaca el establecimiento del Consejo de familia como órgano colegiado de superior decisión, y fiscalización de la gestión del tutor, es indudable que estas reglas de competencia de la Ley de Enjuiciamiento civil, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1953, resultan anticuadas para la actual organización de la tutela y debe atenderse a las disposiciones del Código civil.

Con todo, indicaremos que, en base también a esas normas, adjetivas, la Sentencia de 10 de marzo de 1894 declaró que corresponde conocer de la Constitución del Consejo de familia al juez del último domicilio del padre o de la madre. Aparentemente, esta doctrina fue contradicha por la Sentencia de 21 de marzo de 1899, pues resolvió que, entre dos Consejos de familia, constituidos uno en Madrid y otro en Cartagena para la tutela de un mismo menor, era preferente el constituido antes, aunque no fuera en el lugar del domicilio del padre difunto del menor, que también era el de éste. Pero en realidad esta sentencia no abordó abiertamente esta cuestión de fondo, pues se limitó a resolver por reglas exclusivamente procesales la cuestión de competencia surgida entre los dos Juzgados municipales ante los cuales se habían constituido los dos Consejos de familia, decidiendo que, en el incidente promovido para proveer dos vacantes en el Consejo de familia primeramente constituido, era competente, según el artículo 55 de la Ley de Enjuiciamiento civil, el Juez ante el cual se había constituido el Consejo de familia cuyas vacantes se iban a reemplazar, si bien reservando a las partes el derecho de deducir en el juicio correspondiente las acciones dirigidas a terminar la anomalía de la duplicidad de Consejos de familia.

En el Código civil y en la Ley del Registro civil domina el criterio de que el domicilio de la tutela es el del menor o incapacitado al tiempo de referirse ésta, siendo en el correspondiente Registro civil donde ha de inscribirse la tutela. Ahora bien, la jurisprudencia del Tribunal Supremo tenía decidido, como resume la Sentencia de 2 de julio de 1953, que corresponde a las facultades del Consejo de familia acordar los cambios de domicilio e inscripción de la tutela, y estos acuerdos, mientras no se declaren nulos, hay que aceptarlos. Así pues, cuando una tutela se defiera en lugar distinto a aquel en que tenga su domicilio los parientes llamados al Consejo de familia, éstos, si tienen verdadero interés por el pupilo, se encuentran con la posibilidad de acudir por esa sola vez al lugar de constitución del Consejo de familia, y acordar el cambio del domicilio de la tutela al lugar en que ellos residen. Si, por el contrario, no tienen auténtico interés por el sometido a

tutela, pueden, según el artículo 297 del C. c., excusarse de formar parte del Consejo de familia, siempre que residan a una distancia superior a la de 30 kilómetros del Juzgado en que radique la tutela; pero, al demostrar esa indiferencia, queda claro que los intereses del pupilo no sufren nada porque no formen parte de su Consejo de familia unos parientes que no le profesan verdadero afecto.

11. *Domicilio electivo*.—Junto al domicilio general, que rige para todas las relaciones jurídicas de orden civil de la persona, existe también el domicilio especial o electivo, que es el lugar donde se sitúa especialmente a una persona en lo que afecta a ciertas relaciones jurídicas determinadas y, con más precisión, puede decirse qué domicilio electivo es el que las partes designan para todo lo concerniente a determinadas relaciones jurídicas, con independencia de que residan o no en ese lugar de modo habitual o accidental.

El domicilio elegido es menos un verdadero domicilio, que una derogación convencional a los efectos del domicilio real. El fin de esta derogación es atribuir competencia, para el conocimiento de los litigios derivados de un negocio jurídico, a un Tribunal que no sería el designado por el domicilio general de las partes. También puede ser un medio de dotar de gran firmeza al domicilio real actual y de prevenirse contra futuros cambios del mismo.

En este sentido puede elegirse domicilio en el domicilio general de la persona, bien porque quiera atribuirse a los Tribunales de éste una competencia exclusiva para ciertos litigios, bien para garantizar al otro contratante contra todo cambio de domicilio, o bien porque la ley imponga una elección de domicilio en el lugar del domicilio general. Así pues, la elección de domicilio es raramente hecha en interés de su autor; a menudo, la exige de él la ley, así el artículo 130 de la Ley Hipotecaria, según el cual, para que pueda ejecutarse la acción hipotecaria por el procedimiento judicial sumario, establecido en dicha Ley, es indispensable que en la escritura de constitución de la hipoteca se señale por el deudor un domicilio para la realización de los requerimientos y de las notificaciones. Vid. también el artículo 81-1.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos. La elección de domicilio puede ser hecha en interés del otro contratante que quiere atribuir competencia a un Tribunal elegido, generalmente al de su propio domicilio.

La elección de domicilio exige en quien la efectúa la capacidad de obligarse, porque constituye un compromiso, y la de comparecer en juicio, porque modifica la competencia de los tribunales. Por tanto, el menor emancipado necesitará la asistencia del padre, madre o tutor. La elección de domicilio está permitida incluso a aquellas personas a las que la Ley impone un domicilio general, ya que no deroga este domicilio más que respecto a los contratantes en cuyo favor se ha estipulado, y no impide a los terceros, e incluso a las mismas partes, que lo convinieron, el atribuir siempre al interesado su domicilio legal.

La elección de domicilio resulta generalmente de una convención

entre las partes interesadas. Esta convención puede resultar de la aceptación de notas de envío o albaranes, facturas, cartas, etc. de los comerciantes que contengan la cláusula de sumisión a la competencia de determinado Tribunal. A veces estas cláusulas se cruzan contradiciéndose, y para este caso algunos afirman que tiene preferencia la cláusula escrita a mano a la impresa. En otro caso, si las circunstancias permiten inferir que el contrato ha sido concluido a pesar de esa discrepancia sobre la competencia judicial, será preciso renunciar a la ejecución de la cláusula atributiva de la competencia, y determinarla según la voluntad verosímil de las partes o según las reglas generales.

El domicilio elegido podrá cambiarse posteriormente por voluntad de las partes.

Los efectos de la elección del domicilio dependerán de lo que se haya pactado. En general, puede decirse que:

1.º Atribuye competencia a los Tribunales del lugar indicado para juzgar los conflictos que del contrato en cuestión puedan surgir entre las partes.

2.º Podrá, pues, ser deducida ante los tribunales del domicilio elegido toda acción de ejecución del contrato, comprendidas las acciones que utilizan las garantías del crédito, siempre que, en este caso, la atribución de competencias no sea contraria al orden público, ni lesione a los terceros.

3.º Asimismo, podrá entablarse ante esos Tribunales la resolución del contrato bilateral por incumplimiento, porque la competencia se debe presumir atribuida para todas las acciones que se deriven del contrato litigioso.

4.º En cambio, en principio, la elección de domicilio no se extenderá a la acción de nulidad del contrato, ya que la cláusula de elección, en cuanto accesoria del contrato, supone su validez. Sin embargo el demandado no puede sustraerse a los efectos de la elección de domicilio alegando simplemente ante el Tribunal elegido la nulidad del contrato.

5.º Como queda indicado, el acreedor conserva el derecho de demandar al deudor en su domicilio real, a no ser (y ésta es una hipótesis poco frecuente) que la elección se haya efectuado en interés de ambas partes.

Este efecto de atribución de la competencia es el principal del domicilio elegido, hasta el punto de que muchos lo consideran como un simple expediente de la determinación de las competencias. Pero, además, la elección de domicilio puede comprender el señalamiento de un lugar para las notificaciones y requerimientos en casa de una persona determinada, que expresamente se designa. Implica entonces mandato para esta última de recibir las notificaciones correspondientes; pero la persona designada no tendrá las obligaciones de un mandatario, más que si ella las ha asumido, al menos implícitamente. Si el mandato ha sido aceptado, obliga al mandatario, no sólo a recibir las notificaciones, sino a transmitir las sin retraso al mandante. Si el mandato no ha sido

aceptado, la persona cuyo domicilio ha sido elegido no está obligada ni a recibir ni a transmitir las notificaciones.

La designación de una persona para recibir las notificaciones no se realiza siempre. En muchas ocasiones se elige domicilio sin indicar persona determinada. En tal caso los documentos procesales habrán de ser notificados en el domicilio real del demandado.

La elección del domicilio sólo sirve para el negocio en relación con el cual se ha realizado; pero dura mientras subsistan las obligaciones derivadas del negocio, incluso aunque haya fallecido el deudor.

12. *Domicilio de las personas jurídicas.*—El artículo 41 del Código civil dispone que: «Cuando ni la Ley que las haya creado o reconocido ni los Estatutos o las reglas de la Fundación fijaren el domicilio de las personas jurídicas, se entenderá que lo tienen en el lugar en que se halle establecida su representación legal o donde ejerzan las principales funciones de su instituto».

Por tanto, según este precepto, el domicilio de las personas jurídicas se determina, en primer lugar, por el que haya señalado la ley o los estatutos de constitución y, a falta de él, por el lugar en que se encuentra establecida su representación legal o donde ejerzan sus principales actividades.

Las personas morales también tienen su domicilio, porque, cualquiera que sea la teoría que se adopte sobre la naturaleza de las personas morales, es preciso situar el centro de sus intereses en un lugar determinado, que jugará con ellas el papel de un domicilio. En él deberán cumplir sus obligaciones y tendrán que ser emplazadas.

La jurisprudencia francesa, en beneficio de los terceros que contratan con la sociedad, permite que puedan ser demandadas no solamente en su domicilio social, sino en todas sus sucursales importantes. Y, en nuestro Derecho, en un sentido semejante, la Ley de 24 de junio de 1938 sobre Juntas de Detasas, dispone en su artículo 3.º que: «Las Compañías de ferrocarriles, en aquellas provincias donde tengan líneas en explotación, están obligadas a fijar un domicilio en cada población en que se constituya una Junta de Detasas, y a tener en él su representante legal». Pero, posteriormente, el Decreto de 11 de julio de 1941 ha dispuesto que la R.E.N.F.E., tiene su domicilio en Madrid.

La determinación del domicilio de las personas jurídicas se efectúa, en primer término, por el lugar designado por la ley o Estatutos de constitución. Esta determinación, si bien tiene la ventaja de su certidumbre, puede tener el inconveniente de que el domicilio social, así determinado, es a veces ficticio, pues, como quiera el artículo 28 del Código civil atribuye la nacionalidad a las personas jurídicas por su domiciliación en España, puede haber sociedades que, con el deseo de atribuirse una nacionalidad extranjera, tal vez con el fin de eludir obligaciones fiscales o requisitos de constitución, fijen su domicilio en el extranjero. Algunos Estados comprueban así que se fija en su terri-

torio el domicilio de un gran número de sociedades que tienen sus explotaciones, sus fábricas y sus actividades en otros países. En el domicilio social hay solamente un buzón o un secretario.

En derecho francés la jurisprudencia rechaza ese fraude, y ha establecido que, cuando el domicilio social es ficticio, deberá ser fijado en donde existe el real, es decir, en el establecimiento principal. Pero en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, la Sentencia de 7 de enero de 1954 ha establecido que «El requisito del domicilio tiene carácter esencial en la constitución y vida de las personas jurídicas, y por ello, cuando en los Estatutos se fijó uno hay que entender que el mismo era real y efectivo y que quienes constituyeron la sociedad lo designaron con la finalidad de establecer en él la sede jurídica y legal, donde aquélla había de ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones».

13. *La residencia y el paradero.*—El Código civil no distingue las categorías de domicilio, residencia y paradero y, por consiguiente no define la residencia, lo cual se explica por el hecho de que define al domicilio por la residencia habitual.

En otras legislaciones, como la italiana, en que se define la residencia, además del domicilio, éste no implica la residencia habitual, por lo que se justifica la duplicidad de conceptos.

En nuestro Derecho, sin embargo, los artículos 181 y 183 del Código civil y 69 de la Ley de Enjuiciamiento civil aluden a veces a la residencia, como contrapuesta al domicilio. Esta residencia puede definirse como el lugar en que se está sin intención de establecerse en él habitualmente, sino sólo de forma transitoria; se diferencia del domicilio en que no existe la intención de residencia habitual, sino de estancia accidental.

La residencia no ha sido objeto de reglamentación general, como el domicilio, y es mucho menos pródiga en efectos jurídicos. Pueden citarse, sin embargo:

1.º El reemplazar al domicilio, cuando el demandado no lo tuviere en la Península, islas Baleares o Canarias, a los efectos de determinar el fuero competente (art. 69 Ley Enjuiciamiento civil).

2.º También sirve para la determinación de la ausencia (arts. 181 y 183 del C. c.).

3.º Y también, con arreglo al artículo 89 del Código civil, para la publicación de las proclamas de la celebración del matrimonio en los pueblos en que se haya residido los dos últimos años.

Ahora bien, si se repasa el articulado del Código (arts. 10-3.º, 15-3.º, 18-2.º, 19-1.º, 20, 22, 24, 26, 39, 58, 90, 91, 203, 297, 1.041, 1.324 y 1.341), puede apreciarse que éste, después de que no define la residencia, emplea con mucha más frecuencia esta palabra, en vez de la de domicilio, para designar el sitio de existencia y localización de la persona. En todos estos preceptos la cuestión radica en determinar si la

palabra «residencia» está empleada en su sentido propio, es decir, como el lugar en que se halla la persona, aunque no viva en él habitualmente, o es un medio del que incorrectamente se vale el legislador para designar el domicilio propiamente dicho. No puede resolverse esta pregunta de una manera general, pues habrá que atender a la finalidad que cada precepto concreto se proponga. Así, afirma De Castro (21) que, aun cuando los artículos 15, 19, 26, 58 y 237 núm. 13 del C. c. y el artículo 2 del Decreto de 29 de abril de 1931 hablen de residencia, dado el sentido de dichas normas, parecen referirse a la residencia habitual o fija, en un territorio de legislación común o foral, o en España. En otros casos, como los artículos 181 y 183 del C. c., se refieren al concepto más estricto de residencia, como distinto del domicilio.

Finalmente, existe en la Ley de Enjuiciamiento civil el concepto de paradero, al decir, en el artículo 69, que los que no tuvieren domicilio o residencia fija, podrán ser demandados en el lugar donde se hallen. La diferencia entre la residencia y el paradero consiste en que, en éste falta la intención de residir, aunque sea de modo accidental, por lo que es un simple estar en un lugar sin intención alguna de permanencia.

(21) *Derecho Civil de España*, t. II-1, Madrid, 1952, pág. 460.

VIDA JURIDICA

NOTAS CRITICAS

GARRIGUES, Joaquín: "Hacia un nuevo Derecho Mercantil. Escritos, Lecciones y Conferencias". Ed. Tecnos. Madrid, 1971. 352 págs.

Debemos agradecer al Profesor Garrigues que cediendo al deseo de buenos amigos se decidiese a publicar unos trabajos que vieron la luz o se expresaron en lecciones a lo largo de más de cuarenta años en la Universidad de Madrid, profesando la enseñanza del Derecho Mercantil, según nos explica el autor en el Preliminar de este libro.

Es curioso que a dicho libro lo tittle «Hacia un nuevo Derecho Mercantil» por creer que era el que mejor traducía la constante preocupación del autor ante el divorcio del Derecho y la realidad, ante la necesidad de hallar nuevos moldes jurídicos para las incesantes transformaciones de la realidad económica y social. Y no obstante, y pese a que esa realidad económica y social tanto ha mudado desde que el autor escribió los primeros trabajos contenidos en el libro, siguen siendo éstos de una gran actualidad, y de un gran interés. Y ello se debe en gran parte a la «buena técnica» del profesor Garrigues en su elaboración doctrinal, que parte de la realidad humana, social y económica, poniéndola en contacto con la norma y buscando en todo caso las razones o causas de ésta para juzgar de su acierto o proponer su reforma ofreciéndonos así un conocimiento científico de la materia que siempre ha de tener interés, y que indudablemente la tiene en los temas que recoge el libro del que ahora damos noticia.

I. «*Nuevos hechos, nuevo derecho de la Sociedad Anónima*».—Se trata de un estudio que hizo el autor en el año 1933 y en el que somete a crítica el Proyecto español de reforma de 1926.

La actualidad de su pensamiento se manifiesta hasta en detalles que se nos aparecen como accesorios. Así, la crítica que en el capítulo I hace a los «técnicos», mejor dicho, a los «malos técnicos» como juristas divorciados de la vida que resuelven los problemas que se les plantean con operaciones puramente lógicas desconectadas de la realidad, sigue teniendo hoy plena vigencia ante la proliferación de técnicos y tecnócratas que sin pisar terreno firme construyen castillos en el aire que se derrumban o habrán de derrumbarse al menor soplo que se produzca.

Estudia Garrigues en este trabajo los rasgos esenciales de las primitivas sociedades anónimas surgidas en Holanda a principios del Siglo XVII, aunque tenga precedentes más antiguos caracterizadas por su *dependencia respecto del Estado* tanto en su nacimiento, mediante el sistema de «octroi» como en la vida de la sociedad al reservarse el Estado una constante intervención y tutela en la misma; y por la *desigualdad de derechos entre los accionistas* ya que a los accionistas principales o grandes accionistas se les reserva unos derechos y tienen un influjo en la Sociedad de que carece el pequeño accionista cuyos derechos en la práctica

se limitan a percibir el dividendo y a participar en el capital en el momento de la liquidación. La S. A. tiene una significación pública más que privada.

En el Siglo XIX la S. A. se democratiza, se independiza frente al Estado y se reconoce la igualdad de derechos entre los accionistas adquiriendo una significación privada, tendencia que recoge el Código de Comercio español cuya normativa acorde con los principios de liberalismo democrático de la época en que fue elaborado, se destaca por la gran libertad que concede en la materia recogida en 24 artículos y además con el carácter dispositivo que en términos generales proclama su artículo 121.

La regulación del Código de Comercio se caracteriza por su gran penuria normativa que obliga a nuestros hombres de negocios a prescindir de él en el momento constitutivo tomando como Derecho objetivo los estatutos de cualquiera otra sociedad en funciones.

Las notas fundamentales del concepto clásico de S. A. tal como aparece dibujado en las legislaciones anteriores a la guerra (hay que suponer se refiere a la de 1914-18) las sintetiza Garrigues en las siguientes:

Es una sociedad capitalista, en consecuencia, es apersonal o impersonal, es de responsabilidad limitada, y la cualidad de miembro de la misma está teñida de la coloración capitalista que da el tono fundamental a la S. A.

El principio fundamental que rige la posición del accionista en esta época es el de igualdad de derechos dentro de una constitución democrática.

Pero se producen nuevos hechos que no se corresponden con las palabras de la ley. En la práctica se produce una quiebra del principio liberal y democrático: en la esfera interna propenden a configurarse en el régimen aristocrático de los comienzos, y en la esfera externa la S. A. va perdiendo su significación privada para convertirse en un órgano de la economía nacional que ha de ser, por tanto, vigilado e intervenido por el Estado.

Con más detalle estudia Garrigues estas nuevas tendencias:

a) *Socialización de la S. A. en el aspecto externo*, debilitándose el propósito de lucro y produciéndose una fuerte intervención estatal, más acentuada en unos sectores que en otros, y distinta según los países.

b) *Subsistencia de la forma jurídica privada de sociedad por acciones*, que se estima debe mantenerse a pesar de que por la gran influencia del factor económico-público la S. A. adquiere carácter institucional.

c) *Las antítesis fundamentales en el aspecto interno de la S. A.* se manifiestan de un lado en la oposición entre accionistas y administradores, sobre todo en las grandes empresas en las que los primeros buscan ante todo su interés egoísta y los últimos, por el contrario, el interés de la empresa; y en la oposición entre los diversos grupos de accionistas no ya sólo en la fase constitutiva, sino durante la vida de la sociedad. La cita que hace Garrigues de la obra de José de la Vega, que ya en el año 1688 se ocupaba de este fenómeno, es de especial interés.

d) *Dos tendencias fundamentales* se corresponden a tales movimientos internos contrapuestos: la defensa de la administración y de la empresa, a través de las acciones de voto múltiple y de las acciones reservadas; y la privación o reducción de derechos al pequeño accionista.

Las últimas tendencias se mueven en el sentido de imponer a los grandes ac-

cionistas una cierta responsabilidad como contrapartida al influjo decisivo que en la vida de la sociedad ejercen.

e) *El derecho de voto de los Bancos depositarios de acciones* merece una especial atención del autor. En la práctica española el depositante de las acciones concede autorizaciones con distintas fórmulas.

En el depósito de acciones típico la autorización concedida al Banco o tácitamente asumida por éste, no es un verdadero apoderamiento porque el Banco actúa en nombre e interés propio. Pero tampoco es un caso de transmisión fiduciaria de la propiedad porque el accionista que quiere seguir siéndolo, sólo transmite al Banco la externa legitimación para ejercer el derecho de voto como si fuera accionista. Se trata de una cesión legitimadora para el ejercicio del derecho de voto.

Como puede apreciarse por lo expuesto, el primer capítulo del libro que examinamos tiene aún en la actualidad un gran interés. Las circunstancias sociales y económicas del año en que vivimos son distintas a las del en que el autor lo escribió. Es más, algunos de los hechos que contempla el autor han sido previstos en la Ley de 1951 para corregirlos o para encauzarlos. Más pese a ello las tendencias que denuncia siguen manifestándose, como si más que de «nuevos hechos» se tratara de un fenómeno permanente, de lucha constante de intereses en el seno de la Sociedad anónima desde que ésta se privatizó ante el cual el jurista tiene siempre una tarea permanente en la búsqueda de nuevas soluciones. En esta tarea puede ser de valiosa ayuda el estudio del Derecho comparado, que Garrigues y con relación a su época nos ofrece con profusión en este interesante capítulo.

II. *Intermedio epistolar y discurso en el homenaje de la Universidad de Madrid a Ortega y Gasset.*—Paréntesis de Filosofía jurídica que se inicia con una carta a Garrigues que le dirigió don José Ortega y Gasset en el año 1949 y en la que el gran filósofo español a propósito del Derecho romano distingue entre:

- 1.º El Derecho como realidad jurídica vivida por el romano.
- 2.º La reflexión sobre esa realidad de los técnicos jurisperitos, por tanto la teoría técnica del Derecho o jurisprudencia que ya no es realidad jurídica sensu stricto.
- 3.º La reflexión sobre esa jurisprudencia que da una teoría abstracta del derecho es decir la llamada filosofía del derecho.

Ortega propone acudir a la realidad viva penetrando a través de las costras teóricas, renovando «a radice» el estudio de todo el derecho.

Garrigues le contesta en el mismo año con otra carta en donde muestra sus dudas acerca del pretendido divorcio que Ortega y Gasset afirma existía entre las definiciones del Digesto y el Derecho vivido por los romanos precisamente por que las respuestas de los juriconsultos que el Digesto contiene sólo pretendían resolver casos prácticos sin proponerse hacer doctrina ni menos filosofía jurídica.

Sin embargo el tema central de su epístola se refiere a la cuestión de si el Derecho lo es por ser justo, o si es justo por ser Derecho. Garrigues entiende que el concepto actual del Derecho como realidad cuyo sentido estriba en servir a la Justicia no era extraño a los romanos, puesto que si bien se utilizó la palabra justo para calificar lo que más tarde se llamará legítimo no quiere ello decir

que los romanos desconocieran la idea de la justicia como voluntad de dar a cada uno lo suyo y en definitiva como madre del Derecho «est ius a iustitia sicut a matre sua ...»).

A continuación recoge el Libro en versión taquigráfica el Discurso que pronunció Garrigues en el Homenaje de la Universidad de Madrid a Ortega y Gasset. En él se hacen unas consideraciones sobre la Universidad española y aun sobre Europa, que siguen teniendo notable interés en nuestros días. Pero la parte más interesante del Discurso queda enlazada con las ideas expuestas en las Epístolas antes referidas. Frente a las consecuencias de la concepción del Derecho de Ortega proclama Garrigues que el Derecho necesita de juristas como la Medicina de médicos. El Derecho romano, dice el autor, fue un derecho de juristas y no un derecho popular. En todo caso hay que tener en cuenta, dice Garrigues, que la misión más alta del Derecho está en servir a la idea de la Justicia y la realización de la Justicia debe ser el último objetivo de todo jurista.

III. «*Problemas actuales de la Sociedad Anónima*».—Cuatro lecciones que el maestro Garrigues explicó en el cursillo mantenido en la «Sociedad de Estudios y Publicaciones» de Madrid, y que son las siguientes:

1.^a *La Sociedad Anónima y el Estado*.—En la evolución de la Sociedad Anónima podemos observar como de la dependencia frente al Estado que crea la sociedad por un acto llamado de incorporación, se pasa a una independencia respecto del mismo para volver nuevamente a sufrir actualmente una creciente intromisión estatal en el ámbito de estas compañías. Fenómeno que explica el autor con claridad meridiana.

Con la introducción de la sociedad anónima y la emisión de esos títulos que llamamos acciones vamos a ver sustituido el concepto tradicional de la propiedad sobre las cosas, sobre las joyas, sobre los palacios, sobre las tierras, para remplazarlo por una propiedad que se va a referir a unos papeles que la sociedad emite. De esta suerte, la idea de la propiedad se deshumaniza, se racionaliza y esto a través del título-valor, de la acción.

No es extraño que los detractores del capitalismo ataquen a través de su instrumento mágico, la S. A.

Sin embargo va apareciendo otro fenómeno, el de la socialización de la Sociedad Anónima. Cuando la S. A. vive largos años y aumenta su poder económico, va perdiendo sus características de empresa privada para convertirse en una asociación semipública con gran poder económico y social que se manifiesta: en la concentración de los recursos del capital disponible que permitirá a las grandes sociedades la dirección y el ritmo de la producción industrial, de la investigación técnica, en la política de precios y del nivel de consumo; en la alienación de los obreros situados al margen de las empresas dominadas por las grandes S. A.; y en la amenaza constante a los principios del mercado libre y de la libre formación de precios.

Ante esta realidad el Estado reacciona con una serie de disposiciones legales que van desde la participación del Estado y de las corporaciones públicas en el capital de las S. A. privadas hasta su plena nacionalización o socialización: vemos pues como la tendencia moderna al gigantismo de las S. A. favorece su nacionalización.

Otra reacción del Estado se produce con la legislación antimonopolística de

cuya conveniencia se ha dudado ante la consideración de que ni la libre competencia es necesariamente un bien ni el monopolio necesariamente un mal. El autor examina brevemente las líneas fundamentales de la ley de 20 de julio de 1963 sobre prácticas restrictivas de la competencia.

Y en fin otro de los medios empleados por el Estado para reducir la fuerza del capital en la S. A. y defenderse de su poderío ha sido el llamado «sistema de la cogestión y de la codeterminación en las S. A.». Ante la falta de un Derecho creado para la empresa el Estado ha adoptado por transplantar el problema desde la empresa a la S. A., concediendo así una participación minoritaria a los obreros en el seno de los Consejos de Administración. Garrigues tilda de «grave error» esta medida que supone llevar el problema de la participación obrera fuera de su propio marco, el de la empresa, al marco capitalista de la Sociedad Anónima.

Al margen de estos medios de defensa del Estado frente a la S. A. está la legislación general sobre la S. A. que puede ser contemplada desde el punto de vista de los propios accionistas y desde el punto de vista de los terceros.

2.^a *La S. A. y los accionistas.*—a) Estructura legal de la S. A.—La S. A. es una corporación con dos órganos fundamentales Asamblea deliberante y órgano ejecutivo de sus decisiones. A los accionistas se les conceden abundantes derechos de índole económica o política, y entre éstos como fundamental el derecho de voto en la Junta de accionistas.

b) El desinterés del pequeño accionista.—Lo que ocurre es que en la práctica se produce el fenómeno del absentismo del accionista que se desentiende de la vida de la sociedad lo que hace que en las Juntas de socios las propuestas de los Consejos de Administración se aprueben sin debate y por aclamación que excusa la votación. No se lee la memoria, ni el balance, no se interesa nadie por las cuentas.

A las diversas categorías de «interés» deberán corresponder distintos derechos.

c) Mayorías y minorías.—Las decisiones de la Junta están sometidas al principio de la mayoría lo que ocurre es que no siempre se identifica el interés de la mayoría con el interés de la sociedad. En la misma Ley hallamos preceptos que autorizan a la minoría para resistir los acuerdos de la mayoría. Es lo que se llama la «defensa de las minorías».

¿Está justificada esa defensa? Porque dado el fenómeno del absentismo, hay un desplazamiento de poder desde la mayoría a la minoría organizada a la que basta el 10 por 100 o el 15 por 100 del capital de una S. A. para apoderarse de su control. En las grandes sociedades lo que hay que tutelar es precisamente a los accionistas no organizados que son la mayoría frente al grupo minoritario que detenta el poder.

Uno de los instrumentos para conseguir el control es el de la llamada «sindicación de acciones». Examina Garrigues los pactos sobre ejercicio del voto y concluye afirmando que no hay base para establecer una indemnización o una cláusula penal en caso de incumplimiento. Por tanto, añade, si son inútiles, no perdamos el tiempo en averiguar si son o no lícitos. Pese a lo cual sigue en el examen del tema con la figura del «sindico» en los sindicatos de accionistas y especialmente en los sindicatos de bloqueo de acciones y resume diciendo que en este tema de convenios sobre el voto llegamos a una consecuencias paradójica, y es que

cuando la Ley no se opone a los convenios sobre el voto, el pacto es jurídicamente ineficaz; y cuando se quiere hacer eficaz mediante el nombramiento de un síndico, entonces la Ley se opone a su validez, según el artículo 60 de la Ley.

d) Accionistas y administradores.—En las grandes S. A. suelen ir de acuerdo con los administradores los grandes accionistas, pero no los pequeños accionistas. Los administradores buscan en general el interés de la empresa, mientras que los accionistas lo que procuran es su propio interés egoísta, percibiendo altos dividendos y oponiéndose a la formación de reservas voluntarias.

Ahora bien, la magnitud creciente de las S. A. modernas corre parejas con su burocratización y con su jerarquización, y paralelamente aumenta el poder de los directores de la mano de los técnicos. La moderna tecnología ha llevado a la cúspide de las S. A. a los especialistas técnicos, y son ellos y no los administradores los verdaderos empresarios, lo que hace que en sectores cada vez más extensos de la economía mundial los verdaderos directores no son capitalistas.

3.^a *La S. A. y los terceros*.—1. La S. A. como persona jurídica.—Mirada desde fuera la S. A. es una persona jurídica. Como tal necesita de órganos para actuar en la vida de relación, y para proteger a los terceros, que con la sociedad contratan, el Derecho señala unos límites muy amplios a sus facultades con un contenido legal inalterable cual ocurre con el artículo 76 de nuestra Ley de Sociedades Anónimas.

La concesión de personalidad se traduce también en la autonomía patrimonial que se combina con la fijeza del capital social en garantía de los acreedores. El patrimonio social es el único que responde de las deudas sociales. La llamada responsabilidad limitada es más bien en las S. A. una incomunicación de responsabilidad que hace a los socios inmunes a las deudas de la sociedad a la cual pertenecen.

2. La utilización de la S. A. para fines indirectos. El abuso de la personalidad.—Para eludir la responsabilidad ilimitada se utiliza la S. A. para convertir nuestras deudas propias en deudas de una S. A. de las que no respondemos una vez hecha nuestra aportación. Se acude entonces por vía del llamado negocio indirecto a la sociedad de un solo hombre.

Contra éste y otros abusos de la persona jurídica se ha reaccionado en Alemania con el «alzamiento del velo de la personalidad jurídica» y en Inglaterra con el llamado «Disregard of legal entity».

3. La S. A. y sus acreedores.—La limitación de responsabilidad tiene como contrapesos legales:

a) La exigencia de la efectiva aportación del capital suscrito, y de su correcta valoración cuando los bienes aportados no sean dinero.

b) Prohibiendo rembolsar las aportaciones de los accionistas sea por vía de beneficios ficticios, sea por vía de la compra de las propias acciones o por vía de reducción del capital social sin el previo pago de las deudas sociales o sin el afianzamiento de los acreedores sociales. Especial atención merece el sistema peligroso de las «participaciones recíprocas» entre dos o varias sociedades.

c) Estableciendo una regulación detallada de la emisión de obligaciones en garantía y protección de los derechos de los obligacionistas.

4. El deber de información al público.—Junto al deber de informar al accionista que aunque sea limitadamente existen en nuestra Ley, aparece hoy un de-

ber de información al público precisamente a cargo de las sociedades que hacen apelación el crédito público llevando sus acciones a la Bolsa. En España comenzó este sistema con el Decreto de 30 de abril de 1964 respecto a las sociedades de inversión mobiliaria y se ha extendido por el Reglamento General de Bolsa de 30 de junio de 1967 a toda sociedad que lleve a la Bolsa sus acciones.

4.^a *El movimiento de reforma de la S. A.*—Se trata de una lección sobre un tema de política legislativa.

Parte Garrigues de la tesis de que la S. A. es una creación perfecta del legislador que sobrevive a todas las mudanzas en su fisonomía originaria y de que los nuevos postulados sociales y económicos reclaman constantemente su reforma. En estas reformas poco influye la política. La S. A. subsiste con una estructura semejante tanto en los estados capitalistas como en los estados socialistas.

El Derecho comparado es objeto de un interesante examen hasta llegar a la situación española en esta materia. El tiempo transcurrido desde la publicación de la Ley de S. A., ha mostrado sus aciertos, pero también sus defectos. Y la Comisión General de Codificación ha tomado en sus manos la reforma de la Sociedad Anónima. Entiende Garrigues que debe reformarse no sólo la S. A. sino todas las sociedades mercantiles y que la reforma debe abordar los problemas de estructura y de funcionamiento de la S. A., y como criterios orientadores de la reforma propone:

- 1) Exigir un capital mínimo fundacional.
- 2) Reglamentar el derecho de suscripción del personal con garantías que eviten su inmediata reventa en Bolsa.
- 3) Reglamentar una tercera convocatoria judicial de las Juntas Generales cuando no haya quorum ni en primera ni en segunda.
- 4) Conceder voto dirimente al Presidente en las asambleas.
- 5) Reforzar la protección de la minoría.
- 6) Establecer la información —al público en general— cuando la sociedad coñice sus acciones en Bolsa.
- 7) Exigir claridad en la presentación de las cuentas con indicación de las participaciones en sociedades coordinadas o subordinadas.
- 8) Dar nueva organización a la sociedad, constituyendo un Consejo de vigilancia y un Directorio.
- 9) Distinguir entre sociedades con cotización en Bolsa y las que no cotizan en Bolsa.

Por último no nos debemos empeñar en resolver a través de la S. A. los problemas de la empresa a costa de la estructura tradicional de esta sociedad. Estos otros problemas reclaman su propio Derecho.

IV. «*La Crisis del Derecho Mercantil contemporáneo*».—Conferencia pronunciada en el Instituto Jurídico Español de Roma en el año 1955. En ella se propone Garrigues demostrar la crisis de concepto y de autonomía, del Derecho Mercantil, como rama del Derecho privado que regula un determinado sector de la actividad económica.

Examina las diversas concepciones del Derecho Mercantil y entiende por su parte el Derecho Mercantil como categoría histórica, es decir, como rama del Derecho que nace en la historia a virtud de especiales necesidades que no estaban suficientemente atendidas por el Derecho común. El Derecho Mercantil

moderno es el Derecho de la época del capitalismo, pero su razón de ser no está indisolublemente vinculado a este sistema económico.

En el Derecho Mercantil contemporáneo hay una penetración del nuevo Derecho de la economía como Derecho de la organización económica coactiva de sectores que, como el de la empresa, permanecían cerrados a la sugerencia del Derecho estatal. De los varios ejemplos de esta penetración los más característicos son los de la participación del personal obrero en los beneficios de la S. A. y en la dirección de la S. A.

Ante la presión actual del Derecho de la economía cree Garrigues que pierde todo interés la vieja cuestión de la separación e independencia del Derecho Mercantil frente al Civil. Mientras —como buenos hermanos— mercantilistas y civilistas se entretienen en estas querellas familiares, el Derecho privado del tráfico, llámese civil o mercantil va siendo remplazado por un derecho distinto de carácter público y social.

V. «Discurso de contestación al ser concedido al Profesor Garrigues el Título de Doctor «Honoris causa», por la Universidad de Génova» (pronunciado el 10 de enero de 1966).—Destaca en él la aversión que expresa sentir respecto al puro conceptualismo que desvincula el derecho de la realidad en que está llamado a regir, y la conciencia de la importancia predominante que en el Derecho Mercantil moderno tienen el factor social. Este último punto es el que desarrolla en su conferencia que gira en torno a la idea de la admisión en su seno por el Derecho Mercantil de los postulados de la nueva política social, de la ineludible compenetración entre el Derecho Mercantil y el Derecho social, que es el producto del cambio de enfoque del Derecho Mercantil y de la entrada en escena de la empresa como centro del que irradia la genuina actividad comercial.

VI. «Reto sin respuesta». Trabajo publicado en el libro homenaje a Javier Zubiri en el año 1970.—En él nos vuelve a hablar de las íntimas relaciones entre Economía y Derecho. Este domina a aquélla en el sentido de que todo sistema económico es un sistema jurídico, sometido por tanto a normas jurídicas. Pero también la Economía repercute en el Derecho positivo, y todo buen jurista debe vivir muy atento a los postulados de la Economía para poder conformar rápidamente los nuevos hechos económicos a los esquemas jurídicos tradicionales, si ello es posible, o a otros inéditos, si no lo es. A estos requerimientos o incitaciones de la Economía frente al Derecho llamamos «reto» y respuesta a la que debieran dar los juristas y que por desgracia no suelen dar.

Garrigues explica con la peculiar claridad de sus escritos la transformación económica producida:

a) En el ámbito del poder de la S. A., que ya no está de hecho en los accionistas ni ha pasado a los obreros, sino a los Directores o técnicos.

b) En el ámbito de la libertad de contratación, que hace que hoy no se hable ya de libre competencia sino de «competencia imperfecta» o de «competencia monopolística» en la que cada empresario posee el monopolio de sus propios productos amparado por sus marcas y patentes.

c) Dentro de la empresa en donde la autonomía del empresario se ve limitada por el intervencionismo del Estado y la aspiración obrera a participar en la dirección de la empresa. Garrigues examina el cambio operado en la antigua identificación de sociedad y empresa que existía y existe en las colectivas, pero que

falra en la S. A. actual, en donde el capital se ha apoderado de la empresa y han quedado fuera de ella los trabajadores.

El problema puede resolverse, o creando un auténtico Derecho de la empresa o contentándose con una solución de compromiso. El primer camino exige montar en cada empresa una nueva entidad jurídica, distinta de la sociedad titular de empresa en la que participen capitalistas y trabajadores bajo el principio de igualdad y proporcionalidad de derechos.

En Francia se ha seguido el camino de la «participación» de los trabajadores: en los resultados obtenidos, en la información sobre la marcha de la empresa, y en la posibilidad de que la dirección reciba y recoja periódicamente las proposiciones que los interesados crean útil formular. Y este sistema se ha recogido en tres Decretos franceses de agosto de 1967 en los que en sustancia, se acoge la solución de atribuir al capital un interés módico, del resto del beneficio se crea una reserva que se reparte por mitad entre accionistas y asalariados.

En España se ha seguido el sistema de la «cogestión» en la Ley de 21 de julio de 1962 que no es sino una consagración legislativa de la confusión entre el Derecho de la Empresa y el de Sociedades. Se podía haber respetado la figura de la S. A. en su clásica concepción capitalista para llevar la cogestión al ámbito del Derecho de la empresa, o modificar la Ley de S. A. para dar entrada en ella al factor trabajo con el consiguiente abandono del sistema capitalista. Pero no se ha hecho ni una cosa ni otra.

Ante el reto de las nuevas estructuras económicas se ha producido un silencio por parte del Derecho.

VII. «*La empresa desde el punto de vista jurídico*».—Se trata de la versión taquigráfica de una conferencia pronunciada por el profesor Garrigues en el Instituto de Estudios Políticos, en el año 1962

Parte Garrigues de la idea de que el Derecho no ha sabido reflejar aún lo que la empresa es en sentido económico, es a saber, una comunidad de trabajo.

Ante la disociación existente entre el empresario y la empresa, entre el organizador y la organización misma, cuando entra en escena la S. A., en los tiempos actuales se acentúa el fracaso del derecho. Lejos de crear un Derecho único de la empresa, hemos creado dos derechos distintos: el Derecho del capital, propio de la S. A. y el Derecho del trabajo que se manifiesta en el contrato laboral.

Garrigues examina lo que llama «el drama de la penosa ascensión del elemento trabajador en busca de un puesto dentro de la empresa». Y si en los tiempos actuales se confunde la empresa con la S. A. piensan los obreros que entrando en la S. A. habrán entrado en la empresa.

Y a la S. A. se puede entrar adquiriendo la cualidad de accionista, tendencia patrocinada por el llamado capitalismo popular, o sin ser socio, a través del sistema de «cogestión» en el que los trabajadores en cuanto tales, sin ser socios participan en los Consejos de Administración. Los dos sistemas son esquemáticamente expuestos por el autor subrayando sus rasgos más relevantes y señalando sus inconvenientes en la crítica que de los mismos hace.

Garrigues se inclina por un sistema de «capitalismo moderado, de capitalismo templado por el trabajo». Se trata de convertir a los obreros en accionistas mediante la adquisición de acciones en condiciones especiales. A tal fin debería reformarse la Ley de S. A. en el sentido de que en toda elevación de capital habrá

que destinar una parte de las nuevas acciones para la suscripción por los obreros ¿Con qué dinero? O el Estado carga con las consecuencias económicas de la operación financiándola, lo que ofrece problemas en los que el autor confiesa no se atreve a entrar, o bien las acciones se suscriben por asociaciones obreras o mejor aún por entidades obreras de previsión como los Montepíos.

VIII. «Acotaciones de un jurista sobre reforma de la empresa».—Cinco trabajos publicados en el periódico «Ya» en diciembre de 1969.

1.º *Reforma de la empresa y reforma de la S. A.*—Distingue los dos problemas tan a menudo confundidos. Una cosa es la empresa y otra la sociedad mercantil titular de aquélla. Ya en el artículo 122 del Código de Comercio de 1885 se dice que en la S. A. los asociados encargan el manejo del fondo común a mandatarios o administradores que representen a la compañía bajo una denominación apropiada al objeto o empresa a que destine sus fondos. La empresa podrá ser el objeto social de la S. A. Pero esta sociedad será empresario, nunca empresa.

2.º *La falsa reforma de la empresa.*—Analiza la pretendida solución iniciada en Alemania, de la llamada «codecisión» que en España recibe el nombre de «cogestión» y es adoptada por Ley de 21 de julio de 1962. Aparte de algunos errores de expresión la Ley de 1962 plantea problema de desarmonía con la Ley de S. A. en relación con el derecho del accionista a designar y revocar a los administradores, con la responsabilidad de los administradores, y con el sistema de representación proporcional en el Consejo de Administración.

El sistema de cogestión no satisface ni a los obreros ni a los juristas. Aquéllos lo consideran tímido, insuficiente y engañoso. Estos tienen que estimarlo contradictorio con la esencia de la S. A.

3.º *Las etapas de la participación obrera en la empresa.*—La aspiración de los obreros a entrar en la empresa poniendo fin a su actual alienación de ella se traduce por la palabra «participación» con evidente exactitud. Lo que hay que saber es hasta donde debe alcanzar esa participación. En la evolución de esa idea cabe distinguir tres etapas. La primera se refiere a los beneficios, la segunda a la política del trabajo a la que corresponden en España los Jurados de empresa, y la tercera al Consejo de Administración.

Pese a que la participación ha sido mal recibida por el elemento obrero y ha perdido hoy el escaso prestigio que tenía, diversos autores insisten en que hay que rebajar el capital de su posición de mando y elevar a ella el trabajo dentro de la empresa. Advierte Garrigues la extraordinaria delicadeza de esta tendencia y la enorme gravedad de las metas a que puede conducirnos.

4.º *La asociación-empresa y las soluciones socialistas.*—Algunos teóricos han propuesto sustituir el contrato de trabajo por un contrato asociativo. Capitant propugnaba en Francia un nuevo tipo de sociedad mercantil integrada por la cooperativa de trabajadores, por la sociedad capitalista y por un órgano de dirección. Los beneficios se repartirían por mitad entre la cooperativa y la sociedad de capitales. La cooperativa recibiría acciones de trabajo y acciones de capital, éstas últimas en pago de la participación de los obreros en la autofinanciación de la empresa. Esta solución plantea innumerables problemas, entre los cuales figura el de quién ha de tener la dirección y quién debe soportar el riesgo.

Otros proponen que sin necesidad de crear una asociación, el poder en la

empresa debe pasar pura y simplemente a los trabajadores dentro de una verdadera democracia industrial. Esta solución conduce al socialismo.

Garrigues entiende que si deseamos una auténtica reforma de la empresa habremos de optar entre la destrucción del régimen capitalista instaurando la democracia en el seno de la empresa, o la conservación del régimen capitalista con la S. A., pero dentro de un capitalismo moderado por el trabajo que haga participar a los obreros en el capital que rija la empresa. Esta última es la solución del capitalismo popular que al Profesor Garrigues le parece la más armónica y recomendable en el momento actual.

5.^o *Solución prudente del problema.*—En este último apartado confiesa el autor que el problema de la regulación interna de la empresa corresponde a un Derecho distinto del mercantil, al Derecho de la organización económica que no es Derecho privado sino público. Corresponde a los mercantilistas defender el estatuto de los empresarios y especialmente la estructura tradicional de la S. A., aunque habremos de procurar dar entrada a los obreros en las sociedades que son hoy titulares de las empresas más importantes, como accionistas, no como simples trabajadores.

IX. *«Última lección como catedrático pronunciada el día 6 de mayo de 1970».* En ella nos habla de la futura unificación del Derecho Mercantil. El Derecho Mercantil que era en la Edad Media un Derecho universal internacional, se hace después nacional con la consecuencia que hoy padecemos de la preponderancia de los países económicamente poderosos en las transacciones con los países en estado de desarrollo.

Por iniciativa de Hungría a través de su representante Hustor, se llegó a crear por acuerdo de la Asamblea de las Naciones Unidas de 17-XII-1962, la «Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional», o UNCTRAL. Expone Garrigues los trabajos de esta comisión y de otras análogas y de sus futuros proyectos, y con un balance de lo que quiso hacer en su cátedra y de lo que realmente hizo, termina el Profesor Garrigues su última lección, y con ella el libro del que ahora damos noticia.

La crítica de esta obra de Garrigues ha de ser favorable. Todos sus capítulos contienen ricas enseñanzas para los tiempos presentes. Precisamente porque su trabajo es el de un verdadero jurista, y porque en él aborda el examen de conceptos fundamentales con criterios científicos, su pensamiento tiene un valor permanente y universal.

Se halla además escrito con lenguaje fácil que invita a leerlo de un tirón. Quizá por ello si algo cabe reprochar al autor es que «sabe a poco», particularmente en el tema de la reforma de la empresa y las soluciones concretas a este candente problema. Garrigues nos ofrece unas soluciones que —por muy distintas que sean las nuestras y por muy distintos que sean nuestros planteamientos (piénsese en una empresa regida no por una S. A., sino por un empresario individual, en un empresario agrario o profesional individual)— no podemos calificar de tímidas, sino de prudentes. No olvidemos que el buen jurista cuando aborda el estudio de un problema y trata de resolverlo, debe pensar en las consecuencias de la solución propuesta proyectadas sobre la realidad que nos rodea y con la que debe armonizarse. Ciertamente que la solución debe ser justa, pero ante todo y por ello mismo debe ser también prudente, que la prudencia es en definitiva la primera de las virtudes cardinales.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

CRISTOBAL-MONTES, Angel: "La donación con reserva de disponer". Caracas, 1971. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Derecho. Un volumen de 188 páginas.

El profesor Cristóbal-Montes nos ofrece, una vez más como producto de su infatigable tarea universitaria e investigadora, un nuevo volumen de sus estudios en torno a un tema de tanto interés —teórico como práctico—, cual es la donación con reserva de disponer. La problemática que plantea se considera desde tres perspectivas fundamentales, que componen otros tantos capítulos: la regla «*donner et retenir ne vaut*» y sus consecuencias, el principio de la irrevocabilidad de las donaciones y la donación con reserva de disponer.

El primer capítulo de esta obra, después de examinar las causas legales de la revocación de las donaciones, pasa a plantear la consideración dogmática de la reserva del poder de disposición y sus particulares efectos, exponiendo la necesidad de conocer sus antecedentes históricos, especialmente el derecho consuetudinario francés, con referencia también a la legislación y dogmática italianas, sin olvidar el sistema español, a fin de llegar cumplidamente a la interpretación del Derecho venezolano.

En el segundo capítulo, en torno al principio de la irrevocabilidad de las donaciones, hace el autor un estudio del desarrollo histórico de esta modalidad, de su fundamento, para concluir con su posición crítica. Es aquí donde las dotes magníficas de jurista hacen gala de su visión realista y ponderada, al tratar de precisar sí este requisito general para todo contrato pasa a ser en el contrato de donación (tal es como configura su naturaleza jurídica) un requisito esencial, siendo sólo posible la revocación por las causas legalmente previstas. No obstante, tomar en consideración una serie de argumentos en pro de la irrevocabilidad en base a los derechos adquiridos y de la seguridad jurídica, concluye creyendo que conservar el principio de la irrevocabilidad constituye un anacronismo y por carecer de motivos válidos o razones que le sirvan de fundamento resulta una inconsecuencia.

El tercer capítulo aborda la figura de la donación con reserva de disponer donde el Derecho venezolano sigue coincidiendo con el modelo franco-italiano, si bien posteriormente el concepto legal de donación (art. 1.431 del Código civil) fue modificado para admitir la concepción contractual de la misma.

Fundamentalmente se estudian el ámbito de la reserva, la naturaleza jurídica de esta modalidad de donación y la posición del beneficiario de la reserva y los negocios de disposición posibles al mismo, concluyendo con el examen de la posibilidad de disponer de la cosa o suma reservada por acto *inter vivos* o *mortis causa*, a título gratuito o a título oneroso, en favor propio o de otros, en todo o en

parte, enajenando la cosa o constituyendo derechos reales sobre ella, sean de goce o ya de garantía.

El profesor Cristóbal-Montes, con sus excelentes dotes de jurista y estudioso, contribuye con una obra monográfica muy útil y valiosa para la literatura jurídico-civil de habla española.

JOSÉ BONET CORREA

SOTO NIETO, Francisco: "Derecho Vivo (Jurisprudencia comentada)", tomo II, Ed. Revista de Derecho Judicial, Madrid 1971, 855 páginas.

Prosiguendo el estilo y técnica que presidió el tomo I de esta obra, Soto Nieto nos ofrece un nuevo volumen de este «Derecho Vivo» —y en verdad que el contenido hace honor a la designación que intitula el trabajo—, en el que se acopian temas de una actualidad palpitante en el mundo jurídico, que a diario abordan la atención de los Tribunales. El autor viene presidido por el propósito de ofrecer a los profesionales del Derecho una colección de monografías jurisprudenciales, entresacando aquella temática más acuciante de la vida diaria —por su frecuencia conflictiva o por la novedad legal que la suscita— y sirviéndola de manera fácil y sugestiva, en perfecta y adecuada sistemática, en exposición brillante y asequible, entreverada siempre de citas doctrinales y de agudas reflexiones de cariz teórico y empírico, tras el despliegue en abanico de cuanto la doctrina legal y científica ha dicho sobre cada materia en específico. Cada tomo ofrece plena sustantividad, dado que son distintos los temas tratados en ellos, conteniendo cada volumen sus índices propios.

Dentro del Derecho civil, se alinean diversos capítulos: la analogía como medio de integración del Derecho; la vecindad civil y su prueba; en materia de propiedad horizontal, la desafectación y venta de elementos comunes, legitimación activa en el ejercicio de acciones afectantes a la comunidad, autorización mayoritaria para la alteración de un elemento común y contribución de los locales comerciales a los gastos de portería, ascensor, y escaleras; voluntad unilateral generadora de obligaciones; intervención de las Compañías aseguradoras en las diligencias preparatorias del título ejecutivo; excepción de «plus petitio» en el juicio ejecutivo a que se refiere la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor; depósito previo por las Compañías para la interposición de recursos; el Fondo Nacional de Garantía en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo; créditos reconocidos en escritura pública o en sentencia firme, a efectos prelativos; el autocontrato o contrato consigo mismo; la titularidad del fiduciario en la fiducia «cum creditore»; cláusula «rebus sic stantibus»; carácter imperativo de la legislación sobre ventas a plazos; pactos de reserva de dominio e inscripción en el Registro creado por la Ley especial; fianza de obligaciones futuras y vinculación de solidaridad; aspectos de la resolución contractual por declaración de ruina; normas procesales de la L. A. U.; embargo y enajenación forzosa de bienes gananciales. En la esfera de Derecho mercantil se insertan capítulos consagrados al contrato de cuenta corriente; contratos de cuentas en participación; «cláusula de valor» en la letra de cambio; trascendencia de la relación causal frente a la acción cambiaria. La reconvencción y su tratamiento por la jurisprudencia es el tema sobresaliente de enjundia procesal.

Sin que falten algunos capítulos de marcado interés en el seno del Derecho administrativo.

Tanto por la selección de materias llevadas a cabo como por el modo y sistema de su tratamiento, viene a ser la obra reflejo de la cotidiana problemática forense, tratando —y a fuer de verdad que lo consigue— de apuntar un auxilio de orientación y de luz, que haga fácil y hacedero su enfoque y fundada y justa su solución. De ahí que su utilidad sea suma para el abogado que asume la delicada responsabilidad de encauzamiento y para los Tribunales sobre los que pesa la no menos grave de su zanjamiento y ultimación.

JOSÉ MARÍA REYES MONTERREAL
Magistrado

VAZQUEZ RICHART, José: "Situación y porvenir legal de los hijos ilegítimos y adoptados". Madrid, 1971. Premio "Azcarate" 1971. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Fundación "Domingo Romero Grande". Un volumen de 262 págs.

El Dr. Vázquez Richart es un distinguido profesional de la Abogacía a quien se le otorga este estimable galardón por su obra que es producto de su afición estudiosa e investigadora. El tema de gran actualidad en nuestro medio social, viene abordado con el apoyo de la tradición histórica de nuestros cuerpos y colecciones legales, así como en las opiniones de los científicos y juristas más destacados.

La obra viene dividida entre partes, en razón de una metodología temporal (pasado, presente y futuro de las instituciones), a las que se añaden unos interesantes anexos. Así, pues, comienza por enfrentarse con la pasada situación legal de los hijos ilegítimos y adoptados a través de una evolución histórica, partiendo desde Roma, a través de la época medieval, hasta llegar a las legislaciones modernas y la codificación actual. De este modo, la patria potestad, la adopción y la investigación de la paternidad son vistas a través de nuestros cuerpos legales históricos y de sus sucesivas reformas con las opiniones más sobresalientes de la doctrina científica

El panorama de la legislación vigente en cuanto a la situación de los hijos adoptados y de los hijos ilegítimos viene estudiada en su segunda parte de la obra con dos capítulos. Uno se dedica al examen de la naturaleza jurídica de la adopción, tal como viene establecido en el régimen legal español, para después recoger un amplio panorama del Derecho comparado europeo, americano, africano y hasta asiático.

La tercera parte de esta obra se dedica a plantear el porvenir legal de los hijos de padres ilegítimos así como de los hijos adoptados, con especial referencia a la organización futura de la familia, la problemática que presenta y examinan las Naciones Unidas en cuanto a la filiación y los intentos de lograr criterios unificados y perfeccionados.

En los Anexos que se añaden a este estudio aparece la transcripción de la «Declaración de los Derechos de la Familia votada por la Unión Internacional de los Organismos Familiares», en Asamblea general celebrada en Bruselas (1951), el mo-

vimiento natural de la población en España en el año 1967, la Ley sobre la adopción en Yugoslavia, así como los fundamentos sobre las relaciones de padres e hijos en este país, y, también, la Ley argentina sobre «Hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio».

La obra se concluye con una serie de índices de gran utilidad, en el que destaca el cronológico de autores, muy completo por la amplia bibliografía sobre el tema, y los demás de autores citados y el de materias, completando así este amplio y buen estudio que es a la vez sugerente y práctico, animado de un espíritu sereno y liberal, lleno de ideas muy nobles y humanas, con un alcance de justicia indudable y en defensa de quien se encuentra en la condición de hijo al margen del ámbito familiar.

JOSÉ BONET CORREA

YANGUAS MESSIA, José de: "Derecho Internacional Privado. Parte General". 3.^a edición, Madrid. Instituto Editorial Reus, S. A., 1971, 413 páginas.

Se ha dicho ya tantas veces, entre nosotros, que don José de Yanguas Messía es un hombre, por convicción y por talante, inclinado a la conciliación, que acaso corramos el riesgo de malentender el profundo sentido de esa palabra tan cargada de significado. Pienso por ello que, al dar cuenta de esta tercera edición de su Derecho Internacional Privado (Parte General), se me ofrece una oportunidad única de ir más allá de palabras que pudieran, Dios no lo quiera, derivar en tópicos.

Vaya por delante una confesión profundamente sincera: lo difícil que esta noticia de la tercera edición de un libro, por muchos conceptos magistral, resulta para el autor de estas líneas. Y no porque se trate de un libro oscuro, ya que uno de sus mayores méritos aunque no precisamente el más relevante es la claridad, sino porque, como es obvio, se trata de informar sobre el pensamiento y la obra de un internacionalista en la cima de su madurez científica.

La tarea no es sin embargo imposible, al menos por estas dos razones: de un lado, por el excelente prólogo, cálido y lleno de finura, que el profesor Adolfo Miaja de la Muela ha escrito para la edición del libro que ahora nos ocupa; de otro porque, como el profesor Miaja apunta expresamente, a través de las diferentes fases del pensamiento de don José Yanguas su concepción del Derecho internacional privado ha permanecido básicamente inalterada.

La razón de ser del Derecho internacional privado, escribe el profesor Yanguas, se encuentra en «la conjunción de dos causas: la vida jurídica de relación entre individuos de diversa nacionalidad o a través de territorios dependientes de diversa soberanía, y la variedad que distingue y separa a las leyes de los diversos Estados». «En efecto, insiste, si las relaciones humanas se detuvieran al llegar a las fronteras, si no hubiese desplazamiento de personas a otros países, ni propiedad privada sobre cosas sitas en ajeno territorio, ni matrimonios entre extranjeros; si no se celebraran nunca contratos en que la nacionalidad de los

estipulantes, la situación de la cosa, el lugar de otorgamiento o el lugar de ejecución sean dispares; si no se dieran sucesiones cuyo causante, cuyos herederos y cuyos bienes dependan de Estados diversos, no existirían casos y problemas de Derecho internacional privado. Y si, aun dadas las anteriores hipótesis, concluye, la legislación aplicable en todos los Estados fuese uniforme, tampoco aquellos problemas llegarían a presentarse». El problema del Derecho internacional privado surge, pues, de un doble fenómeno social y jurídico: el tráfico privado internacional y la multiplicidad y diversidad de las legislaciones nacionales positivas.

Pero, al menos hipotéticamente, ¿no podrían eliminarse los problemas apuntados si cada legislador nacional ignorase la especialidad de tales relaciones y les aplicara pura y simplemente sus normas materiales de Derecho interno? ¿O si la variedad de ordenamientos jurídicos quedase eliminada mediante una unificación de las normas de Derecho material vigentes en los distintos Estados? Ni una ni otra hipótesis son realizables, escribe don José de Yanguas con razón, y de ahí su configuración del Derecho internacional privado como aquella rama del Derecho que designa los ordenamientos jurídicos competentes para regular aquellas relaciones privadas que no dependen por entero de la legislación material interna del juez que con competencia judicial internacional entienda de la litis. Quedan así recogidos en la definición propuesta, dos aspectos del Derecho internacional privado: uno público, que hace referencia a la competencia legislativa de los Estados, y otro privado, que apunta a las relaciones de la vida social que exceden de la órbita puramente interna.

Para realizar la función que le corresponde en el cuadro general de las disciplinas jurídicas, el Derecho internacional privado se sirve usualmente de un instrumento: la norma de conflicto. Conoce sin duda otros tipos de normas, pero en el pensamiento del profesor Yanguas, éstas son normas excepcionales y secundarias mientras que aquélla es la regla-tipo de nuestra disciplina.

Ningún problema de Derecho internacional privado existe cuando todos los elementos de la relación de índole jurídica y sus fases de vida dependen exclusivamente de la *lex fori*; pero cuando éste no es el caso, cuando alguno o algunos de esos elementos o fases no dependen exclusivamente de la ley del juez, la norma de conflicto designa el ordenamiento jurídico, eventualmente extranjero, donde ha de buscarse el Derecho material que directa y concretamente regule el caso. La sustancia del problema y el mecanismo para resolverlo, escribe don José de Yanguas, son siempre los mismos aunque sus modalidades varíen: el problema arranca de la complejidad extranacional de la relación contemplada por la norma de conflicto, y el mecanismo para resolverlo consiste en una remisión que esta norma hace al Derecho material aplicable.

La relevancia del Derecho extranjero (del Derecho material extranjero designado por la norma de conflicto para resolver el problema de elección del Derecho aplicable a un supuesto que, por alguno de sus elementos, exceda de las fronteras de un determinado ordenamiento jurídico) es tan fuerte en esta concepción del Derecho internacional privado que, al menos *de lege ferenda*, es obvia la preferencia del profesor Yanguas por las normas de conflicto bilaterales, en las que existe equivalencia e igualdad de trato al distribuir las competencias entre la ley del foro y las leyes extranjeras. ¿Podría además ser de otro modo tratándose de

quien fue ponente ante el Instituto de Derecho Internacional cuando, en 1952 y por abrumadora mayoría, éste adoptó un proyecto en el que literalmente se afirma que «las normas de Derecho internacional privado deben, en principio, utilizar criterios susceptibles de generalización, es decir, susceptibles de ser eventualmente adoptadas por convenios internacionales»? (*Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. XLIV, t. II, págs. 412 a 423.)

Pienso igualmente que es esta conciencia del papel que corresponde al Derecho extranjero en Derecho internacional privado lo que explica la matizada, flexible y en el fondo internacionalista posición del profesor Yanguas en el problema de las calificaciones; o su actitud contraria al reenvío, respecto del que el profesor Yanguas señala cómo el que pudiera tener lugar en favor de una tercera ley ha interesado poco a la jurisprudencia y respecto del que sigue pensando que la única e inconfesable razón creadora del mismo fue la tendencia a que todos los casos de Derecho internacional privado quedasen sometidos a la ley del juez; o su mesurada actitud al propugnar un equilibrio entre personalidad y territorialidad y al señalar, como ya hiciera ante el Instituto de Derecho Internacional, que en relación a las personas el territorialismo no puede ser llevado con el mismo espíritu que en relación a las cosas; o la idea savigniana de que el orden público no es más que una excepción al principio de la comunidad de Derecho, excepción que confirma la regla y pone de relieve la existencia de una comunidad en zonas extensas del Derecho, por encima de las fronteras y no obstante la diversidad legislativa entre los Estados; o, por dar un último ejemplo, su clara afirmación de que el Derecho extranjero declarado aplicable por la norma de conflicto es *Derecho* aunque extranjero.

Pero ¿por qué esa relevancia del Derecho extranjero? ¿Por qué resolver los problemas suscitados por supuestos que exceden de las fronteras jurídicas de un determinado ordenamiento mediante la referencia a un Derecho extranjero?

Al abordar ese problema básico y fundamental del Derecho internacional privado, el profesor Yanguas se refiere a tres grandes tendencias doctrinales, que él analiza en función de las teorías contemporáneas: supranacionalista; nacionalista; y teorías autonómicas.

Las tendencias que el profesor Yanguas engloba en la denominación genérica de *supranacionalistas*, coinciden en considerar al Derecho internacional privado como una rama jurídica que está por encima del Derecho interno y que, por consiguiente, debe ser regulado por normas de valor superior al puramente estatal. Esta tendencia se diversifica, sin embargo, en dos grandes corrientes: la *internacionalista*, que se fundamenta en la comunidad jurídica internacional de los Estados y la *universalista*, que arranca de la comunidad jurídica humana de los individuos; las doctrinas internacionalistas consideran al Derecho internacional privado como una parte del Derecho internacional, mientras que las universalistas se basan en principios de orden superior que positivamente se expresarían a través de la costumbre y de los principios generales del Derecho, «fuente enriquecida hoy —escribe don José de Yanguas— con el auge visible del renacimiento iusnaturalista».

La nota común de la tendencia nacionalista estriba en la afirmación de que el Derecho internacional privado es parte integrante del Derecho interno de cada Estado, y a éste corresponde exclusivamente dictar sus normas; existe sin embargo

una corriente moderada dentro de esta tendencia (corriente que el profesor Yanguas simboliza en las aportaciones doctrinales de Maridakis, Monaco, Rigaux y van Hecke), que encuentra su razón de ser en una realidad que ya en 1949 pusiera de relieve Mariano Aguilar Navarro al escribir que «los nacionalismos extremados están llamados a desaparecer y, con ellos, las viejas tendencias radicalmente territorialistas que un día dominaron en nuestro campo». No estoy yo muy seguro que el nacionalismo haya desaparecido, sin embargo, y temo que en el plano doctrinal (el pensamiento de Currie, por ejemplo) o en la jurisprudencia (muchos aspectos de la nuestra, por ejemplo), el nacionalismo siga bien vivo. Lo que no sólo justifica el análisis que el profesor Yanguas hace de estas tendencias, sino su cuidadosa distinción, dentro de ellas, de esa orientación moderada a la que acabo de referirme, y que desde un punto de partida nacionalista vendría a caracterizarse por la toma en consideración de los objetivos internacionales, supranacionales, del Derecho internacional privado.

Finalmente, una tercera posición y una tercera respuesta al problema básico del Derecho internacional privado, el de su fundamento, desecha la necesidad de adscribir el Derecho internacional privado al Derecho internacional o al Derecho interno; desde este punto de arranque, el común denominador de las teorías orientadas en esta dirección consiste en afirmar la especialidad del Derecho internacional privado y propugnar su autonomía dentro del marco general del Derecho. Se trata además, insiste don José Yanguas, de una tendencia en marcha más que de una doctrina ya definida, que recibe muy diversos enfoques aunque todos ellos coinciden en su afán de síntesis constructiva de la ciencia del Derecho internacional privado, alejada de dogmatismos, de una tendencia en suma que implica una apertura hacia el internacionalismo, de una orientación cuyos exponentes podrían simbolizarse en Barile; Maury y Batiffol; Miaja de la Muela, Aguilar Navarro y Herrero Rubio; Valladao; Vallindas y Evrigenis; *la dritte Schule* alemana; etc.

¿Dónde situar el pensamiento de don José de Yanguas?

La pregunta es muy difícil de contestar y hacerlo implica por mi parte tanto una osadía como una presunción. Difícil porque como ya en 1948 el profesor Batiffol puso de manifiesto en un curso en la Academia de La Haya, las posiciones doctrinales se diversifican en función de tres grandes problemas (fuentes, objeto y método del Derecho internacional privado) y no de uno solo; difícil también porque, ¿qué diferencia cualitativa existe en el fondo entre algunas de las orientaciones autonómicas y el nacionalismo moderado?; difícil por último porque ¿quien a estas alturas no está al corriente de los equívocos que en Derecho internacional privado son los conceptos de nacionalismo e internacionalismo?

Perdone el querido maestro que para mí y para todos nosotros es don José de Yanguas que, en este mar de dificultades, me atreva a clasificar su pensamiento, por muchas razones tan rico y complejo. Si me atrevo a hacerlo es porque de antemano cuento con su capacidad de comprensión y porque pienso que respondo así mejor al estímulo de su libro que no mostrando mis discrepancias de detalle con algunas de sus ideas (así respecto del problema del reenvío; con relación al margen a conceder a las conexiones territoriales —lo que no quiere decir territorialismo; por su falta de referencia a las impugnaciones que desde plataformas muy diferentes hoy se hacen al procedimiento del conflicto de leyes y de la norma de conflicto; por nuestra diferente valoración de algunas posiciones doctrinales

—por ejemplo, la de Albert Ehrenzweig, en quien yo no veo un nacionalista radical—; etc.).

Creo que el profesor Yanguas no se declara expresamente universalista, en el sentido que él da a esta orientación del supranacionalismo, por su misma excelente formación de internacionalista, por la conciencia del carácter descentralizado del Orden internacional y de la relevancia que en él desempeña el Estado soberano. Pero universalista es su valoración de la función del Derecho natural en Derecho internacional privado, y de ahí el relieve que en esta tercera edición el profesor Yanguas da a la noción de *ius cogens* internacional, como universalista es su preciosa insistencia en cómo la conciencia de la humanidad ha dado positividad a ciertas reglas de Derecho natural, concretamente aquéllas que se refieren directamente al respeto debido a los derechos de la persona humana, base y fundamento último del Derecho internacional privado así como de la eventual llamada al Derecho extranjero que la norma de conflicto encierra y trae consigo.

Esto último no es individualismo sino, como observa el profesor Miaja de la Muela en su prólogo, «la postura mental y ética del estudioso formado en las ideas del Padre Francisco de Vitoria y de otros grandes teólogos españoles del siglo XVI». En efecto. Y aquí está precisamente la raíz última de por qué me atrevo a hablar de universalismo, al menos en la intención y en la valoración, larvada unas veces y expresa otras, que subyacen al pensamiento de don José de Yanguas. Se trataría de la comunidad humana como fundamento del Derecho de gentes, esto es de la afirmación de la realidad de la comunidad internacional como forma de sociabilidad humana en la que el criterio de base sería el hombre y no el Estado.

Pero, naturalmente, el profesor Yanguas no ignora lo que de particularismo jurídico supuso el fenómeno de la codificación; ni la diversidad y pluralidad de los ordenamientos jurídicos; ni el problema de la relación entre Derecho internacional y Derecho interno, y de ahí que reconozca el papel que corresponden al Estado y al Derecho interno en la construcción del Derecho internacional privado.

Para don José de Yanguas el Derecho internacional privado no puede ser adscrito ni al Derecho internacional ni al Derecho interno, porque la realidad es que tiene una doble naturaleza, pública y privada, internacional e interna, y de ahí su afirmación de que, en sus versiones extremas, el internacionalismo y el nacionalismo representan versiones incompletas del Derecho internacional privado. ¿Autonomista entonces? Sí, desde luego. Pero también, y acaso ante todo, universalista por lo que hace referencia al fundamento último y la razón de ser del Derecho internacional privado.

Lo que ocurre, es que, como ha dicho otro maestro, Charles de Visscher, la comunidad internacional es tan sólo un orden en potencia en el espíritu de los hombres y de ahí la moderación y el tacto con que el universalismo se afirma y se propone en el pensamiento del profesor Yanguas, por la conciencia de la realidad positiva de los Derechos nacionales junto a esos principios de orden superior en los que el universalismo y tales sistemas jurídicos internos se fundamentan. El Derecho internacional privado, ha escrito el profesor Batiffol, da la impresión de ser una empresa internacional llevada a cabo con medios predominantes internos, estatales. Y si esto es así, si desde un punto de partida y una aspiración universalista se llega a reconocer la forzosa plataforma particularista en la que nos movemos,

¿qué diferencia cualitativa existe entre este pensamiento y la orientación en la que partiendo precisamente de esa realidad, se trata de llegar a un horizonte y un planteamiento universales del Derecho internacional privado?

Creo que apenas si hay diferencia cualitativa, y de ahí que, en nacionalista moderado, piense que el Derecho internacional privado hunde sus raíces en el orden internacional, fuera del cual apenas si sería concebible, y estime que, en el fondo, el Derecho internacional privado y la eventual llamada a un derecho extranjero que la norma de conflicto supone, no son otra cosa que una manifestación precisa del deber jurídico de los Estados de cooperar mutuamente.

Me atrevo a pensar por ello que, después de todo, no hay más que una diferencia de matiz, de centro de gravedad y de localización en el punto de partida, pero no en la idea de base —la persona humana y su dimensión supranacional, su vocación ecuménica por decirlo con palabras de Mariano Aguilar— ni en la aspiración final —clara y rotundamente universalista—.

Tan sólo que desde esta posición que yo sostengo, acaso sea más fácil afrontar el pluralismo de métodos de nuestra disciplina, o al papel del Estado y de las normas de Derecho interno de aplicación necesaria cualesquiera que fuesen los elementos extranjeros eventualmente presentes en el supuesto de hecho a regular, o el fundamento último de estas normas de aplicación inmediata. En este sentido el pensamiento de Francescakis —por citar un único ejemplo— acaso no resultase ni tan heterodoxo ni tan singular: la cooperación internacional tiene límites que no pueden ser ignorados, ni siquiera en el funcionamiento de la norma de conflicto —así en la excepción de orden público—, y ello pese a que el método del conflicto de leyes implique nada menos que una neutralización de la *lex fori* y una puesta en común de los ordenamientos jurídicos.

Por otra parte, y finalmente, creo que si dos generaciones se comprenden y coinciden en lo fundamental, todo se debe al espíritu abierto y conciliador del maestro. En este sentido, permítaseme concluir afirmando que don José de Yanguas es un espíritu inclinado a la conciliación no sólo por convicción y por talante, por ideas y por actitud vital, sino también y sobre todo por talento.

Una obra que tiene el gesto humano y bello de estar dedicada a su nieto, está llamada, en mi opinión, a servir de punto de reflexión y muro de contención frente a posibles tentaciones iconoclastas. Si como *paysan de la Garonne*, Jacques Maritain pudo acusar a nuestro tiempo de perder de vista el pasado y la historia con tanta alegría como irresponsabilidad, he aquí un bello libro, profundamente anclado en el pasado —y de modo especial en Savigny— en el que hay todo un puente tendido sobre hoy y mañana. Gracias, don José, por su esfuerzo.

JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO

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

CALIFICACION REGISTRAL EN EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO. TRES PUNTOS ABARCA LA RESOLUCION Y LA DIRECCION GENERAL CONSIDERA QUE: 1.º ES SUFICIENTE QUE EL PROCEDIMIENTO SE SIGA CONTRA EL MARIDO, AUNQUE LA FINCA SEA GANANCIAL. 2.º EL REGISTRADOR NO PUEDE ENTRAR A EXAMINAR LOS FUNDAMENTOS DEL FALLO JUDICIAL. 3.º NO HAY OMISSION DE NOTIFICACION A LOS TITULARES DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS ANTERIORES A LA NOTA MARGINAL DE LA REGLA 4.ª DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA. (Resolución de 23 de abril de 1969, "Boletín Oficial del Estado" 19 mayo de 1969.)

Hechos.—Por escritura pública autorizada por el Notario de Madrid don Felipe Gómez-Acebo el día 4 de diciembre de 1959, don José Ortega de Tena concede a don Federico Chazal Dubois un préstamo de trescientas cincuenta mil pesetas, en garantía de su devolución y de sesenta mil pesetas más para gastos y costas, se constituyó hipoteca sobre dos fincas pertenecientes al deudor. Ambas hipotecas, con distribución previa del crédito, fueron inscritas en el Registro de la Propiedad correspondiente. Transcurrido el plazo señalado para la devolución del préstamo, el acreedor demandó al deudor el 1.º de junio de 1961 para hacer efectivo su crédito, y admitida la demanda se requirió de pago al deudor y se ordenó al Registrador expidiese la certificación prevista en la regla 4.ª del artículo 131 de la L. H., de la cual resultó existir una anotación preventiva de embargo por un importe de un millón de pesetas a favor de Asensio Arín, a quien se notificó el procedimiento.

El actor, en escritos de 19 de mayo, 5 de junio y 15 de septiembre de 1965, solicita se saque únicamente a subasta una de las fincas hipotecadas, o sea, la casa de cuatro plantas, que responde de cien mil pesetas, más veinte mil para costas y gastos, aunque la escritura de hipoteca la valora en doscientas mil. Seguidos los trámites y celebrada la subasta, se adjudicó la finca por el precio anunciado de cien mil pesetas, con facultad de ceder, a don Ignacio Díez Sixto, quien, en tiempo y forma, la cedió a don José Ramón Novoa Valencia. Con fecha 29 de enero de 1966, el Juzgado competente decretó de oficio la nulidad de la subasta por no haberse fijado en los edictos que el precio en el que se tasaba la finca era de doscientas mil pesetas, pero el auto fue recurrido ante la Audiencia, que lo revocó y ordenó seguir el procedimiento, no obstante la diferencia entre la tasación para subasta y el anuncio de los edictos. El auto de fecha 22 de mayo de 1967 ordena la cancelación de la inscripción a favor de don Federico Chazal Dubois y de la anotación de embargo de don Asensio Arín, inscribiéndose la finca a favor de don José Ramón

Novoa Valencia, librándose el 11 de junio de 1968 el oportuno testimonio del auto y el mandamiento.

Presentados que fueron ante el Registro de la Propiedad número 9 de los de Madrid el testimonio del auto y el mandamiento, el Registrador extendió en ambas sendas notas calificadoras que, por su extensión, vamos a tratar de simplificar, sin que ello suponga desvirtuación de su contenido:

a) *En el testimonio del auto.*—La calificación deniega de una parte y suspende en base de otros defectos. Se deniega la inscripción del documento por contener los tres siguientes defectos insubsanables: 1.º) Haberse seguido el procedimiento contra el deudor solamente y no contra él y su esposa, así como aprobar el remate de la finca por el juez refiriéndose solamente al esposo y sin tener en cuenta el carácter ganancial de la finca y los artículos 1.413 del C. c. y 96 y 144 del Reglamento Hipotecario. 2.º) Haber sido anunciada la subasta en los edictos y haber sido rematada por el tipo de cien mil pesetas cuando de la inscripción resulta que se tasó a tal fin en el doble, no pudiéndose admitir postura alguna inferior a dicho tipo conforme al artículo 131 de la Ley Hipotecaria en su regla novena. 3.º) De la nota marginal fechada el 23 de agosto de 1961, al margen de la inscripción quinta de hipoteca, resulta la expedición de una certificación en la que se daban como vigentes ocho embargos practicados en el año 1960, pero que posteriormente fueron cancelados por notas marginales de caducidad con fecha 17 de abril 1965, no constando la expedición de otra posterior certificación registral en la que sólo se da como vigente un embargo por importe de dos millones de pesetas a favor de don Asensio Arín, a quien se le notificó la existencia del procedimiento. Realmente la anotación no fue practicada a favor de don Asensio Arín, quien sólo hizo de presentador del mandamiento que la ordenaba, volviéndolo a presentar posteriormente, y al padecer dicho mandamiento de efecto subsanable motivó una anotación de suspensión en el Libro Especial, cuyo plazo de vigencia se prorrogó por un segundo mandamiento expedido el día 25 de junio de 1966. Un tercer mandamiento expedido por el mismo Juzgado ordena la conversión en anotación definitiva de embargo de la suspensión, lo que fue practicado, quedando extendida la anotación de embargo por importe de dos millones de pesetas a favor de la Administración de Justicia que de los autos no resulta notificada, incumpléndose así la regla 5.ª del artículo 131 de la L.H. La inscripción se suspende, de otra parte, por no acompañarse las cartas de pago de las liquidaciones que motiva la adjudicación y no acompañarse tampoco la declaración hecha al Ayuntamiento a efectos del arbitrio de plusvalía como exige el artículo 110 del Reglamento de Haciendas Locales.

b) *En el mandamiento.*—Se deniega por los mismos tres defectos insubsanables a que el testimonio del auto anterior se refiere, en su mandato de cancelación de inscripciones y anotaciones. Se suspende por los defectos de no expresarse correctamente los datos registrales de la hipoteca ejecutada y del embargo subsistente que se ordena cancelar, así como no acompañarse carta de pago de las liquidaciones provocadas por la orden de cancelación y que ha de quedar archivada en el Registro, según previene el artículo 256 de la Ley Hipotecaria.

Contra estas calificaciones se recurre gubernativamente, limitándose el recurso a los defectos insubsanables. El Registrador, en su informe, mantiene

el defecto subsanable del mandamiento referente a los errores de datos de inscripción y anotación y los insubsanables del testimonio del auto y el mandamiento. El haber acompañado cartas de pago y declaración a efectos de plusvalía dejan sin efecto las otras faltas subsanables. Como razones jurídicas que avalan su postura en relación con la calificación, el Registrador, al emitir su informe, dice que con relación al primer defecto el carácter de la finca hipotecada es ganancial y, por ello, la demanda debe dirigirse contra ambos cónyuges, así como la adjudicación judicial debió haberse hecho en nombre de los dos cónyuges y no sólo del marido; en relación con el segundo, considera de inexcusable cumplimiento la regla 9.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, sin que pueda alegarse, para enervar este defecto, el auto de la Audiencia, que ordenó que continuase el procedimiento pese a la diferencia entre el precio de tasación y el de subasta, pues dicha regla es de inexcusable cumplimiento no sólo para el Juzgado que tramita el procedimiento, sino también para el Tribunal que conozca en apelación de cualquier incidencia del mismo. En relación con el tercer defecto, reitera la idea que guía su calificación, considerando que si la anotación subsistente estaba hecha a nombre de la Administración de Justicia y no se ha hecho notificación al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 5 de los de Madrid, que fue el que dio la orden de embargo, queda incumplida la regla 5.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

La parte recurrente se había limitado en sus alegaciones a considerar que la calificación registral, en orden a los documentos judiciales, debe ceñirse a los términos taxativos que establece el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, citando en apoyo de su tesis las Resoluciones de 20 de octubre de 1899, 20 de marzo de 1906, 25 de agosto de 1911, 3 de julio de 1912, 18 de diciembre de 1942 y 4 de febrero de 1944. El juez que intervino en el procedimiento informó, por su parte, diciendo que de la escritura de constitución de hipoteca se deduce que el deudor, señor Chazal, estaba autorizado por su esposa para este acto, conforme a lo prevenido en el artículo 1.413 del C. c., por lo cual debe entenderse que tal autorización se extiende a todas las consecuencias que del mismo se deriven. Se reconoce la anomalía que el Registrador señala en su segundo defecto, pero no incumbe al mismo apreciar el fundamento de la decisión judicial, puesto que el defecto cometido no produce la nulidad absoluta, pudiendo los interesados, con su aquiescencia, su silencio o su simple inactividad procesal, convalidar aquellas actuaciones. Respecto a la falta de notificación al Juzgado que dictó el embargo, se dice que la Ley Hipotecaria exige la notificación a los titulares de cargas o derechos anteriores y el embargo de que se trata tuvo acceso al Registro con bastante posterioridad a la expedición de la certificación que obra en autos.

El presidente de la Audiencia revoca la nota del Registrador en base de una serie de razones análogas a las expuestas por el recurrente y el informe del juez que intervino en el procedimiento. El funcionario que calificó el documento se alza de la decisión presidencial ante la Dirección General de los Registros y del Notariado con base en similares argumentos antes utilizados. La Dirección General confirma el auto apelado.

Doctrina.—La Dirección General, en cuatro considerandos, resuelve el problema y al confirmar el auto presidencial dice que en cuanto al primer defecto

de la nota, relativo a no haber sido demandada la mujer o, al menos notificada, de que se iniciaba el procedimiento judicial sumario, "es de advertir que la acción hipotecaria por su propia naturaleza confiere a su titular, tal como establece el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, un poder directo sobre la finca que la autoriza, caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a poner en venta el inmueble, a lo que ya prestaron su consentimiento en el momento de la constitución de la hipoteca, tanto el marido deudor como su mujer, por lo que han de sufrir las consecuencias que puedan derivarse y, por ello, la intervención en el procedimiento es mínima, y en el caso de la mujer intrascendente, en situación similar a como para el retracto legal puso de relieve la Sentencia de 14 de marzo de 1960, por lo que hay que estimar que no existe el defecto señalado".

El segundo defecto plantea el problema de las facultades de calificación de los Registradores en cuanto a los documentos judiciales y la Dirección General dice: "ya que en el testimonio del auto de adjudicación prestado aparece que la cantidad-tipo que sirvió para la subasta fue inferior a la pactada en la escritura de constitución de hipoteca que figura en los libros registrales, por lo que, según la nota discutida, existe un obstáculo derivado del propio Registro, que impide la inscripción, dado que los trámites del procedimiento son inalterables por voluntad de las partes, según establece el artículo 129 de la Ley, pero es de observar que en la calificación de los documentos judiciales, el Registrador, con arreglo al artículo 99 del Reglamento Hipotecario, no ha de entrar en los fundamentos que sirvan de base al fallo del juez o Tribunal, por lo que, al haber estimado la Audiencia que no procedía la nulidad de lo pactado —con revocación del auto del juez que lo había ordenado— y tratarse de una resolución ya firme, es forzoso que se ha de acatar su decisión".

Respecto del tercer defecto basado en la falta de notificación, la Dirección General después de insistir en la idea de que la nota marginal a que se refiere el artículo 131 en su regla 4.ª, tiene la virtualidad de dar a conocer la existencia del procedimiento judicial sumario a todos los que, con posterioridad a la extensión de aquélla, adquieran algún derecho sobre la finca, concluye diciendo: "en consecuencia, que practicada en el Registro la nota marginal el día 23 de agosto de 1961, carece de trascendencia la notificación posiblemente no totalmente ajustada a derecho, hecha, no al titular, sino al presentante de un mandamiento de embargo, cuya anotación se practicó en el año 1966, ya que no era necesario realizarla, y al mismo resultado habrá de llegarse respecto de la falta de notificación a los titulares de las anotaciones practicadas con anterioridad a la expresada nota, pues el defecto evidente ha dejado de serlo desde el momento que los embargos fueron cancelados por haber transcurrido el plazo de caducidad".

Consideraciones críticas.—Como tres son los puntos clave que se abordan en esta resolución de la Dirección General, tres han de ser nuestros comentarios sobre cada uno. Confieso que el más atractivo de todos ellos es el segundo, que centra el poder calificadorio del Registrador en orden a los documentos judiciales, pero vamos a seguir la pauta que marca la nota calificadora, los informes emitidos y, por último, la Dirección General en su pronunciamiento.

a). *No es preciso el consentimiento de la mujer, ni su notificación, en la ejecución de una finca ganancial hipotecada.*—La meditación legislativa que supone la proyección y consecuencias que toda norma lleva consigo, no es frecuente en los últimos tiempos de nuestra audacia reformadora. Una campaña de Prensa bien dirigida y ciertos impulsos legislativos de tipo político trataron de retocar nuestro viejo Código civil bajo el principio de la protección a la mujer y cuando todo el entramado jurídico estuvo a punto, surgieron las inevitables contradicciones y las dificultades que todo ello suponía para el tráfico jurídico, los procedimientos ejecutivos y la verdadera protección de la mujer. Esta pasó de su condición de “protegida”, —como dice De Castro— a la de “perjudicada”, bajo la gran fantasía de haberla concedido muchos más derechos de los que antes tenía. Me inclino a creer que más que intencionada, fue una actuación precipitada.

Al exigir el artículo 1.413 del C. c. en su nueva redacción que el marido necesita el consentimiento de la mujer o en su defecto autorización judicial para enajenar y obligar a título oneroso los bienes de la sociedad de gananciales, claramente queda incluido en el supuesto legislativo el hecho de la constitución de la hipoteca, para la cual, parece que la mujer prestó su consentimiento. Lo problemático reside en si “además” de ese consentimiento necesita otro ulterior para la enajenación derivada del incumplimiento de la obligación hipotecaria por la vía de apremio ejecutiva, si basta la simple notificación del procedimiento o si puede prescindirse de la intervención de la mujer en todo este proceso ulterior sobre la base de un consentimiento inicial prestado.

La Cámara (“El nuevo artículo 1.413 del C. c.”, en el *ADC* 1959-1960), en su fenomenal trabajo sobre este punto parece que decidió la cuestión en el campo de la doctrina, ya que sostuvo que la intervención de la mujer es innecesaria e improcedente en los llamados actos dispositivos de carácter forzoso, pues la transmisión se realiza por actuación directa de la potestad que ostenta el órgano público o la persona particular investida de aquella potestad. El consentimiento *uxoris* es, por tanto, superfluo, ya que la mujer vendrá obligada a prestarlo y, en cambio, su exigencia puede resultar entorpecedora y perjudicial. Sin querer abusar de las citas, también Angel Sanz (“Los bienes gananciales en el Registro de la Propiedad”, Centenario de la Ley del Notariado, 1964) se pronunció en el mismo sentido. Pero al lado de estas opiniones doctrinales no compartidas por otro sector doctrinal, como, por ejemplo, La Rica, existe el artículo 144 del Reglamento Hipotecario que exige que la demanda de embargo haya sido dirigida contra ambos cónyuges y caso de enajenación sea cumplido el art. 1.413 del C. c. en relación con el 96 del Reglamento Hipotecario. Este artículo, que provocó serios conflictos procesales y que intentó ser aclarado a través de un proyecto de Ley que no llegó a serlo nunca, ha sido interpretado fielmente por la Dirección General en el sentido de que o la mujer presta su consentimiento o, por lo menos, se la notifica de la existencia del procedimiento de embargo para todo acto que pueda suponer la enajenación de un bien inmueble ganancial. Así se desprende de las Resoluciones de 25 enero 1960, 11, 20, 21 y 24 de febrero de 1964 y 13 y 18 de abril del mismo año, así como las de 9, 13 y 14 de diciembre de 1966.

La Dirección General, ahora, considera que una vez prestado el consentimiento de la mujer para la constitución de la hipoteca no es preciso que vuelva a consentir o que sea notificada en el procedimiento ejecutivo de la hipoteca. La hipoteca en sí lleva consigo el riesgo de una posible enajenación. La intervención en el procedimiento de ejecución es mínima, y en el caso de la mujer intrascendente, en situación similar a cómo para el retracto legal puso de relieve la Sentencia de 14 de marzo de 1960.

Consentir la hipoteca y sus posibles consecuencias es correcto. Ello no nos puede llevar nunca a deducir de esta doctrina que el autorizado para hipotecar tiene también legitimación para enajenar, pues en materia del mandato se exige un criterio rígido. Lo que ya no resulta tan claro es que la intervención del deudor en el procedimiento ejecutivo—en base de que la acción hipotecaria suponga un poder directo sobre la finca— sea mínima, pues su figura es decisiva desde el requerimiento inicial al mismo, como requisito fundamental del procedimiento, hasta el momento culminante de la adjudicación que deberá hacerse “en representación del dueño de los bienes hipotecados” (que puede ser persona distinta del deudor), pasando por la posibilidad de instar la subasta (regla 7.^a), por la facultad de pedir la reproducción de la subasta (regla 15.^a) y por la facultad de mejorar la postura de la tercera subasta (aunque la ley habla de dueño de la finca y no de deudor) conforme a la regla duodécima del artículo 131 de la L. H. El marido, en este caso, como administrador de la sociedad de gananciales, era el deudor de la obligación, pero no debe olvidarse que la mujer era registralmente también dueña de los bienes hipotecados y aunque ésta ya prestó su consentimiento para la hipoteca —y vamos a admitir que para la enajenación de la finca— ello no debe interpretarse extensivamente hasta el punto de considerar que dicho consentimiento supone una “renuncia” a los posibles derechos que la ley le concede en su calidad de titular de unos bienes hipotecados. Precisa muy bien las diferencias existentes entre deudor y dueño de los bienes hipotecados Jaime Guasp en su monografía sobre “La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria”.

Creo, sin embargo, que donde verdaderamente la Resolución es atacable es en la parte que elude resolver en relación con la nota calificadora del Registrador. El Registrador dice, y dice bien, que la adjudicación de la finca se hizo en representación del marido, omitiendo la referencia a la mujer, dejando con ello incumplido el precepto hipotecario que exige que el mismo se haga “en representación del dueño de los bienes hipotecados que se enajenen”, y aquí no debemos olvidar que la finca ganancial hipotecada estaba inscrita no sólo a nombre del marido, sino al de la mujer, ya que la sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica.

b) *Límites registrales en la función calificadora de los documentos judiciales.*—El artículo 99 del Reglamento Hipotecario—recogiendo criterios plasmados en diversas Resoluciones de la Dirección General—circunscribe la calificación registral de los documentos judiciales a tres campos, sin que pueda el Registrador entrar en los “fundamentos que sirvan de base al fallo del juez o Tribunal”. Al Registrador sólo se le permite investigar la competencia del Juzgado, la congruencia del mandato con el procedimiento y valorar la validez de las formas extrínsecas del documento.

Por ello, aunque la cantidad tipo que sirvió para la subasta fue inferior

a la pactada en la escritura de constitución de hipoteca y que figura en los libros del Registro, no debe ser considerado como un obstáculo, pues ese aspecto escapa a la calificación registral, aunque los trámites del procedimiento no puedan ser alterados por voluntad de las partes.

¿Es esto cierto? He mantenido en algún otro sitio que la amplitud de calificación en relación con los documentos judiciales no puede sujetarse a los términos del artículo 99 del Reglamento Hipotecario, ya que no hay que olvidar el principio de que en el Registro no deben entrar los actos que sean nulos con arreglo a las leyes y, de otra parte, la redacción de los artículos 99 y 100 de la Ley Hipotecaria en materia de cancelaciones. Aquí solamente me voy a referir al problema de la nulidad.

Con Jaime Guasp ("Derecho Procesal Civil", Madrid, 1961) pueden ser admitidos dos tipos de ineficacia en el campo procesal: la nulidad, en su doble vertiente de absoluta y relativa, y la ilicitud o irregularidad. La nulidad absoluta supone la falta de un requisito tan grave que cualquier sujeto, en tiempo y de cualquier forma, puede poner de manifiesto el vicio por el que la ineficacia se produce. Pero esta nulidad es siempre "convalidable", lo que lleva a la calificación registral a precisar la falta como subsanable y nunca como denegatoria. El no haberse cumplido la regla 9.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria en relación con el 129 de la misma, es, a pesar del informe judicial, un claro supuesto de nulidad "convalidable" (las consecuencias jurídicas de la patología del acto jurídico procesal se distancian mucho de la técnica civilista). Tampoco puede ser aceptada la argumentación judicial de que los interesados con su aquiescencia, su silencio o su simple inactividad procesal pudieran convalidar aquella actuación, pues el artículo 129 de la Ley Hipotecaria se lo impide.

Todo el problema reside en que la Audiencia Territorial en un auto ordenó la continuación del procedimiento a pesar del incumplimiento de dicha norma que, como es natural, vinculaba también al mismo. El auto se hizo firme e inatacable. Por ello, habrá que respetar el artículo 363 de la LEC, que prohíbe a los jueces y Tribunales variar ni modificar sus sentencias después de firmadas. Valdría la pena, sin embargo, intentar llegar a una precisión conceptual entre la "firmeza" de una resolución judicial y la nulidad "convalidable" de la misma, pues si bien no pueden ser modificadas ni variadas, el mismo artículo admite la posibilidad de que se aclare algún concepto oscuro o se supla la omisión que contenga sobre punto discutido en el litigio.

Si en el Registro de la Propiedad sólo deben ingresar los actos que sean válidos con arreglo a las leyes, no cabe que a dicho principio le pongamos una excepción referida a los documentos judiciales bajo el peligroso razonamiento de que la calificación registral no puede entrar a discutir "los fundamentos que sirvan de base al fallo judicial". El principio de seguridad jurídica que proclama el artículo 17 del Fuero de los Españoles no puede nunca ser admitido si se asienta sobre una base de actos que están viciados de nulidad, aunque sean firmes.

c) *Notificaciones anteriores y posteriores a la nota marginal de expedición de certificación.*—Es claro que la normativa del artículo 131 de la Ley Hipotecaria distingue entre notificaciones a los titulares de cargas anteriores a la expedición de la certificación y su constancia por nota marginal, confor-

me a la regla 4.^a, y los posteriores adquirentes a la misma. A los primeros se les notifica el procedimiento. A los segundos se les da por notificados, pues la publicidad registral de la expedición de la certificación les sirve de notificación.

Por ello, es lógica la solución que la Dirección General da al caso de esa anotación de embargo hecha a favor de la Administración de Justicia, que por ser posterior a la nota marginal no precisaba notificación. Lo que a nuestro entender no está en relación con esta doctrina es la falta de notificación de esa serie de anotaciones de embargos, que siendo anteriores a la nota de expedición de certificación no fueron sus titulares notificados, "pues el defecto evidente ha dejado de serlo desde el momento que los embargos fueron cancelados por haber transcurrido el plazo de caducidad". El que hayan incurrido en caducidad y hayan sido cancelados los asientos no "subsana" la falta de notificación que ordena la regla quinta del tan repetido artículo 131 de la Ley Hipotecaria. En el momento en que se debió notificar estaban vigentes las anotaciones de embargo y sus titulares tenían el derecho de ser notificados a los efectos de la intervención en el procedimiento y sus consecuencias. Admitir esta argumentación podría suponer llegar a esta posible anomalía jurídica: aunque no notificamos al deudor, ello no supone defecto por que al poco tiempo de iniciado el procedimiento falleció.

DESCRIPCION INSTRUMENTAL DE FINCA.—NO ES INSCRIBIBLE LA ESCRITURA EN QUE LA DESCRIPCION DE LA FINCA NO PERMITE LA IDENTIFICACION DE LA MISMA Y ADEMÁS CONCUERDA CON LA DE OTRAS YA INSCRITAS, SIN PERJUICIO DE QUE LOS INTERESADOS PUEDAN ACUDIR A LOS TRIBUNALES PARA VENTILAR LA VALIDEZ DE LAS INSCRIPCIONES QUE SE ESTIMEN CONTRADICTORIAS. (Resolución de 17 de septiembre de 1969, "B. O. del Estado" de 10 de octubre de 1969.)

Hechos.—Por escritura pública autorizada por el Notario don José Martín Chico Pérez, el 19 de octubre de 1965, don José Ignacio Berrondo Lasarte, en nombre y representación de doña María del Carmen Bosch de la Presilla, vendió a don Juan María Berrondo Lasarte, un veinte por ciento de participación indivisa que le correspondía en la siguiente finca: "Tierra en el término de Vallecas, hoy Madrid, de caber una fanega y seis celemines o noventa y seis áreas de tercera clase, situada en los Lindones y Olivar del Portazgo, al cual da vistas. Linda, Oriente, Norte, Poniente y Mediodía, con tierras que fueron de las Monjas de Santa Clara y otras del Mayorazgo de Vallecas y del Marqués de Valmediano. Inscrita al Tomo 65, Libro 41, folio 242, finca número 2.50 del Registro de la Propiedad de Madrid, inscripción 3.^a. Título: le corresponde por herencia de su madre, doña Josefina de la Presilla y Calas, según manifiesta el representado, don José Ignacio Berrondo, cuya escritura fue autorizada por el Notario de Valdemoro de Madrid, don Manuel García Mayor, el día 8 de febrero de mil novecientos setenta y dos. Dicha tierra en la actualidad es solar sito en la calle Martín Álvarez, diecisiete provisional, con vuelta a la calle Javier de Miguel, sin número, de Madrid. Linda al Norte

o izquierda en línea de 39,90 m. con propiedad de don José Pérez Sanz; al Sur con la calle Javier de Miguel; al Este o espalda en línea quebrada de 38,20 m., de 27,40 m. y de 12,15 m., linda con solar de don José Rubio Revilla; también al Este o espalda y en línea de 168,70 m. con solar propiedad de don José Rubio Fernández; y al Oeste, con calle Carlos Martín Alvarez”.

Esta escritura fue presentada en el Registro número 10 de los de Madrid y fue rechazada por nota calificadora del Registrador en la que se decía que si bien se describía inicialmente la finca en forma coincidente con la que aparecía en el Registro, al actualizar su descripción en el exponente segundo de la escritura, no sólo no se conserva relación de identidad con la descripción inscrita, sino que del examen del Registro se deduce que resulta coincidente con su situación y detalles con las de las fincas 336, 34.038 y 6.817 de la Sección Primera de Vallecas, inscritas a favor de terceras personas a los folios 144, 187 y 229 de los Libros 23, 512 y 124, sin que la total falta de identidad entre la finca transmitida y la inscrita haya quedado desvirtuada por las certificaciones que se han aportado de la Dirección General del Instituto Geográfico y Catastral, de la Administración de Propiedades y Contribución Territorial de Madrid, del Catastro de Riqueza Rústica, del Servicio de Información de la Delegación de Hacienda de esta Provincia, ni con el recibo del arbitrio de solares. La falta se califica de insubsanable, no siendo procedente la anotación preventiva de suspensión.

Esta documentación que fue presentada el día 21 de diciembre de 1965, volvió a serlo el 24 de septiembre de 1968 junto con un oficio del Ayuntamiento de Madrid, en el que se reclama una cantidad por el arbitrio de solares y sin edificar con cargo a la finca de Carlos Martín Alvarez, 17, con vuelta a Javier Miguel; una instancia suscrita por don Juan María Berrondo Lasarte en la que se solicita la inscripción al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, de la finca que había adquirido en la proporción del 20 por 100 de doña Carmen Bosch de la Presilla y un acta de manifestación levantada el día 17 de junio de 1968 por el Notario de Madrid, don Félix Pastor Ridruejo, en la que los hermanos Martínez Bosch declaran que vendieron a don Juan María Berrondo Lasarte las participaciones indivisas que les correspondían (80 por 100) en la finca 2.050 del Registro de la Propiedad número 10, por lo que el citado señor Berrondo queda propietario pleno de la totalidad de la misma, al haber adquirido el 20 por 100 restante a la otra copropietaria, doña María del Carmen Bosch Presilla. Como estos últimos documentos no justificaban alteraciones, a juicio del Registrador, unidos a los que se acompañaron y dieron lugar a la calificación hecha en su día con fecha 4 junio 1966, no procede variar la de entonces, que se mantiene en toda su integridad.

Por la parte interesada, representada debidamente por el Procurador respectivo, se interpone recurso gubernativo contra la expresada calificación y se alegan diversas razones jurídicas y descriptivas de las diversas fincas que intentan la posible identificación de la finca objeto del recurso. La finca comprada por el señor Berrondo es la que figura con el número 2.050, y los linderos y circunstancias de las fincas números 336, 34.038 y 6.817 a los que se refiere el Registrador en su nota, no coinciden en absoluto con los

de la finca citada, sobre todo cuando se verificó la presentación del documento inicial, siendo posteriormente cuando dichas fincas, al ser inscritas respecto de las mismas diversos excesos de cabida, vienen a coincidir con la que es objeto de discusión. Se alega también que respecto de la finca 336 se verifica una inmatriculación de exceso de cabida, cuando realmente por diversas segregaciones y expropiaciones realizadas de la finca no quedaba ya superficie. También se alega el historial de la finca 34.038, que se forma por agrupaciones de otra serie de fincas y que provoca, una vez agrupada, una inmatriculación por exceso de cabida. Después de otra serie de razones se invocan como fundamentos de derecho los artículos 348 y 349 del C. c. y 38, 40, 198 y 205 de la Ley Hipotecaria y 198 de su Reglamento.

Los titulares del Registro informan ampliamente sobre el problema identificador de la finca y van examinando la serie de documentos presentados. Para ellos la certificación del Instituto Geográfico y Catastral unida al expediente, no acredita que la finca discutida sea la situada en determinada confluencia de las calles Carlos Martín Álvarez y Javier de Miguel, y que conforme a los trabajos de la Topografía Catastral de España para que la finca en cuestión estuviera situada en dicha confluencia debería haber lindado por el Sur con el Camino Alto de las Palomeras del Olivar y ello no consta en ninguno de los documentos presentados. Para los funcionarios calificadores resulta extraño que hasta el año 1964 no se haya pretendido dar de alta en el Ayuntamiento al solar que se discute y en la certificación que se expide en el año 1966 aún sigue figurando como contribuyente doña Josefina de la Presilla, que había fallecido el año 1902. Se dan otra serie de razones descriptivas de la finca, de su situación y de la posible confusión que puede existir con otra de las inscritas. Concluyen que en ningún caso procedería la inscripción por encontrarse el terreno que pretende inscribirse inscrito a nombre de terceras personas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20, 2, de la Ley Hipotecaria; que la Resolución de 31 de mayo de 1910 exige que la descripción de las fincas que conste en los títulos no ha de diferir notablemente de la que resulte del Registro y que conforme a la Resolución de 26 de enero de 1955 la identidad de las fincas debe ser discrecionalmente apreciada por el Registrador. Por último, se añade, que al ser verificadas las inmatriculaciones de los excesos de cabida al amparo del artículo 298, 5.º, letras C y D, no se precisa citación de colindantes.

El auto del presidente de la Audiencia confirma la nota de calificación y ante ello los recurrentes se alzan de la decisión presidencial y añaden a los argumentos dados otros que intentan demostrar que la finca 2.050 discutida estaba inscrita y sin actualización de sus linderos, estaba situada en el lugar denominado "Los Lindones" y que una de las fincas que integran la 34.038 tiene como uno de sus linderos tierras de los herederos de doña Josefina de la Presilla, que son los vendedores, y es también, precisamente, uno de los límites de la finca 2.050, cuya transmisión actualizada se pretende. Dan otra serie de razones sobre coincidencia de linderos, expropiaciones forzosas y procedencia de la finca discutida.

Doctrina.—La Dirección General de los Registros centra el problema y dice que "la cuestión —más de hecho que jurídica— que plantea este expediente consiste en resolver si puede accederse a que, en los libros registrales

se haga constar la que se presenta como descripción actual de la finca, cuando esta descripción no permite la identificación de aquélla y concuerda, además, con la de otras ya inscritas”.

“Considerando que la finca constituye el elemento primordial de nuestro sistema registral por ser la base sobre la que se asientan todas las operaciones con trascendencia jurídica, y de ahí la importancia y cuidado con que se debe proceder a su descripción que ha de concordar con la realidad del inmueble y contener todos los datos necesarios para su identificación, máxime cuando por la falta de un buen Catastro, éste no puede proporcionarlos en forma clara y evidente.”

“Considerando que esta situación puede resultar agravada si por el transcurso del tiempo las características del inmueble resultan modificadas por los cambios que haya podido experimentar, ya que al faltar un sistema eficaz de comprobación, las variaciones sobrevenidas se hacen constar por las simples declaraciones de las partes —Reglamento Notarial—, con lo que puede alterarse dato tan fundamental como los linderos y dar lugar a que se dificulte enormemente la identificación de la finca e incluso a que se practique una doble inmatriculación .”

“Considerando que la determinación de que se trata de un mismo inmueble al que aparece en el Registro y en el que con la nueva descripción figura en la escritura presentada, es materia que debe ser discrecionalmente apreciada por el Registrador, quien al calificar, tendrá en cuenta todos los elementos necesarios y los documentos aportados que pretenden justificar el cambio operado, pero todo ello ha de entenderse sin perjuicio de lo que, en definitiva, y tal y como declaraba la Resolución de 26 de enero de 1955, decidan sus superiores jerárquicos acerca de la procedencia o improcedencia de la calificación, al resolver el recurso gubernativo.”

“Considerando que las dudas del Registrador aparecen racionalmente fundadas por tratarse de un caso en que, por la transformación de la finca de rústica en urbana y el lapso de tiempo transcurrido, la descripción actual es totalmente extraña a la primitiva, sin que los documentos complementarios aportados sean lo suficientemente reveladores para establecer la identidad, ya que el certificado del Instituto Geográfico y Catastral no desvanece la duda de que puede tratarse de terrenos distintos al limitarse a expresar que hay coincidencia en los parajes y de la certificación de la Administración de Propiedades y contribución Territorial y Oficio del Ayuntamiento de Madrid, Sección de Rentas y Exacciones, aparece que el alta para la tributación del solar discutido tuvo lugar en 21 de mayo de 1964, y lo mismo resulta del acta notarial levantada que se concreta en la transcripción de las declaraciones hechas por los requirentes.”

“Considerando que la posible coincidencia de la descripción con la de otros inmuebles ya inscritos pertenecientes a otros propietarios, justifica la prudencia del funcionario calificador, pues tales asientos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, están bajo la salvaguarda de los Tribunales sin que pueda procederse a su cancelación a no ser que consientan sus titulares o, en su defecto, recaiga resolución judicial firme.”

“Considerando que todo ello no impide que los interesados, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, puedan acudir,

si quieren, a los Tribunales de Justicia para ventilar y contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los títulos que hubieran podido provocar las inscripciones que se estiman contradictorias, o que solicitada la inscripción con arreglo a la descripción registral, por estimar existe una doble inmatriculación, se pueda, de acuerdo con el artículo 313 del Reglamento Hipotecario, siempre que se pruebe la identidad de la finca, acudir al juez de Primera Instancia del lugar en que radique el Registro, para que se adopten las medidas que el referido precepto establece.”

Sobre la base de toda esta serie de razones la Dirección General acuerda confirmar el auto apelado que ya había, por su parte, confirmado la nota denegatoria del Registrador.

Consideraciones críticas.—Las dos fuentes de conocimiento que al Registrador le permite la Ley consultar en orden a su función calificadora son los documentos que se presentan a inscripción y los datos que obran en el Registro, aparte del manejo inevitable de la legalidad vigente. La discrepancia entre lo que consta en el título y lo que aparece del Registro provoca obstáculos que dificultan y, a veces, impiden la inscripción solicitada. Este es el caso que con tanto acierto soluciona la Dirección General en la resolución antes expuesta.

El problema es de identificación de finca. Si el Registro se lleva por fincas y éstas, como dice la Dirección General, son “el elemento primordial de nuestro sistema registral por ser la base sobre la que se asientan todas las operaciones con trascendencia jurídica”, es indudable que la cabida, linderos, situación y, en su caso, número de parcela y polígono, así como otras posibles circunstancias, deben tenerse muy en cuenta para la debida identificación de la finca. Quizá ésta sea la parte más débil de nuestro sistema hipotecario, debilidad que se agrava considerablemente ante el torpe enfoque del sistema catastral, más al servicio fiscal que al registral. La coordinación de ambos instrumentos no ha pasado de ser un anhelo, pero entiendo que la única forma de llegar a la misma es la de que cada Registro lleve su Catastro aprovechando los tremendos medios modernos de planificación y los avances conseguidos por la normativa en orden a la concentración parcelaria y la legislación urbanística.

Si bien es muy importante la actualización de linderos—y de hecho se hace en cada transmisión de la finca—, la misma es causa de total desfiguración de ella cuando no se conserva ningún lindero de los antiguos y su naturaleza se ha transformado de rústica en urbana. Es una pena que la normativa contenida en el artículo 437 del Reglamento Hipotecario no sea cumplida por las autoridades municipales, pues esa medida, junto con otras que podrían adoptarse, facilitaría enormemente la identificación de las fincas.

Cuando además de las dificultades que surgen por lograr una identificación entre la finca inscrita y la que trata de inscribirse con sus nuevos linderos, aparece el problema de que los mismos coinciden en parte con los de otra finca inscrita en el Registro a favor de otra persona, es evidente que la calificación no puede ser otra que la de negar el acceso registral a acto que pretende inscribirse. Es la doctrina que se desprende claramente del artículo 20, 2.º, de la Ley Hipotecaria. Igualmente puede citarse el artículo 198 de la Ley Hipotecaria, que utiliza la Dirección General con gran acierto, ya que

si bien la legislación hipotecaria facilita enormemente la inmatriculación de fincas ésta no puede producirse en aquellos casos en que las fincas figuren ya inscritas a nombre de personas distintas de las que pretenden el acceso registral. De hacer eso daríamos paso —y paso consciente y doloso— a un supuesto de doble inmatriculación endeblemente resuelto por el artículo 313 del mismo Reglamento.

El Registrador, en su informe, hace alusión a la Resolución de 26 de enero de 1955, que la Dirección cita como consultada, aunque la misma se refiere a un problema distinto: el de la inscripción de exceso de cabida. La misma sienta el criterio de que la determinación de la identidad de los predios debe ser apreciada discrecionalmente por el Registrador, lo cual es recogido en uno de los considerandos de la Resolución comentada. Cita como consultadas también otras, como la de 13 de junio de 1952 sobre un pretendido embargo sobre el resto de una finca no descrito reglamentariamente; la de 31 de julio de 1958, donde se admite la cancelación de una hipoteca siempre que el inmueble gravado con la misma aparezca suficientemente identificado, aunque no lo esté con todos los requisitos y circunstancias que exige el artículo 9 de la Ley Hipotecaria; la de 14 junio de 1963, en la que, al tratar del principio de especialidad, se exige el requisito de que no existan dudas sobre la identidad de las fincas, y la de 23 de octubre de 1965 sobre un problema de segregación sin descripción del resto de la finca matriz. A ellas se agregan otras de años anteriores (1922, 1928, 1934 y 1947), que reiteran la doctrina expuesta.

De la exposición de los hechos y de los documentos presentados para el logro de la inscripción se deduce la existencia de dudas fundadas en torno al problema de la identidad de la finca, causa principal de la negativa a la inscripción solicitada. Si a esas dudas de identidad se añade la de coincidencia de linderos con los de fincas inscritas, el problema resulta claro: lo procedente es no inscribir y que los interesados discutan la materia en los Tribunales de Justicia al amparo del artículo 66 de la Ley Hipotecaria, o que por estimar existe una doble inmatriculación acudir al procedimiento que señala el artículo 313 del Reglamento Hipotecario para su posible solución. Soluciones ambas recogidas en el último considerando de la resolución comentada.

HIPOTECA CONSTITUIDA POR VIA DE RESERVA.—ES INSCRIBIBLE LA ESCRITURA DE VENTA EN QUE EL VENDEDOR, DEBIDAMENTE REPRESENTADO, SE RESERVO UNA HIPOTECA SOBRE LA FINCA VENDIDA, EN GARANTIA DEL PRECIO APLAZADO. (Resolución de 18 de septiembre de 1969, "B. O. del Estado" de 24 de octubre de 1969.)

Hechos.—En escritura de 23 de febrero de 1963 se constituyó en Alcira la Sociedad Mercantil MAYVI, S. A., dedicada a la "construcción de viviendas de renta limitada y a aquellas operaciones con ello relacionadas, como adquisición de terrenos, su urbanización y parcelación, uso, arrendamiento y venta de las mismas sometiéndose a las disposiciones dictadas en esta materia". La administración de la sociedad corresponde a los administradores en número no superior a tres, nombrados por la Junta General, los cuales tendrán las facultades de "disponer..., enajenar..., contratar..., hipotecar..., etc., y para

todo lo dicho, que deberá ser ampliamente interpretado..., otorgar cuantos documentos públicos o privados fuere menester”.

Por escritura de 1.º de febrero de 1968, ante el Notario Juan Morell Nadal, que había sido nombrado administrador de dicha sociedad en unión de otros dos más, se vende a don José Alberolla Vidiella un apartamento del edificio sito en Alcira, partido de Alborchí, en la plaza del Reino, s/n., que se encuentra gravado con una hipoteca de ciento noventa y tres mil pesetas de capital, más intereses y costas, a favor del Banco de Crédito a la Construcción. El precio de la compraventa fue de cuatrocientas cuarenta y siete mil ochocientos veintidós pesetas, que se descompone en dos partes diferenciadas: una, igual a la cuantía de la hipoteca del Banco de Crédito a la Construcción, que retiene el comprador, subrogándose el mismo en la posición del deudor y asumiendo la responsabilidad del deudor. Otra, el resto de dicha cantidad (doscientas cincuenta y cuatro mil ochocientos diecinueve pesetas), que el comprador se obliga a pagar a la Sociedad vendedora dentro de un plazo que terminará el día 30 de marzo de 1970, en garantía de cuyo pago de costas, intereses de demora y gastos el administrador de la Sociedad “reserva” hipoteca constituida por vía de deducción sobre el apartamento objeto de la venta.

Fue presentada la escritura dicha y calificada, obtuvo la nota denegatoria de su inscripción basada en dos defectos: 1) Que el administrador no tenía autorización especial y expresa para esta constitución. 2) Que al ser constituida la hipoteca por vía de reserva y deducción, esta forma no está admitida en nuestro Derecho positivo y es contraria a los principios y preceptos de la Legislación Hipotecaria.

Contra esta calificación el Notario autorizante de la escritura, que era además Administrador de la Sociedad vendedora, interpuso recurso gubernativo alegando que la nota del Registrador carecía de precisión y claridad. Que en cuanto al primer defecto cabe apuntar que la finalidad de la sociedad comprende todo tipo de negocios jurídicos relacionados con la construcción y venta de inmuebles; que la retención o reserva no es acto de disposición, sino de administración, aunque el administrador se encuentre facultado para disponer y contratar. Que si bien la hipoteca se constituye por vía de retención o reserva y este acto no está previsto en la legislación, sí existen diferentes casos en los que esto se produce con otros derechos reales, aparte de la Ley de 17 julio 1965 sobre venta a plazos de bienes muebles, en su artículo 12, y el pacto de reserva de dominio admitido por la jurisprudencia del T. S. en SS. 20 de marzo 1930 y 15 de marzo de 1935.

El Registrador, por su parte, en el informe solicitado por el Presidente de la Audiencia, alega que se han expresado en la nota todos los defectos que impiden la inscripción, teniendo en cuenta la falta de fundamentación legal que el Notario utiliza para la justificación de esta forma constitutiva de hipoteca; también dice que dentro de los actos jurídicos que la escritura constitucional de la sociedad contiene, no figura en ella el de poder reservar el derecho de hipoteca, y que siendo dicho acto un supuesto de riguroso dominio, necesita mandato expreso. Respecto del segundo defecto, alega, como argumento principal el de que los bienes inmuebles que se hipotecan deben ser ajenos y no propios como en el caso presente, aparte de ser necesariamente

consentido por ambas partes contratantes, lo cual no sucede en el presente caso.

El Presidente de la Audiencia, en la estimación de los hechos y las razones jurídicas alegadas revoca la nota del Registrador basándose en razones paralelas a las del recurrente. Interpuesta la alzada ante la Dirección General de los Registros, confirman el auto apelado dando las razones que a continuación transcribimos.

Doctrina.—La cuestión primordial que afronta esta resolución es el de si puede o no constituirse una hipoteca por el camino poco conocido legalmente de la retención o reserva en el supuesto de venta con precio aplazado. A su lado existe el problema de si el administrador que interviene en el acto tiene o no facultades para poder realizar dicho acto.

“Considerando que, en el pacto por virtud del cual el vendedor se reserva una hipoteca sobre el inmueble enajenado en garantía del precio aplazado, que tiene ya sus precedentes en el Derecho Romano, no se encuentra recogido en nuestro Código Civil de una manera concreta, a diferencia de lo que ocurre con otros supuestos tales como la reserva en el usufructo—artículo 528—, en las servidumbres—artículos 541 y 592—, en las donaciones—artículo 636—, en los censos—artículos 1.605 y 1.607, y últimamente en el artículo 12 de la Ley de 17 julio de 1965—, con la reserva de dominio en los casos de ventas a plazos de bienes muebles.”

“Considerando que esta falta de reconocimiento obliga a examinar si el mencionado pacto puede caber al amparo del principio de autonomía de la voluntad, sancionado en el artículo 1.255 del Código Civil y siempre que no sea contrario a la ley, a la moral y al orden público.”

“Considerando que la constitución de hipoteca por vía deductiva no vulnera lo preceptuado en el artículo 1.857, 2.º, del C. c., que exige que la cosa sea propiedad del hipotecante, en cuanto por la venta deja de pertenecer al acreedor y pasa al dominio del comprador, pacto que tiene fuerza de obligar al haber sido aceptado libremente por ambos contratantes y que persigue la misma finalidad de garantía que la compraventa con hipoteca por la parte de precio aplazado, respecto del cual, la Resolución de 13 de mayo de 1968 declaró que se trataba de un negocio complejo y de naturaleza unitaria, por el cual las partes crean un nexo entre dos negocios típicos que de por sí son independientes.”

“Considerando que los claros términos en que aparece redactado el artículo 15 de los Estatutos de la Sociedad cuando expresa que quedará especialmente facultado cada administrador para constituir y aceptar hipotecas, muestra que ha actuado dentro de los límites de sus facultades y no necesita ninguna autorización especial para realizar el acto discutido.”

Consideraciones críticas.—Los dos fundamentales problemas que la Resolución comentada soluciona son los de si es posible la constitución de una hipoteca por vía de retención y de si la persona que actúa en representación de la parte vendedora ostenta poderes bastantes para la realización del acto.

Respecto del primer punto, nuestra legislación no alude para nada a tal posibilidad, ya que el artículo 138 de la Ley Hipotecaria sólo da como posibles formas de constitución la del convenio de las partes o la imposición unilateral

del dueño de los bienes, exigiéndose sólo la libre disposición o la autorización legal. El que no prevea esta forma de constitución por vía de reserva (al estilo del usufructo, servidumbres, donaciones, censos y Ley de 17 de julio de 1965 en ventas a plazos de bienes muebles) no quiere decir que lo prohíba, ya que dicha constitución, al no ser en principio contraria a la ley, entra dentro del campo amplio de la autonomía de la voluntad que predica el artículo 1.255 del C. c.

El aplazamiento del pago del precio sólo tiene trascendencia real frente al tercer adquirente—conforme al artículo 11 de la Ley Hipotecaria— cuando el mismo se garantice con hipoteca o se dé a la falta del pago el carácter de condición resolutoria. El vendedor, para asegurarse del íntegro pago del precio aplazado, puede optar por cualquiera de estas dos formas que sujetan la finca contra posibles maquinaciones del comprador. Fiscalmente, ambas figuras están asimiladas, aunque jurídicamente se distancien y, por ello, desde ese aspecto el problema no ofrece variación. El vendedor—de acuerdo con el comprador— puede imponer la condición resolutoria o exigir la constitución de la hipoteca, y ahora, con la reciente Resolución de la Dirección General, puede también reservarse esa hipoteca en garantía del precio aplazado, de acuerdo con el comprador. No es lo mismo, y así lo apuntó Rodríguez Adrados (“Disposición onerosa de bienes gananciales”, *RDN*, números 21-22, 1958), la hipoteca que constituye el adquirente y que caso de ser sobre finca ganancial necesita el consentimiento de la mujer, que la hipoteca que se reserva el enajenante que no exige dicho consentimiento. Esta idea no fue sancionada por la Resolución de 13 de mayo de 1968, que es confirmada por la de 4 de noviembre de 1968, sobre la base de considerar que en el caso contemplado no se trataba de dos negocios independientes, sino de uno complejo, de naturaleza unitaria en el que se funden las dos declaraciones negociales.

Ni la nota calificadora ni los argumentos empleados por el Registrador son lo suficientemente contundentes para inclinar a su favor la solución del supuesto. No se puede decir que la forma de constituir la hipoteca por vía de reserva sea contraria a los principios y preceptos de la Ley Hipotecaria, sin especificar cuáles sean éstos, y tampoco puede decirse que esta forma no esté admitida dentro de nuestro Derecho positivo, pues el mutuo acuerdo de que habla el artículo 138 de la Ley Hipotecaria y el principio de autonomía de la voluntad cobijan esta posible forma constitutiva de garantía. Ya lo aclara la resolución comentada en la forma dicha.

Quizá donde pudo prosperar la tesis del Registrador es en la idea de una constitución de hipoteca sobre cosa propia, tratando de desentrañar este negocio de venta con precio aplazado en el que su perfección está condicionada al total pago del precio aplazado. No lo hizo así y la Dirección le dice que conforme al artículo 1.857, 2.º, del Código Civil, al exigir que la cosa sea propia del hipotecante, no se ve desvirtuado por el negocio de reserva de la hipoteca, ya que por la venta la cosa deja de ser propiedad del vendedor y pasa al dominio del comprador, pacto que tiene fuerza de obligar al haber sido aceptado libremente por ambos contratantes y que se califica como equivalente al negocio complejo de que habló la antes citada Resolución de 13 de mayo de 1968, no admitiendo, por tanto, la tesis sostenida por Rodríguez Adrados, en el trabajo citado también.

El otro punto, que tampoco admite el defecto señalado en la nota, cae por su base al señalarse en el artículo 15 de los estatutos sociales de la sociedad vendedora que el administrador queda especialmente facultado para constituir y aceptar hipotecas. No puede concretar más dicho artículo 15 de los estatutos, porque al permitir la constitución comprende todos los casos en que la hipoteca surge por convenio entre las partes o por disposición unilateral del dueño. Se faculta para hipotecar, pero no se especifican las formas de constitución de la hipoteca. Admitida la constitución por vía directa entre comprador y vendedor y la forma de reserva de la misma por el vendedor, es claro que ambas están comprendidas en la facultad de constituir hipotecas.

DERECHO DE RETORNO.—EL PLAZO DE CADUCIDAD DE CINCO AÑOS ESTABLECIDO EN EL ARTICULO 15 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO EMPIEZA A CONTARSE DESDE LA FECHA EN QUE SE PRACTICO LA NOTA POR PRESENTACION DEL TESTIMONIO DE LA SENTENCIA FIRME QUE LO DECLARA. (Resolución de 30 de octubre de 1969, "B. O. del Estado" de 28 de noviembre de 1969.)

Hechos.—El copropietario de un inmueble sito en Zamora, calle de Santa Clara, número 7, dirige un escrito al Registrador de la Propiedad de dicha capital solicitando la cancelación por caducidad de un derecho de retorno anotado a favor de don Manuel Díez Lozano, doña Blanca Alonso Rodríguez y su esposo, y don José María Pérez Harina.

La constatación del derecho de retorno se hizo en base de diversos testimonios de resoluciones judiciales, cuyo orden es el siguiente: el día 14 de diciembre de 1963 se practica en el Registro de la Propiedad una anotación preventiva de demanda sobre la presentada para la constatación registral de dicho derecho; el 11 de marzo de 1964 se dicta sentencia estimando el derecho de los interesados demandantes al retorno sobre los locales y viviendas que ocuparon, una vez construido el inmueble y en las condiciones y modos previstos en el artículo 82 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos; la sentencia citada fue recurrida y, confirmada por la Audiencia Territorial, se interpuso contra la resolución dictada recurso de injusticia notoria, que fue desestimado por Sentencia del Tribunal Supremo de 18 junio 1965. Con fecha 13 de noviembre de 1967 se practica la nota marginal del derecho de retorno.

Presentada la instancia solicitando la cancelación, el Registrador de la Propiedad aclara en su nota —nota que a nuestro entender no tiene una redacción muy precisa— que sobre la finca número 4.306 consta una anotación preventiva de demanda y posteriormente una nota marginal del derecho de retorno, no procediendo la cancelación de esta última por no haberse solicitado más que la de la anotación, no procediendo tampoco la de la nota por tener fecha 13 de noviembre de 1967.

Por la parte solicitante de la cancelación se interpone el recurso gubernativo correspondiente y se alega, con poca fortuna, la razón de que la anotación preventiva de demanda que en su día se practicó (14 de diciembre de 1963) es el antecedente de la nota marginal que luego se practica el 13 de noviembre de 1967, lo cual supone un plazo de ocho años superior sin duda

al que el artículo 15 del Reglamento Hipotecario señala como término de caducidad para estas notas. Además, dicho artículo expresa que la caducidad de cinco años se produce "desde la fecha de la primera inscripción" y que en la caducidad no es dable admitir interrupción. Se añade, por último, que la anotación segunda que se hace en el Registro es la confirmación de la primera de demanda por su común origen e idéntica finalidad.

Es claro que para un especialista en Derecho Hipotecario era fácil informar en el recurso jugando con los conceptos de anotación preventiva, nota marginal y conversión. Eso hace el funcionario calificador, precisando que los dos asientos a que se refiere el recurrente tienen distinto origen, diferente naturaleza y diversa finalidad. La anotación de demanda procede de un auto procesal de carácter privado, se deriva de los poderes de ordenación procesal y tiene el contenido del artículo 369-2.º de la L.E.C., mientras que la sentencia es una resolución firme del órgano judicial, derivada de los poderes de decisión, con el contenido del párrafo 4.º del artículo 369 de la L.E.C.; que el primer asiento es eventual, mientras que el segundo participa de la naturaleza de los asientos de inscripción de que es sucedáneo; que la finalidad del primero es constatar registralmente la existencia de un procedimiento, mientras que la nota marginal publica un derecho y se dirige al titular inscrito como sujeto pasivo en este caso; que al no ser convertibles las anotaciones de demanda, cuando se practica la nota marginal en virtud de la sentencia se cancela la anotación y que solamente la extinción del derecho de retorno se puede producir por la cancelación del asiento que lo publica.

También se pidió informe al Juez que intervino en el procedimiento como reglamentariamente se establece en la legislación hipotecaria, limitándose a citar las fechas y testimonios de las diferentes resoluciones recaídas en el procedimiento. Ante todo ello el Presidente de la Audiencia confirma la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas en el informe del mismo, declarando que no resulta lícito recortar el plazo de los cinco años a que se refiere el artículo 15 del Reglamento Hipotecario.

Contra el auto del Presidente de la Audiencia se alzó el recurrente ante la Dirección General de los Registros y del Notariado que confirma el auto apelado en base de la doctrina que a continuación exponemos.

Doctrina.—La Dirección General precisa que la cuestión principal que plantea el recurso en cuestión es un problema de caducidad reducido a cinco años y conforme al artículo 15 del Reglamento Hipotecario, discutiéndose únicamente el momento desde el que comienza a contarse dicho plazo preclusivo, si desde que se practicó la nota por presentación del testimonio de la sentencia o desde que se tomó la anotación preventiva de la demanda del pleito en que se discutía la procedencia del derecho.

"Considerando que el derecho de retorno, introducido por la legislación de arrendamientos urbanos para el caso de negativa de prórroga basada en el número 2 del artículo 62 de la Ley, supone la facultad legal y en ciertos casos convencional, que tiene el arrendatario, de instalarse en el inmueble reedificado, en una vivienda o local de negocio análogos a los que ocupaba en el destruido, y ofrece las características de que, normalmente nace por la voluntad del propio locatario, limita el dominio del arrendador y produce efectos *erga omnes*."

“Considerando que, dado que este derecho de retorno puede afectar a todo adquirente de finca urbana, no podían pasar desapercibidos al legislador, los perjuicios que a las transacciones y relaciones inmobiliarias podría ocasionar la falta de una publicidad adecuada de este derecho y por ello, el Decreto de 17 de marzo de 1959 que reformó algunos preceptos del Reglamento Hipotecario, reguló en el artículo 15, los efectos registrales de este derecho de retorno y ordena que se podrá hacer constar en el Registro de la Propiedad, mediante la nota marginal correspondiente, sin cuya constancia no perjudicará a los terceros adquirentes, con lo que, de esta forma, se logra armonizar la legislación arrendaticia y la registral o hipotecaria.”

“Considerando que, para extender la mencionada nota, basta, según expresa el artículo 15 citado, la solicitud del interesado acompañada del contrato de inquilinato o arriendo y el título, contractual, administrativo o judicial —como sucede en este caso— del que resulte el derecho de retorno, nota que tendrá una duración de cinco años desde su fecha, y que una vez cumplida dará lugar a la cancelación por caducidad del asiento, ya que por constituir una limitación al dominio del propietario, no parece deba extenderse más tiempo del prudentemente indispensable.”

“Considerando que en caso de contienda judicial acerca de la existencia del derecho de retorno por negarse el arrendador a reconocerlo, la anotación preventiva de demanda será la medida cautelar que proteja o garantice en su día el derecho del arrendamiento tal como declaró la Resolución de 6 de julio de 1962, y si la demanda prospera en virtud de sentencia firme, de acuerdo con el artículo 198 del Reglamento Hipotecario, podrá practicarse la nota marginal ordenada, momento en que empezará a contarse el plazo de caducidad, tal como señala expresamente el artículo 15 del Reglamento, que tiene una clara justificación, pues no resultaría lógico recortar la duración establecida al amparo de una pretendida caducidad del asiento si se retrotrajera la iniciación del cómputo al momento de extenderse la anotación —que tiene la finalidad antes indicada—, ya que se harían ilusorias las facultades reconocidas en la norma al titular del derecho, que no podría ejercitarlas por encontrarse todavía pendientes de reconocimiento por una decisión judicial.”

Por todo lo cual, “esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador”.

Consideraciones críticas.—Las dos fuentes que dan lugar al derecho de retorno son la disposición legal o el convenio con el arrendador. Cuando se cumplan los requisitos y se den las circunstancias que la ley establece para que nazca el derecho de retorno el arrendatario puede exigir del arrendador su reconocimiento, pero cuando el arrendador se negare a ello, al arrendatario sólo le queda el camino judicial para su exigencia. Se hace preciso en esos casos demandar al arrendador para obtener la sentencia declarativa de la existencia de tal derecho y que la misma sirva de título para su posible necesaria constatación en el Registro, si se quiere que el mismo pueda perjudicar a tercero.

Este es precisamente el caso que nos ocupa. Existía el derecho de retorno, pero no fue reconocido por el dueño de la finca y hubo que demandarlo para obtener la sentencia que lo declare. Para lograr la plena eficacia de la sentencia en su juego publicitario registral y evitar que surja el tercero pro-

tegido que con la inscripción de su adquisición pueda dejar sin contenido el derecho de retorno, la ley permite que la pretensión contenida en la demanda se anote registralmente sirviendo de publicidad a los posibles adquirentes de la existencia de una instancia judicial cuyo resultado puede perjudicarles. De no ser así el dueño del inmueble con su negativa podía eliminar con enajenaciones protegidas la eficacia de la sentencia que en su día recayese. La posibilidad de pedir y obtener la anotación era clara en este caso, teniendo en cuenta que se trataba de una demanda en que se reclamaba un derecho de discutida naturaleza, pero que podía afectar en su día a la finca a modo de carga real y, a mayor abundamiento, basándose en el amplio criterio que en este punto ostenta la doctrina y la jurisprudencia registral de la Dirección General (R. 1 mayo 1901, 23 septiembre 1912, 9 junio 1922, 13 febrero 1929, 29 octubre 1946 y la fundamental de 29 marzo 1954, donde se da cabida a las demandas basadas en acciones personales con transcendencia real, siendo de la incumbencia de los Jueces y Tribunales decidir sobre la naturaleza de la acción y sus consecuencias). No obstante, esta doctrina ofrecida por las resoluciones de la Dirección General, ha tenido que ser resuelto expresamente el caso que nos ocupa por la Resolución de 6 de julio de 1962, en el que se discutía la procedencia de una anotación de demanda sobre derecho de retorno, diciendo uno de sus considerandos que "interpretado ampliamente el número 1 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, la jurisprudencia de este centro Directivo no limita su aplicación exclusivamente a las acciones de naturaleza real, sino que estima comprendidas también en él los supuestos en que la pretensión deducida ante los Tribunales deba producir efectos sobre inmuebles inscritos, como en el presente caso, en el que el derecho controvertido deberá anotarse para que afecte a terceros, conforme al artículo 15 del Reglamento Hipotecario, reformado en 1959".

Pero esta anotación de demanda no es "convertible" al modo y manera que lo son las de legados de cosa específica propia del testador, las por imposibilidad del Registrador, las que se practican por defectos subsanables, las de créditos refaccionarios y las de legados de rentas o pensiones periódicas. Aquí no sucede como en las citadas, aquí la persona a favor de la cual se constituye no adquiere definitivamente el derecho anotado, pues lo que se anota es la demanda de una instancia judicial. Esta anotación garantiza la posibilidad de la ejecución de sentencia asegurando un puesto registral al derecho que la sentencia declare. Por eso el artículo 198 del Reglamento Hipotecario ordena que una vez obtenida la sentencia se practiquen en el Registro las inscripciones o cancelaciones procedentes que la misma ordene y que en el asiento que se practique en virtud de la ejecutoria se cancele la anotación de demanda. Esto es, aquí no es preciso extender un asiento de cancelación de la anotación de demanda, sino que la cancelación la provoca la nota marginal en la que se hace constar el derecho de retorno, bastando que se relacione dicha nota en otra que habrá de ponerse al margen de la anotación cancelada.

La anotación de demanda no gana rango para la nota marginal del derecho de retorno, únicamente se limita asegurar frente a todos que el día en que el derecho de retorno sea declarado por sentencia será publicado registralmente durante el plazo de cinco años, independientemente de que haya existido antes y de que, pasado dicho plazo, pueda seguir subsistiendo, pues

el derecho lo concede la ley y durante el plazo de cinco años lo publica frente a todos el Registro.

Vista la única conexión existente entre la anotación y la nota marginal el problema central que plantea el recurso y soluciona acertadamente la Dirección, es la fecha a partir de la cual debe contarse el plazo preclusivo o de caducidad de los cinco años. Podemos partir de tres fechas:

a) *La de la anotación preventiva de demanda.*—Repetimos aquí la idea ya expuesta, pero literalmente transcrita de la Resolución de 6 de julio de 1962: “La finalidad cautelar de las anotaciones de demanda es asegurar los resultados de un juicio a fin de que sea posible la ejecución del fallo y no resulte ilusoria la acción entablada...” Es evidente que si la sentencia ordena la nota marginal del derecho de retorno y ésta tiene una duración legal de cinco años, se incumpliría la sentencia si el Registrador cancelase la nota marginal al cumplirse los cinco años contados a partir de la fecha de la anotación, que, por su parte, ha debido cancelar al practicar la nota del derecho de retorno.

b) *La fecha de la propia nota marginal.*—Esto es, la fecha que va antes de la firma del Registrador y que es distinta de la obligatoria referencia a la del asiento de presentación. Sobre el problema de aceptar a “efectos de caducidad” esa fecha, ya he tenido ocasión de pronunciarme en un comentario hecho a la Resolución de 28 de mayo de 1968 (publicado en el Boletín del Colegio Nacional de Registradores, número 70, julio y agosto, año 1971). Sostenía que la frase “a todos los efectos” que utiliza el artículo 24 de la Ley Hipotecaria, cerraba el paso a considerar como fecha a partir de la cual podría contarse una caducidad la de la nota, anotación o inscripción de que se tratase. Aunque rectificar sea de sabios, me encuentro todavía con fuerzas para no dar mi brazo a torcer.

En aquel comentario mío citaba algunos trabajos y comentarios de autores que en la vertiginosa carrera contra las peticiones de “original” se me habían quedado sin consultar. Reconozco que es ciertamente hábil el comentario que a esta misma Resolución hace AMORÓS GUARDIOLA (R. Cr. D. I., 1970, marzo-abril, pág. 467), en el que distingue dos clases de fechas: una a efectos de prioridad o fecha “*extrínseca*” al asiento que sirve para determinar desde qué momento el acto que ha ingresado en el Registro se antepone con eficacia excluyente o preferente a cualquier otro referente a la misma finca y la fecha “*intrínseca*”, a efectos de determinar la propia subsistencia y eficacia, o limitación de eficacia en su caso, del asiento en sí mismo considerado que tiene relevancia en aquellos casos de asientos con vigencia temporalmente limitada. Con todo, creo que en mi comentario daba algún ejemplo en el que la sutil distinción de fechas podría dar lugar a una posible violación del principio de prioridad.

c) *La fecha del asiento de presentación.*—Conforme al artículo 24 de la Ley Hipotecaria, es la fecha de la inscripción (entendiendo dicha palabra en el sentido lato de asiento) para “todos los efectos” que ésta debe producir, incluidos, naturalmente, los de caducidad. Esta sigue siendo mi postura, aunque a los efectos de la solución del caso carezca de trascendencia, ya que lo que se discutía era la fecha de la anotación o la fecha de la nota que no se precisaba si era la “*intrínseca* o la *extrínseca*”.

Digo esto último porque en el cuarto considerando de la Resolución habla de una "duración de cinco años desde su fecha", pero sin que se aclare cuál es ésta. Igualmente sucede con el considerando quinto en que se dice que... "y si la demanda prospera en virtud de sentencia firme, de acuerdo con el artículo 198 del Reglamento Hipotecario, podrá practicarse la nota marginal ordenada, momento en que empezará a contarse el plazo de caducidad...", frase que con ser más expresiva, pues parece aludir al "momento de la práctica" no puede ser considerada como decisiva para desvirtuar lo que dispone el artículo 24 de la Ley Hipotecaria y el considerando cuarto.

RESOLUCION UNILATERAL DE COMPRAVENTA E INSCRIPCION DE SENTENCIA FIRME.—NO ES INSCRIBIBLE LA SENTENCIA QUE ORDENA LA IMPROCEDENCIA DE LA RESOLUCION DE UNA COMPRAVENTA LLEVADA A EFECTO UNILATERALMENTE POR EL VENDEDOR, DADO QUE LAS FINCAS AFECTADAS FIGURAN INSCRITAS A FAVOR DE TERCEROS INTERESADOS QUE NO FUERON PARTE EN EL PROCEDIMIENTO, Y NO ESTABA VIGENTE EN UNO DE LOS SUPUESTOS LA ANOTACION DE DEMANDA POR HABER CADUCADO Y EN OTROS NO SE LLEGO NI SIQUIERA A PRACTICAR. (Resolución de 31 de octubre de 1969, "B. O. del E." de 29 de noviembre de 1969.)

Hechos.—Ante el Notario de Madrid don Julio Albi Agero, el día 5 de marzo de 1951, doña Consolación Huertas Sánchez-Carrillejo, casada con don Andrés Galera Galera, adquirió por compra a don Gregorio Treviño Peñaranda, casado en segundas nupcias con doña María Isabel Ruiz y González Linares, las tres fincas siguientes: 1) Una tierra en término municipal de Tomelloso. 2) Otra que es resto en término de Criptana, hoy según el Catastro, en el de Alcázar; y 3) Otra en los mismos términos y sitios que la anterior. Se manifiesta en la escritura que los bienes se adquirieron con dinero de la compradora que contaba con autorización de su marido y que el precio se fija en ciento cuarenta y seis mil seiscientas pesetas, de las cuales, el comprador confiesa tener recibidas sesenta mil seiscientas quedando el resto aplazadas, comprometiéndose la compradora a satisfacer en dos plazos de cuarenta mil cada uno los días 1 de marzo de 1952 y 1 de marzo de 1953 el precio aplazado, devengando un interés del cinco por ciento pagadero por trimestres vencidos y que para el caso de que la compradora no satisfaga el precio aplazado, se pacta expresamente, como condición resolutoria que deberá hacerse constar en el Registro de la Propiedad, que la venta y transmisión solemnizada en esta escritura, quedará sin efecto, volviendo al vendedor la totalidad plena de las fincas vendidas sin que tenga el mismo que abonar cantidad alguna y quedando la suma entregada en poder del transmitente como indemnización por los perjuicios sufridos y pena por incumplimiento del contrato. El precio aplazado se imputa a las fincas en la proporción establecida.

La presente escritura se presenta en el Registro de Alcázar de San Juan y en la nota de inscripción se especifica que respecto de la finca 1) no se inscribe más que la quinta parte de su cabida, por estar inscritas las otras cuatro

quintas partes a nombre del transmitente en estado de casado con su primera mujer de la que no se ha liquidado la sociedad de gananciales, sin que quepa tampoco inscribir el exceso de cabida titulado frente al registrado por no aparecer justificado. Que respecto de las fincas 1) y 2) la inscripción se hace en los libros de Campo de Criptana y no en los de Tomelloso y Alcázar. En el mismo documento consta otra nota referida a la 1) finca declarando inscrita otra quinta parte, ya que se justifica que el transmitente la adquirió por permuta con otra finca adquirida por herencia de su madre. Igualmente en el mismo documento figura una tercera nota en la que se suspende la inscripción de las tres quintas partes de la finca primera, por aparecer inscritas a favor del vendedor en estado de casado con su primera esposa y no haberse liquidado la sociedad de gananciales. Se toma anotación preventiva por tratarse de defecto subsanable.

Posteriormente el día 12 de noviembre de 1953 y ante el Notario de Alcázar de San Juan, doña Consolación Huertas Sánchez-Carrillejo y don Gregorio Treviño Peñaranda, es decir, compradora y vendedor primitivos, otorgan una escritura de rectificación de error y aclaración de la precedente antes reseñada. Conforme a la misma se aclara que la finca número 1) de la primera escritura con el fin de que se inscribiese en el término de Tomelloso y no en el de Criptana se dijo que estaba pendiente de inscripción, lo cual era cierto en la parte que correspondía a Tomelloso, ya que catastralmente pertenece a dicho término desde la rectificación realizada. A los efectos de que se inscriba la parte correspondiente, se aclara que la finca en su totalidad comprende dos partes: una, llamada de Casquetazo, que figura inscrita en el Registro en los libros de Criptana y otra, adquirida por el vendedor exclusivamente por herencia de su padre e inscrita bajo el número 5.009, finca esta última que provocó la correspondiente inscripción en el Registro.

La venta realizada por la escritura de 5 de marzo de 1951 y rectificada y aclarada por la de 12 de noviembre de 1953, fue resuelta unilateralmente por el vendedor en virtud de requerimiento notarial hecho el 30 de mayo de 1956 y poco después doña Consolación Huertas Sánchez-Carrillejo demanda ante el Juzgado de 1.ª Instancia al vendedor y a cualquiera otro que pudiese alegar derecho sobre las fincas y lo hubiese adquirido con posterioridad a 30 de mayo de 1956, solicitando no haber lugar a la resolución realizada. La demanda se anota en el Registro el 11 de enero de 1957 en cuanto a la finca señalada con el número 6.240, pero no respecto de la 5.009. Con anterioridad a dicha anotación el que fue vendedor y resolvió la venta objeto del litigio, vendió las dos fincas mencionadas a don Joaquín Catalán Horcajada y éste, después de haberse extinguido la anotación de demanda, presentó su título que fue inscrito en cuanto a la finca 5.009 totalmente y sólo las participaciones de la 6.240, aunque más tarde por expediente de dominio inscribió las restantes partes a su favor. Este comprador en virtud de diversas segregaciones vendió posteriormente parcelas de la finca 6.240, las cuales después de extinguida la anotación, inscribieron sus derechos.

El Juzgado de 1.ª Instancia dictó en su día sentencia no admitiendo la pretensión de la demandante de considerar inexistente la resolución, pero recurrida la sentencia y habiendo llegado el procedimiento hasta el Tribunal Supremo, éste el día 21 de diciembre de 1963, revoca dicho fallo, declarando

no haber lugar a la resolución del contrato de compraventa litigioso. La ejecutoria de dicha sentencia se presenta al Registro junto con otros documentos complementarios y el Registrador en una amplia nota que concreta la situación de las tres fincas vendidas en su día y en el momento de presentarse la ejecutoria, dice:

a) Respecto de la primera finca, tanto en el momento de la presentación de la ejecutoria como en el día de la fecha de la calificación, figura la misma y sus segregadas inscritas a favor de personas que no han sido parte en el procedimiento, en virtud de inscripciones vigentes que están bajo la salvaguardia de los Tribunales y cuya nulidad o cancelación no se ha ordenado.

b) En cuanto a la finca segunda, aparece cancelada la condición resolutoria de la venta con el consentimiento de don Gregorio Treviño y no haberse resuelto el contrato a que se refiere la sentencia.

c) En cuanto a la finca tercera, que figuraba inscrita a favor de doña Consolación Huertas Sánchez-Carrillejo, aparece ahora inscrita a favor de ulteriores adquirentes de dicha señora, habiendo quedado extinguida la anotación de demanda que sobre ella pesaba.

Todas las faltas se consideran insubsanables, no procediendo la anotación. A continuación de dicha nota figura otra en la que los documentos antes referidos son sometidos una vez más a calificación, agregándose a ellos una instancia suscrita por doña Consolación pidiendo una nueva calificación sólo respecto de la finca primera, considerando que la misma se encuentra formada por las 6.240 y 5.009 antes referidas. El Registrador en amplia nota hace el historial de dichas fincas repitiendo la idea antes expuesta de la inscripción ulterior a favor de personas que no han sido parte en el procedimiento. Aclara que sobre la segunda de las fincas citadas no se tomó anotación por no haber sido objeto de litigio dicha finca, al no resultar que la escritura que en su día se otorgó para la rectificación se aportara al procedimiento.

Contra dicha calificación interpuso recurso doña Consolación Huertas Sánchez-Carrillejo, alegando que la acción ejercitada por ella es la del 1.124 del C. C. que opera *in rem* y *ex tunc*; que la anotación de demanda no aparecería cancelada aunque hubiera caducado y que durante la tramitación del pleito el Sr. Treviño vendió la finca, formuló expediente de dominio al que la recurrente se opuso, aunque luego se formulara otro expediente y sin que la dicente tuviese conocimiento del mismo logró inscribirse facilitándose con ello la sucesiva venta de parcelas a otras personas; que la anotación preventiva no practicada sobre la finca 5.009 al no tener carácter constitutivo no impide la existencia de la ejecutoria ordenada por los Tribunales y, por último, que como fundamentos de derecho alega los artículos 79, 3, 34 de la Ley Hipotecaria y los 99 y 173, 2 del Reglamento Hipotecario, así como la S. del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1962, entre otras.

El informe del Registrador se cife a ir eliminando aplicaciones de los diversos artículos invocados por la recurrente como fundamento de su derecho. Así, dice, que el artículo 257 de la Ley Hipotecaria no sirvió de base ni a él se opone la calificación, ya que en la calificación no se han considerado cuestiones formales, sino de fondo; que la aplicación del artículo 99 del Reglamento Hipotecario debe estar condicionada por lo que dispone el

artículo 38, 2.º, Ley Hipotecaria, y aunque no se discutiera su observancia es lo cierto que conforme al artículo 77 de la misma Ley las inscripciones del Sr. Treviño estaban ya extinguidas por estar las fincas inscritas a favor de otras personas, lo cual podría producir, caso de cancelar las inscripciones de dicho señor, asientos contradictorios a lo cual se oponen los artículos 17, 20, 32 y 40 de la Ley Hipotecaria. Tampoco son de aplicación el artículo 79, 3, de la Ley Hipotecaria, por no haberse pedido ni ordenado la cancelación; ni el 173, 3, del Reglamento sobre efectos de cancelaciones que no se han practicado. Se combate la Setencia del Tribunal Supremo alegada, ya que en este caso sí existen terceros cuyas inscripciones están protegidas por los Tribunales y por el artículo 82 de la Ley Hipotecaria, así como por el 34 que no se aduce por el informante y las posibles cuestiones de buena o mala fe que habrán de ser solventadas judicialmente.

El Juez interviniente en el procedimiento emitió un informe semejante al del funcionario calificador y el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del mismo, alzándose la recurrente de la decisión presidencial. La Dirección General de los Registros y del Notariado confirma el auto de la Audiencia y la nota del Registrador sobre la base de la doctrina que exponemos.

Doctrina.—La esencial cuestión planteada por el recurso es la de si procede inscribir un mandamiento que ordena la inscripción de una sentencia firme, “en la que se declara la improcedencia de la resolución de una compraventa llevada a efecto unilateralmente por el vendedor, y que, por tanto, las dos únicas fincas en las que se solicita se practique la operación, vuelvan a ser inscritas en los libros registrales a nombre de la compradora”.

“Considerando que al no haberse solicitado por la demandante, prórroga de la anotación de demanda que recaía sobre una de las fincas, la que, en consecuencia, quedó caducada, ni haberse extendido siquiera dicha anotación sobre el otro inmueble, se produjo, por las diversas ventas hechas por el demandado, un cambio en la titularidad dominical de las fincas discutidas, reflejado en el Registro a través de los correspondientes asientos, lo que obliga a tener en cuenta preceptos tan fundamentales como 1, 3.º, 34 y 38, 2.º, de la Ley Hipotecaria, que impiden pueda accederse a lo solicitado.”

“Considerando que, en efecto, el principio de fe pública, protector del tercer adquirente que reúne las condiciones señaladas en el mencionado artículo 34 de la Ley Hipotecaria, así como el de la legitimación recogido en el 1, 3.º, que declara que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexistencia, y muy principalmente el artículo 38, 2.º, que establece que no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles 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, no autorizan que pueda tener acceso al Registro la ejecutoria presentada, por encontrarse las fincas, inscritas a nombre de terceras personas que no fueron parte en el proceso y cuyos derechos, forzosamente no cabe desconocer, lo que incluso pone de manifiesto la propia sentencia cuando expresa que no sería procesalmente factible, por no haberse solicitado,

hacer declaración alguna contra cualquier otra persona que pudiera alegar un posible derecho sobre las fincas en litigio.”

“Considerando que las apreciaciones hechas por la recurrente en orden a la buena o mala fe de los adquirentes posteriores que impedirían entrarse en juego la protección establecida en el artículo 34 de la Ley, no pueden tomarse en consideración en un recurso gubernativo por no ser el procedimiento adecuado para ello, sino que habrá que solventarse ante los Tribunales de justicia, a donde deben acudir los interesados para ventilar y contender entre sí acerca de la procedencia o no de sus respectivos derechos.”

“Considerando que no ha habido extralimitación por parte del Registrador al calificar el documento judicial presentado, ya que, de acuerdo con el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, se ha limitado a señalar los obstáculos que han surgido del propio Registro, a la inscripción de la sentencia dictada.”

Por todo ello “esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador”.

Consideraciones críticas.—Aunque el problema, como reconoce la Dirección, es estrictamente hipotecario, creo que en su vertiente formal en relación con el principio de calificación registral, no es más que un supuesto de calificación de un documento judicial que pretende tener acceso al Registro, surgiendo de éste obstáculos que se lo impiden.

Los límites a que debe sujetarse el Registrador al calificar un documento judicial—discutibles conforme he sostenido en otro comentario a otra Resolución— los fija el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, pero ello no quiere decir que si la competencia del Juzgado es correcta, que si el mandato judicial es congruente con el procedimiento y que si se han observado las formalidades extrínsecas del documento, pueda éste ser inscrito en base de su fuerza de cosa juzgada y de su carácter de firmeza. Queda aún un último reducto que son los obstáculos que surjan del Registro y que vienen representados por el juego de los principios hipotecarios y el mecanismo de los asientos registrales.

En el caso presente los principios hipotecarios que entran en juego para impedir que una ejecutoria judicial pueda ser inscrita son los de legitimación y fe pública registral, esto es, la base del sistema de protección jurídica que el Registro brinda a quien adquiere confiado en sus pronunciamientos. Dar posibilidad de inscripción a una decisión judicial en contra de estos pronunciamientos hubiese sido dejar sin efecto el principio de seguridad del tráfico en que se basa la esencia del sistema frente al de la seguridad del derecho en que se apoyan las decisiones judiciales.

La realidad de los hechos demuestran que la inscripción de la venta con precio aplazado estaba amenazada jurídicamente con la condición resolutoria de que si el comprador, o compradora en este caso, no pagaba en los plazos determinados podría resolverse la venta a favor del vendedor, el cual hipotecariamente recobraría su calidad de titular pleno de la finca con facultades dispositivas y legitimaciones registrales para ulteriores actos. La resolución unilateral de la venta quiso ser frenada en sus consecuencias con una demanda judicial que se anotó en el Registro a efectos de impedir cualquier acto que pudiera perjudicar a la compradora por parte del vendedor. Con ello no

se hizo más que provocar registralmente una medida de seguridad para el caso de que habiendo sentencia favorable ésta se cumpliera.

Pero debió olvidarse a la parte demandante que las anotaciones preventivas caducan por el transcurso de determinados plazos señalados en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria y que una vez caducadas, sin solicitar su posible prórroga, no surten efectos frente a terceros. No obstante aquí será preciso hacer un pequeño inciso, pues existen opiniones contrarias a la afirmación hecha. Veamos el trabajo de MOUTAS MERAS ("El problema de la caducidad de las anotaciones de demanda", R. D. Pr., 1955, pág. 154), en el cual se sostiene la postura de que el artículo 86 de la Ley Hipotecaria está en evidente contradicción con el 83 de la misma, pues en este último se dispone que "las inscripciones o anotaciones hechas en virtud de mandamiento judicial no se cancelarán sino por providencia ejecutoria", lo cual llevaría al caso de una posible laguna legal. Trasladando esta postura al caso planteado vemos que a pesar de haber caducado la anotación realmente no se canceló, pero eso no quiere decir que debiera seguir surtiendo sus efectos, pues la formalización de la cancelación debe ser estimada como independiente del plazo de caducidad. De otra parte la política de expurgo y liberación de cargas que la Ley Hipotecaria de 1944-46 perseguía quedaría sin razón de aplicación en todos los casos de caducidad de asientos ordenados por autoridad judicial. Pero aun estimando que fuese necesario pedir judicialmente la cancelación de las anotaciones caducadas—sin tener en cuenta el artículo 355 del Reglamento Hipotecario, que facilita enormemente esta función—, es evidente que caducada una anotación, aun no cancelada no puede surtir efectos frente a terceros. El Registro en este caso no publica un acto o derecho vigente, sino un supuesto de un derecho extinguido por el transcurso de un plazo.

De ahí que aún no habiéndose practicado la cancelación, pudo registralmente lograrse las inscripciones posteriores provocadas por los actos dispositivos del antiguo vendedor, así como los expedientes de dominio correspondientes. Ello hizo aparecer en el campo jurídico la figura del tercero que acaparó sobre sí la protección jurídica del principio de fe pública, aun para los casos en que se anule o resuelva el derecho del transmitente. Como uno de los requisitos de esta protección es el de la buena fe del adquirente, en ello intentó apoyarse la parte recurrente para destruir los argumentos del funcionario calificador, pero a ello le contesta la Dirección con gran visión de la esencia del recurso gubernativo que "no pueden tomarse en consideración en un recurso gubernativo por no ser el procedimiento adecuado para ello", ya que este requisito debe solventarse en los Tribunales de Justicia.

Los titulares de dichas inscripciones posteriores resultan también protegidos por el principio de legitimación que hace intocables los asientos en cuanto de una parte están bajo la salvaguardia de los tribunales y de otra es preciso atacarlos de nulidad o cancelación si se quiere ejercitar alguna acción contra ellos, conforme disponen los artículos 1, 3 y 38, 2.º, de la Ley Hipotecaria.

La Resolución comentada cita como resoluciones consultadas y tenidas en cuenta a efectos del fallo dictado las de 11 de abril de 1935, 22 de enero de 1944 y 11 de agosto de 1960. En la primera de ellas no se hace más que ratificar el principio de la protección de los asientos por los Tribunales de

Justicia en un caso en el que se pretendía alterar la naturaleza ganancial de unos bienes que así figuraban en el Registro y que notarialmente se afirmó eran parafernales. En la segunda se vuelve a insistir sobre dicho principio en un caso de finca adquirida a título de mejora con ciertas limitaciones y condiciones reflejadas en el Registro y que pretenden ser eliminadas para una parte de ella que se segrega y vende considerando dicha parte como libre. Por último, la del año 1960 no admite la cancelación de una inscripción que figura a favor de persona determinada que no fue parte (ni oída ni notificada) en un procedimiento de apremio, ya que la misma no debe sufrir perjuicios derivados exclusivamente de infracciones procesales cometidas por agentes administrativos en dicho procedimiento.

DERECHO MERCANTIL

SOCIEDAD ANONIMA.—ES INSCRIBIBLE LA ESCRITURA DE CONSTITUCION DE UNA SOCIEDAD ANONIMA EN QUE EL NUMERO MINIMO DE TRES SOCIOS EXIGIDO EN EL ARTICULO 10 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS EN EL MOMENTO FUNDACIONAL, APARECE CUMPLIDO CUANDO SE TRATA DE MARIDO, SU CONYUGE Y UNA TERCERA PERSONA. (Resolución de 4 de noviembre de 1969, "B. O. del E." de 4 de diciembre de 1969.)

Hechos.—Por escritura pública autorizada por el Notario don Benjamín Arnáez Navarro el 3 de febrero de 1967, don Hermann A. Stock, don Carlos Spinelli Salgado y doña María del Carmen Muñoz Vázquez, de nacionalidad alemana el primero y en representación de "Comercial Atheneun, S. A.", y de nacionalidad española los segundos que son cónyuges y vecinos de Madrid, constituyen la sociedad mercantil "Distribuidora Editorial Costa del Sol, S. A.", con sede social en Málaga y domicilio social y fiscal en Torremolinos, carretera de Benalmádena, edificio La Paz. El capital social fue señalado en la cantidad de trescientas mil pesetas, suscrito y desembolsado en el acto de la fundación, estando representado por trescientas acciones al portador de mil pesetas nominales cada una, de las cuales las ciento ochenta primeras fueron suscritas por A. Stock para la Sociedad "Comercial Atheneun, S. A."; las ciento ochenta y una a doscientos noventa, por Carlos Spinelli Salgado, y las doscientos noventa y una al trescientos, por doña María del Carmen Muñoz Vázquez. Los comparecientes de la escritura dan carácter de Junta General Extraordinaria al acto de la intervención y designan el primer Consejo de Administración que quedó constituido de la siguiente forma: Presidente, don Hermann A. Stock; Consejero delegado, don Carlos Spinelli, y Secretario, doña María del Carmen Muñoz.

Dicha escritura, a través de su primera copia, fue presentada en el Registro Mercantil competente provocando la siguiente nota, que no da opción a la práctica de la anotación preventiva. Se deniega su inscripción sobre la base de los siguientes argumentos: a) Intervienen los esposos Spinelli sin acreditar la existencia de separación de bienes, procedencia del dinero invertido y, en consecuencia, se infringe el artículo 10 de la Ley de Sociedades

Anónimas, que exige tres personas como mínimo para la constitución, lo cual no puede admitirse que exista en la sociedad de gananciales, ya que la aportación hecha por la mujer sólo puede hacerse con poder del marido actuando en su representación, lo cual supone que la cualidad de socio a éste correspondería, siendo las acciones del caudal de gananciales. b) Porque al constituirse dos patrimonios independientes entre sí y de la propia sociedad, se encubre una donación entre cónyuges, se escinde la sociedad de gananciales y se atribuye una porción patrimonial independiente a cada cónyuge sin que medie un supuesto de liquidación de sociedades. c) Porque la representación de la sociedad conyugal la comparten marido y mujer, lo que no es posible, rozándose la figura del autocontrato, atentándose contra el principio de responsabilidad establecido en el artículo 1.911 del Código Civil.

Por su parte, el Notario autorizante de la escritura interpuso recurso de reforma y subsidiariamente el gubernativo aduciendo que las normas aplicables al caso no pueden ser nunca las del Derecho Civil, sino las del Mercantil, constituidas por el Código de Comercio y los usos de comercio observados en cada plaza, de los cuales resulta que conforme al artículo 6 del Código de Comercio, la mujer puede ejercer el comercio y, conforme al artículo 10, obligar no sólo los bienes propios, sino los gananciales e incluso los del marido, y que ni del Código de Comercio ni de la Ley de Sociedades Anónimas se deduce la prohibición de que marido y mujer ejerzan el comercio conjuntamente. Aplicar el Código Civil en vez del de Comercio provocaría una desigualdad jurídica entre todos los españoles comerciantes, pues las legislaciones forales presentan diferencias sustanciales con el sistema común. Con leves añadidos a la nota calificadora el Registrador Mercantil defiende en el informe su opinión.

La Dirección General acuerda revocar la nota del Registrador, sobre la base de la siguiente doctrina.

Doctrina.—La Dirección General centra el problema y lo reduce a si está o no bien extendida una escritura fundacional de Sociedad Anónima, en la que dos de los tres socios son marido y mujer que realizan sus aportaciones con bienes presuntivamente gananciales, precisando además si lo que la Ley de Sociedades Anónimas exige son tres personas o tres patrimonios distintos. Su doctrina se basa en los siguientes considerandos.

“Considerando que, como tiene declarado este Centro Directivo en su Resolución de 16 de marzo de 1959, la exclusión de toda sociedad entre esposos “privaría arbitrariamente a estos últimos de múltiples posibilidades que les permitieran, sin el menor fraude, desenvolver sus negocios en situaciones en que no exista otro medio mejor que la sociedad para aunar su trabajo y hacer fructificar sus capitales; lo cual, unido a que la mala fe no debe presumirse nunca y a la ausencia de nuestra legislación de un precepto que establezca la incapacidad general para contratar los esposos —ya que, por ejemplo, los contenidos en los artículos 1.334, 1.458 y 1.677 del Código Civil, entre otros, contemplan situaciones especiales—, permitiría concluir afirmando la validez de las sociedades entre esposos, siempre que resulten salvaguardados los deberes que se derivan del matrimonio y de la integridad de los patrimonios de los respectivos esposos y no se encubra un fraude o un acto contrario a la Ley”; por lo que, reafirmando tal doctrina, hay que declarar

que el que los cónyuges constituyan sociedad entre sí no es por sí solo hecho bastante para considerar no ajustada a derecho la escritura de constitución de aquélla”.

“Considerando que en el supuesto examinado concurre la importante doctrina, circunstancia de que no se acredita ni alega que el dinero aportado a la sociedad por cada uno de los cónyuges tenga carácter de privativo de éstos, por lo que entra de lleno en juego la presunción del artículo 1.407 del Código Civil, teniendo, por ello, tales aportaciones y las acciones a cambio recibidas, cualquiera que sea el cónyuge que las suscriba, el carácter de presuntivamente gananciales, por lo que ni la constitución de la sociedad ni la forma en que las acciones han sido suscritas, vienen a cambiar el régimen económico matrimonial ni a suponer una alteración del patrimonio ganancial ni de los patrimonios privativos de cada cónyuge.”

“Considerando que al concurrir, cuando menos, a la constitución de la sociedad dos patrimonios —el ganancial de los cónyuges don Carlos Spinelli y doña María del Carmen Muñoz y el de «Comercial Atheneum, S. A.»—, no se incide en el defecto señalado por la ya citada Resolución de 16 de marzo de 1959, que contempla el caso de una sociedad de responsabilidad limitada, constituida, tan sólo por dos cónyuges, de utilizar la forma social para la creación de un patrimonio separado del propio ganancial, atentando al principio general de responsabilidad establecido en el artículo 1.911 del Código Civil.”

“Considerando que, admitida la posibilidad de constituir sociedad entre cónyuges, y alejados los peligros de una alteración de la situación patrimonial del matrimonio o del principio general de responsabilidad contenido en el artículo 1.911 del Código Civil, procede entrar de lleno en el problema de si el artículo 10 de la Ley de Sociedades Anónimas exige la concurrencia, al menos, de tres patrimonios, o bien de tres personas, en la fundación simultánea de la Sociedad Anónima, debiendo aceptarse esta última interpretación si se atiende al sentido literal del precepto que, al consignar que «su número no podrá ser inferior a tres», hace referencia al inciso anterior que explícitamente habla de «personas que otorguen la escritura social y asuman todas las acciones.»

“Considerando que a la misma conclusión se llega mediante la contemplación de la finalidad de la norma contenida en el artículo 10 citado, que es, sin duda, la de facilitar la marcha de la Sociedad Anónima, haciendo posible la constitución y funcionamiento de sus órganos corporativos —Junta General y Consejo de Administración, principalmente—, lo que igualmente se obtiene aunque el número de patrimonios afectados, que al de ser al menos dos, sea inferior al de fundadores de la sociedad, siempre que estos últimos, en número al menos de tres, tengan el carácter de socios, calidad que no puede negarse a ninguno de los cónyuges comparecientes, que han suscrito acciones en su propio nombre, en primer lugar, por carecer de personalidad jurídica la sociedad de gananciales que es quien, de gozar de tal atributo, ostentaría el carácter de socio de la Sociedad Anónima constituida; y, en segundo lugar, porque la presunción del artículo 1.407 del Código Civil no puede llevarse tan lejos que impida, en forma radical, a toda mujer casada, el ser socio de una Sociedad Anónima, si las acciones se liberan con dinero

presuntivamente ganancial, sino que el hecho de la suscripción, por su carácter eminentemente formal, concede al suscriptor el carácter de socio, aunque las acciones vayan a integrar, en definitiva, el patrimonio ganancial."

Consideraciones críticas.—Con auténtica persistencia —casi diríamos que intencionada— los programas de oposiciones a dos de las principales puertas que transforman al hombre de leyes en jurista o en hombre de Derecho, han consignado la pregunta inquietante de si el marido y la mujer pueden constituir entre sí sociedades mercantiles. Y las respuestas que en los manuales, los apuntes y las notas que se nos suministraban venían todas a decir lo mismo.

Tres son los obstáculos que impiden la válida constitución del vínculo social: el principio de la unidad de persona; el de inalterabilidad de las capitulaciones matrimoniales y el paralelismo que debe observarse con las normas prohibitivas de la compraventa. Pero la cosa empezó a cambiar cuando CASTAN —o, lo que es lo mismo, el sentido común— dijo que si bien los cónyuges no pueden constituir sociedad universal por prohibírsele el artículo 1.677 del Código Civil, es evidente que debe uno inclinarse por la postura permisiva teniendo en cuenta que no existe ningún precepto en el Código que lo prohíba y hay que estar, por tanto, a la norma general según la cual toda persona es capaz para contratar mientras no sea declarado incapaz por la ley. Las cosas así empezaban a aclararse, pero vino una Resolución de la Dirección General de 9 de marzo de 1943 en la que figuraba como recurrente el prestigioso Notario que fue de Bilbao, don Celestino María del Arenal, y el panorama volvió a entoldarse. No cabían las sociedades entre cónyuges por la poca libertad de acción de la mujer frente al voto del marido, por no respetarse la independencia de patrimonios, porque su admisión favorecía la donación entre cónyuges y porque aunque los artículos 1.334, 1.335 y 1.677 se están refiriendo a la sociedad universal, es evidente que exteriorizan un criterio de inadmisión de nuestro Derecho.

La cosa parecía resuelta, pero otro jalón esperaba para la solución del problema. La Resolución de la Dirección General de los Registros, el 16 de marzo de 1959 da un giro nuevo al viejo problema. En el caso que se planteaba (sociedad limitada entre dos esposos con aportaciones gananciales) se negó su posibilidad, pero se abrió la puerta a la gran posibilidad de la existencia de estas sociedades y su validez siempre que resulten salvaguardados los deberes que se derivan del matrimonio, así como la integridad de los patrimonios de los esposos, y no se encubra un fraude o acto contrario a la ley. Esto es, viene a aceptarse la tesis que ya sostuvo GARRIGUES al decir que la cuestión no podía solucionarse en forma general, sino que resulta más acertado resolver caso por caso atendiendo al respecto de la autoridad marital y a la inalterabilidad de capitulaciones.

Despejado así el panorama, llega ahora la Resolución comentada y en uno de sus considerandos cita el contenido sustancial de la de 1959, que en sustancia establece el principio de que el criterio prohibitivo privaría abiertamente a los cónyuges de múltiples posibilidades que les permitieran, sin el menor fraude, desenvolver sus negocios en situaciones en que no exista otro medio mejor que la sociedad para aunar su trabajo y hacer fructificar sus capitales. La realidad viene a demostrar que ésta es la buena

doctrina. Decía hace poco MANUEL DE LA CÁMARA ("La mujer casada y el derecho de sociedades", conferencia en la Academia de Jurisprudencia y Legislación), que "la realidad jurídica con la que nos enfrentamos cotidianamente los profesionales del Derecho nos sitúa frente a un fenómeno harto frecuente, pero que hasta ahora ha llamado poco la atención de los estudiosos. Es habitual que la condición de socio, en una sociedad mercantil, corresponda a una mujer casada...".

La resolución comentada soluciona dos problemas bastante importantes en orden a esta cuestión: el primero es el de que en el caso que se contempla no existe alteración del régimen económico ni del principio de responsabilidad del artículo 1.911 del Código Civil, basándose en que el capital aportado al no justificarse su procedencia debe ser considerado ganancial al amparo del artículo 1.407 del Código Civil, por lo que las aportaciones y las acciones a cambio recibidas, cualquiera que sea el cónyuge que las suscriba, tendrán el carácter de presuntivamente gananciales, por lo que ni la constitución social ni la forma en que las acciones han sido suscritas viene a alterar el patrimonio ganancial, ni los privativos de los cónyuges. Aparte de ello, al existir por lo menos dos patrimonios, el ganancial y el del otro socio, no se incide en el defecto que señalaba la Resolución del año 1959, esto es, el de alterar el principio de responsabilidad establecido en el artículo 1.911 del Código Civil; pero en aquel caso se trataba de una sociedad limitada formada entre dos cónyuges.

El otro problema solucionado viene a aclarar el artículo 10 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas, que al exigir tres personas como mínimo para la constitución simultánea de la sociedad, parece dejar en interrogante si es preciso tres patrimonios también distintos. Tanto desde el punto de vista literal como del finalista, debe mantenerse la necesidad de tres personas, pero no de tres patrimonios, pues la ley habla de que el número no puede ser inferior a tres, pero refiriéndose al inciso primero que habla de personas. Desde el punto de vista finalista la solución debe ser la misma, pues ello se exige con el fin de facilitar la marcha de la Sociedad Anónima, lo que se obtiene igualmente aunque el número de patrimonios afectados, que han de ser al menos dos, sea inferior al de fundadores de la sociedad. Esto último y la falta de personalidad de la sociedad de gananciales, provoca el aspecto formal de la suscripción en la que el carácter de socio lo ostentan el marido y la mujer, siendo las consecuencias económicas las que repercutirán en la sociedad de gananciales.

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

El contrato de arrendamiento de industria con cláusula de elevación de la renta.

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 diciembre 1971)

SUMARIO: 1. El supuesto de hecho conflictivo entre las partes contratantes y las normas legales y jurisprudenciales de aplicación.—2. El criterio de distinción entre el arrendamiento de industria o negocio y el arrendamiento de local de negocio.—3. El arrendamiento de industria cinematográfica.—4. La cláusula de elevación de la renta en función del valor de la peseta.

1. EL SUPUESTO DE HECHO CONFLICTIVO ENTRE LAS PARTES CONTRATANTES Y LAS NORMAS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES DE APLICACION

Los representantes de dos sociedades, una dedicada a la explotación de salas de proyección cinematográfica, otra, copropietaria de dos salas de cine con otros, celebran cuatro contratos: dos de arrendamiento, otro de venta de ciertos enseres y en un cuarto llevan a cabo la modificación de los plazos de duración del arrendamiento, a partir de su celebración, los días 7 y 8 de agosto de 1964, respectivamente. Además, se estipula en el apartado cuarto de los contratos de arrendamiento la posibilidad de revisión de la renta a partir del tercer año, aumentándola en relación con la depreciación que hubiera tenido la peseta, según los módulos que fije el Instituto Nacional de Estadística. Una vez pasados los tres años, no se paga la diferencia resultante de tal depreciación de la peseta, así como otras cantidades debidas en base a unos impuestos.

Entablado juicio, el Juez de Primera Instancia dicta sentencia el 11 de noviembre de 1969, estimando parcialmente la demanda y estableciendo que los contratos de arrendamiento no constituyen un arrendamiento de industria, sino de arrendamiento de locales de negocio y que debía regirse por la legislación especial de arrendamientos urbanos, considerándose ineficaz la cláusula de estabilización de la renta pactada en cada uno de los contratos de arrendamiento, bajo su estipulación cuarta.

Contra la anterior sentencia se interpone por la representación de los de-

mandados recurso de apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia, la cual, en fecha de 25 de febrero de 1971, absuelve a los citados demandados y condenaba a la sociedad actora a pagar a los arrendadores las cantidades que se fijarían en ejecución de sentencia como importe de las rentas retenidas y no pagadas.

Insatisfecha de la sentencia, la sociedad actora recurre ante el Tribunal Supremo en base a una infracción por violación del artículo 3, número 1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. El Tribunal Supremo, a la vista de tal recurso, entre otros considerandos, decide que:

“CONSIDERANDO: que los hechos anteriores demuestran con toda claridad que el objeto de los contratos de arrendamiento de siete de agosto de mil novecientos sesenta y cuatro, lo constituyeron las industrias de cinematógrafo que en ellos se describen y no los locales donde estaban instaladas, por haberse entregado a la recurrente el goce de un complejo de elementos materiales coordinados y adecuados entre sí por su estructura y disposición para ser destinados a un uso industrial determinado y en estado de funcionamiento, que son los requisitos indispensables, según la jurisprudencia de esta Sala, para que sea de apreciar la existencia de la unidad patrimonial con vida propia a que se refiere el párrafo primero del artículo 3 de la Ley once de junio de mil novecientos sesenta y cuatro (SS. 16 marzo 1948, 24 mayo 1952, 29 abril 1953, 11 abril 1955, 12 junio 1967 y 17 marzo 1970), sin que a ello obste el que por documentos privados de la misma fecha se transmitieran en propiedad a la demandante determinados bienes muebles integrados en los cinematógrafos.”

“CONSIDERANDO: ...porque la sentencia recurrida al declarar válidas las cláusulas cuartas de dichos contratos, en las que se establece un sistema de revisión de rentas para poder aumentarlas en proporción al índice en que el valor de la peseta se vaya depreciando, según los módulos que fije el Instituto Nacional de Estadística, no incurrió en la violación del artículo 1.255 del Código civil, cual se pretende en el motivo, sino que lo aplicó correctamente, puesto que tales pactos no son contrarios a la moral, ni provocan la ruptura del equilibrio de las prestaciones estipuladas por los contratantes, ni semejante armonía o proporción entre ellas es indispensable para su validez, ya que, como dice la sentencia de esta Sala de 9 de abril de 1947, la falta de reciprocidad económica de las obligaciones convenidas y la consiguiente lesión para alguna de las partes no determine, en nuestro Derecho, con arreglo al artículo 1.293, la ilicitud de la causa, ni siquiera su rescisión, fuera de los casos señalados por la Ley.”

Según puede observarse, esta sentencia aborda, una vez más, un caso donde se establece el criterio distintivo que permite la distinción entre un arrendamiento de industria y un arrendamiento de local de negocio, además de examinar el régimen jurídico concreto de un arrendamiento de industria cinematográfica, así como el declarar la validez de una cláusula de elevación de renta en función de la depreciación de la peseta.

Dado el interés que muestran estas tres cuestiones, examinemos el estado anterior y actual del marco legislativo, jurisprudencial y doctrinal de cada una de dichas materias.

2. EL CRITERIO DE DISTINCION ENTRE EL ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA O NEGOCIO Y EL ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO

Según ha puesto de relieve nuestra doctrina civilista (1) y mercantilista (2), la importancia y significado del complejo económico llamado "empresa" nos llega del ámbito comercial al superar la idea originaria de "casa de comercio", "acervo mercantil", "fonds de commerce" y "azienda commerciale" (3), donde era fundamental, todavía, su carácter real y estático por ser concebido como un complejo o mera universalidad de bienes, mientras que ahora se advierte su idea configuradora como una actividad organizada, mediante la cual diferentes elementos y medios de producción se conjuntan hacia una finalidad de lucro (4). Aparece, así, la dimensión dinámica propia de la empresa que, el profesor GARRIGUES (5), definió como un conjunto organizado de actividades, de bienes patrimoniales y relaciones materiales de valor económico.

Es a través de la legislación especial donde la empresa toma cuerpo normativo dentro del ámbito civil del arrendamiento urbano, siendo los Decretos

(1) Cfr. FERREIRO, *El arrendamiento de la propiedad urbana. Comentario al texto de la Ley de 31 de diciembre de 1946*. Valladolid, 1947; COSSIO y RUBIO *Tratado de arrendamientos urbanos*. Madrid, 1949, pp. 230 ss.; UDAONDO, *El arrendamiento de empresa en la nueva legislación de arrendamientos urbanos*, en "Anuario de Derecho Civil", III-2 (1950) pp. 362 ss.; CASTÁN y CALVILLO *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, I (Madrid, 1956), páginas 198 ss.; PASCUAL NIETO, *El arrendamiento de empresa*, en "Pretor" (1957), pp. 805 ss.; SOTO NIETO, *Arrendamientos urbanos. Comentarios a la Ley de 11 de junio de 1964*. Gerona, 1964; ABELLA, *Arrendamientos urbanos*. Madrid, 1944, pp. 93 ss.; FUENTES LOJO, *Suma de arrendamientos urbanos*. Barcelona, 1965; RODRÍGUEZ AGUILERA y PERÉ RALUY, *Arrendamientos urbanos*. Barcelona, 1965, pp. 195 ss.; HERNÁNDEZ-GIL, *Dictámenes*, I (Madrid, 1968), pp. 483 ss.; FUENTES LOJO, *Nuevos comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos y a la legislación de viviendas de protección oficial*. Barcelona, 1970, pp. 53 ss.

(2) Cfr. GARRIGUES, *Tratado de Derecho mercantil*, I-1 (Madrid, 1947), pp. 231 ss.; CALVO ALFAGEME, *La empresa mercantil como objeto de negocios jurídicos*, en "Anales de la Academia Matritense del Notariado", I (1945), pp. 517 ss.; CHACARTEGUI, *La aportación social de empresa*, en "Nuestra Revista", 722-723 (1947), pp. 108 ss.; POLO, *Traspaso de locales de negocio y arrendamiento de empresas*, en "Conferencias del Colegio Notarial de Barcelona" (1948); MUÑOZ CAMPOS y CEREZO CARRASCO, *Concepto jurisprudencial de la empresa a efectos arrendaticios*, en "Revista de Derecho Mercantil" (1955), pp. 245 ss.; LAGUNA IBÁÑEZ, *La transmisión de la empresa mercantil y sus obligaciones*, en "Anuario de Derecho Civil", XV-3 (1962), pp. 657 ss.; PELLICER, *La noción jurisprudencial de la empresa en la C. E. C. A.*, en "Revista de Derecho Mercantil", 94 (1964), pp. 369 ss.; FERNÁNDEZ-NOVOA, *Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos*, en "Revista de Derecho Mercantil", 95 (1965), pp. 7 ss.; Díez RONCAL, *Garantías reales sobre maquinaria industrial*. Pamplona, 1966; BROSETA, *Problemática jurídica actual de la empresa*. Valencia, 1965; Id., *La transmisión de la empresa: compraventa y arrendamiento*, en "Revista de Derecho Mercantil" (1968) pp. 59 ss.; MOROS, *El arrendamiento de la empresa*, en "Estudios jurídicos en homenaje a J. Garrigues", I (Madrid, 1971), pp. 479 ss.

(3) Entre nosotros, cfr. MORO LEDESMA, *La hacienda comercial*, en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario" (1931), pp. 71 ss.

(4) Cfr. COSSIO y RUBIO, *op. cit.*, p. 230.

(5) GARRIGUES, *op. cit.*, I, p. 231.

de 29 de diciembre de 1931 y 2 de agosto de 1934, quienes concretan su equivalencia con la figura contractual denominada "arrendamiento de industria".

La jurisprudencia posterior a este ordenamiento, especialmente a partir de las Sentencias del 13 de marzo de 1943, 7 de diciembre de 1945 y 23 de marzo de 1946, será quien acabe de concretar, dentro de la casuística habida, el concepto de arrendamiento de industria que la doctrina mercantilista tenía y seguía perfilando (6).

A partir de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946 (art. 4), queda perfectamente enunciado que con el arrendamiento de empresa el arrendatario recibe, además del local el negocio o industria en él establecido, por lo cual, el objeto del contrato es "no solamente los bienes que en el mismo se enumeran, sino una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas".

Los ordenamientos modificativos posteriores, como son la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1955 (art. 3) y el Decreto de 24 de diciembre de 1964, que establece el "Texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos" (artículo 3), actualmente vigente, no hacen más que reproducir este concepto del contrato de arrendamiento de industria, que la jurisprudencia viene confirmando continuamente (7).

Con la reforma legislativa del artículo 1.413 del Código civil, por la Ley de 24 de abril de 1958, al referirse a los "establecimientos mercantiles", ha de entenderse, según cree la mayor parte de nuestra doctrina (8), que también abarca la empresa, negocio o industria establecido y no solamente el local, por lo que ha de considerarse referido al arrendamiento de industria.

Desde el punto de vista teórico, la diferencia existente entre el contrato de arrendamiento de industria o negocio, y el contrato de arrendamiento de local de negocio resulta clara y evidente: mientras que para este último el contrato sólo tiene por objeto la mera entrega del disfrute del local, o de ciertos elementos materiales apropiados (determinadas cosas muebles, maquinaria, terrenos, instalaciones accesorias, aptas para el negocio que se va a estable-

(6) Resulta evidente que las sentencias del Tribunal Supremo reciben y aceptan la definición de empresa dada por el profesor GARRIGUES, *op. cit.*, p. 231. Además, véanse los comentarios a dichas sentencias de los profesores POLO, en "Revista de Derecho Privado", XXVII (1943), p. 319 y XXX (1946), página 563, y GIRÓN TENA, en "Revista de Derecho Mercantil" (1946) p. 475.

(7) SS. 16 marzo 1948, 24 mayo 1952, 29 abril 1953, 11 abril 1955, 12 junio 1967, 17 marzo 1970 y 29 diciembre 1971.

(8) Cfr. URÍA, *Derecho mercantil*, p. 26; DE LA CÁMARA, *El nuevo artículo 1.413 del Código civil*, en "Anuario de Derecho Civil", XIII-2 (1960), páginas 467 ss.; GÓMEZ PÉREZ, *Breves consideraciones sobre el concepto de establecimiento mercantil en el artículo 1.413 del Código civil*, en "Revista de Derecho Notarial" (1963), pp. 211 ss.; OLIVENCIA, *Los establecimientos mercantiles y el nuevo artículo 1.413 del Código civil*, en "Estudios del Centenario de la Ley del Notariado". IV (Madrid, 1963), pp. 163 ss.; SANCHO VELASCO, *La reforma del artículo 1.413 del Código civil ante la práctica notarial*, en "Problemas de aplicación del Derecho", I (Salamanca, 1963), pp. 3 ss.

(9) La Sentencia del 2 mayo 1964 concreta que es indiferente la condición de mueble o inmueble de las cosas que con el local se hubieran arrendado, bastando al efecto con que lo recibido por el arrendatario no sea el local escueto o desnudo, sino el local con elementos de cierta importancia aptos para

cer) (art. 3, número 2) (9), en el arrendamiento de industria su objeto es el traspaso de una unidad patrimonial con vida propia quien lo caracteriza, puesto que, además de recibir un complejo de elementos materiales (local, instalaciones accesorias, etc.) e inmateriales (derechos, marcas, nombre comercial, clientela, etc.) (10), recibe su organización con finalidad productiva, es decir, la finalidad por la que están unidos para una explotación determinada.

Sin embargo, en el terreno de la práctica, las dificultades de calificación de una y otra figura aumentan debido a la imprecisión o confusión que las partes reflejan en la redacción de sus contratos, o cuando entregan en el local ciertos enseres o accesorios, por lo cual, la jurisprudencia se ha visto, constantemente, a tener que decidir sobre los criterios distintivos que separan a ambas figuras contractuales (11). Es que, como han visto evidentemente CASTÁN y CALVILLO (12), la cuestión de la distinción entre el arrendamiento de industria y el arrendamiento de local de negocio, se trata fundamentalmente de una valoración interpretativa, por lo que serán los diversos condicionamientos de hecho y de derecho, así como las circunstancias concretas de cada caso, las que discriminarán la clase de contrato de que se trata.

En cuanto a los criterios de calificación que diferencian el arrendamiento de industria del de local de negocio, el Tribunal Supremo acude tanto a las presunciones como sucede para el caso de que el arrendatario continuare en el ejercicio de la actividad industrial o mercantil que con anterioridad al contrato hubiere venido desarrollando en el local el arrendatario o una tercera persona (S. 20 marzo 1950), o ya al propio nominalismo de las partes cuando emplean ciertos vocablos, como "industria", "taller", "negocio", que por lo general se trata de un arrendamiento de empresa (S. 3 junio 1950), si bien para otras denominaciones, como "fábrica", "establecimiento", puedan resultar equívocas, entendiéndose que deben ser referidos especialmente al arrendamiento del local que a la industria o comercio en él radicada (SS. 25 junio 1951 y 4 febrero 1953) (13). No obstante, según se puntualiza en otras sentencias, el arrendamiento de industria queda manifiesto por la unidad patrimonial de bienes (SS. 12 marzo, 24 mayo, 10 y 12 noviembre 1952), o la universalidad de elementos materiales aptos para el ejercicio en el local de una actividad industrial determinada, sin que la adición o sustitución de algunos por razón de utilidad o conveniencia pueda modificar el concepto de arrendamiento de industria (SS. 12 julio y 30 octubre 1952).

En la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos quedan distinguidas netamente tres figuras: a) el arrendamiento de local de negocio (art. 1); b) el

ser utilizados con la explotación del arrendamiento careciendo de trascendencia que el negocio o industria establecido en el local sea de nueva creación, pues lo que verdaderamente importa es que tal negocio o industria sea propio del arrendatario.

(10) Cfr. VALLE FUENTES, *Sobre la llamada "venta" de la clientela*, en "Revista de Derecho Privado" (1942), pp. 464 ss.

(11) V. S. 8 julio 1948, donde el Tribunal Supremo se atiene a los términos literales del contrato, cfr. GARCÍA VALDÉS, en "Revista de Derecho Procesal, IV-3 (1948), p. 506; PASCUAL SERRÉS, en "Revista Jurídica de Cataluña" (1949), p. 172 y (1950) p. 295.

(12) CASTÁN y CALVILLO, *op. cit.*, I, p. 199.

(13) Cfr. RODRÍGUEZ AGUILERA y PERÉ RALUY, *op. cit.*, p. 199.

arrendamiento de local de negocio con elementos apropiados para determinado negocio, ahora bien, sin componer una unidad de producción en marcha o de inmediata explotación (art. 3, número 2), y c) el arrendamiento de industria o negocio, también llamado de empresa (art. 3, número 1).

El arrendamiento de local de negocio se caracteriza, en definitiva, por la simple entrega del local para su uso y disfrute y, aunque en dicho arrendamiento puedan haber ciertas instalaciones o accesorios, no alteran ni deciden su naturaleza, porque, según ha manifestado la jurisprudencia (S. 11 mayo 1954), éstos permanecen “desarticulados e inertes”, es decir, ni constituyen, ni comprenden un complejo industrial (S. 6 febrero 1960).

Otra orientación interpretativa que ha dado la jurisprudencia para la distinción del arrendamiento de local de negocio del arrendamiento de industria es aquella por la cual el arrendatario sí aporta, a la empresa que explota sus actividades en el local, elementos “esenciales” para el funcionamiento de la misma, no resultará un propio arrendamiento de industria; en cambio, sí la aportación por parte del arrendatario es de elementos “no esenciales” (renovación de utillaje, maquinaria, accesorios, etc.), no obstará a que se trate de un arrendamiento de industria, como ocurre en la presente sentencia del 29 de diciembre de 1971 y como sucedió ya en otras anteriores (SS. 8 julio 1948, 21 abril 1949, 30 octubre 1951, 21 diciembre 1954, 20 junio y 22 noviembre 1955). Es, pues, un conjunto patrimonial organizado, capaz de un “negocio” (S. 21 abril 1961), o empresa, grande o pequeña, lo que caracteriza el contrato de arrendamiento de industria cuando el arrendador no se limita a una mera entrega del uso de unos elementos materiales e inmateriales desconectados entre sí.

3. EL ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA CINEMATOGRAFICA

Dado que el arrendamiento de industria, dice el artículo 3 número 1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, “queda excluido de esta Ley, rigiéndose por lo pactado y por lo dispuesto en la legislación civil, común o foral”, “no obstante lo dispuesto en el número 1”, añade el artículo 3, número 3, “el arrendamiento de la industria o negocio de espectáculos que en el 1 de enero de 1947 excediera de dos años de duración o que antes de la entrada en vigor de la presente Ley se haya celebrado por plazo igual o superior, que dará sujeto a las normas que esta Ley establece sobre prórroga obligatoria del arrendamiento del local de negocio, con las especialidades contenidas en el artículo 77, y a los particulares sobre la renta establecida en el artículo 104”

La explicación de esta excepción no es unánime para nuestros comentaristas. Mientras que algunos, como FERREIRO (14) y SOTO NIETO (15), creen que la Ley de Arrendamientos Urbanos, dentro de la referencia a establecimientos, comprendía la empresa, por lo que viene a continuar la trayectoria del Decreto de 1934, otros como UDAONDO (16), RODRÍGUEZ AGUILERA y PERÉ

(14) FERREIRO, *op. cit.*, p. 18.

(15) SOTO NIETO, *Supuestos de inclusión y exclusión en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*. Alcoy, 1956-1958, p. 454.

(16) UDAONDO, *op. cit.*, p. 393.

RALUY (17), entienden que, en realidad, la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946 modificó fundamentalmente el sistema anterior, ya que con anterioridad el arrendamiento de industria no se hallaba tutelado por la legislación especial. Además, se aducen razones de orden práctico de la misma industria de espectáculos, como sus dificultades para la distinción entre lo dispuesto por el artículo 3 número 2 y el número 3, la frecuencia e importancia económica de estos arrendamientos (a veces de industrias modestas), así como a la participación extraordinaria que el arrendatario tuvo y tiene en esta explotación.

Resulta así que en los arrendamientos de industria de espectáculos, entre los que se encuentran los cines o salas de proyección cinematográfica, su régimen jurídico puede ser mixto, al venir regidos tanto por la legislación común del Código civil (arts. 1.542-1.574 y 1.580-1.582), como por la legislación especial de arrendamientos (arts. 3, número 3, 77, 104 y disposición transitoria 13 de la LAU de 1964) (18).

Para que un contrato de arrendamiento de industria cinematográfica pueda aplicársele este régimen mixto tendrán que concurrir, pues, dos condicionamientos: que el contrato se haya celebrado antes del 1 de julio de 1964 y por un plazo de dos o más años, y que, en 1 de enero de 1947, el arrendamiento tuviere dos años de duración, bien fuera a causa de una prórroga legal, o ya sea por tácita reconducción.

En aquellos casos de arrendamientos de industria de remota contratación, continuada por diversas y sucesivas modificaciones en los que pueda ser difícil determinar cuándo se trata de uno o distintos contratos, si bien se mantengan en un único tracto, hay que hacer notar cómo el Tribunal Supremo se inclina por entender la continuidad de la situación arrendaticia a efectos de la aplicación del beneficio de prórroga forzosa (S. 29 enero 1953), siendo esencial la realidad de la posesión a través del tiempo de la industria arrendada (S. 21 noviembre 1950), si bien no puedan considerarse como un solo contrato dos arrendamientos sucesivos con solución de continuidad (S. 16 octubre 1956).

Cuando el contrato de arrendamiento de industria se celebre después de la vigencia de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 su régimen jurídico será el de libre autonomía para establecer la renta y con arreglo a las disposiciones del Código civil (19). Tal es el caso que se presenta en la sentencia

(17) RODRÍGUEZ AGUILERA y PERÉ RALUY, *op. cit.*, I, p. 203.

(18) Cfr. R, *Casinos, teatros y cinematógrafos. Locales destinados a establecimientos industriales y comerciales*, en "Revista General de Derecho", 1 (1944), pp. 3 ss.; PASCUAL NIETO, *El contrato de arrendamiento de salas de proyección cinematográfica*, en "Revista General de Derecho", 75 (1950), pp. 486 ss. y *El arrendamiento de locales destinados a espectáculos*, en "Pretor" (1950), pp. 448 ss.; L. DE E., *Arrendamiento de industria cinematográfica. Ambito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Comentarios*, en "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo", 64 (1953), pp. 89 ss.

(19) Cfr. CERRILLO, *Contratos excluidos de la legislación arrendaticia urbana*. Barcelona, s. a.; ARRUMI, *Necesidad de excluir del ámbito de la legislación especial arrendaticia determinados arrendamientos de local de negocio*, en "Revista Jurídica de Cataluña", 72 (1955), pp. 243 ss.; HERNÁNDEZ-GIL, *Arrendamiento de industria o negocio y arrendamiento de negocio de espectáculos*, en "Dictámenes", 1 (Madrid, 1968), p. 483.

que comentamos de 29 de diciembre de 1971, por celebrarse los contratos en el año 1964 y no estar condicionados por lo dispuesto en la legislación especial arrendaticia.

4. LA CLAUSULA DE ELEVACION DE LA RENTA EN FUNCION DEL VALOR DE LA PESETA

Por tratarse la presente Sentencia de 1971 de un caso en el que el contrato de arrendamiento de industria de espectáculos se rige exclusivamente por las normas dispuestas en el Código civil, sin que le afecte el beneficio de la prórroga forzosa, la cuestión de la renta también se rige por las normas del Derecho común, sin que se puedan aplicar las especialidades de la Ley de Arrendamientos Urbanos (art. 77) y las particularidades sobre la dicha renta (artículo 104 y Disposición transitoria 20), es decir, una posible revisión de la misma cada cinco años ante la Junta de Estimación.

Era lógico que si el arrendatario de una industria de espectáculos quedaba acogido al beneficio de la prórroga forzosa, el arrendador tuviese, al menos, la compensación de poder actualizar la renta del negocio alquilado, sobre todo ante un panorama tan acuciante como es el de las últimas décadas de fuerte presión inflacionista.

En cambio, para los arrendamientos de industria acogidos a la legislación común y en donde la fijación de la renta quedaba a la autonomía de la voluntad de las partes, ésta podrá adquirir el volumen correspondiente a las propias exigencias de las partes contratantes. Entre estas exigencias se encuentran las cláusulas protectoras de las alteraciones monetarias, donde se pacta la revisión o aumento de la renta a fin de mantener el nivel adecuado durante su vigencia. Las cláusulas son la reacción natural de los privados ante la conciencia y el reconocimiento de la inflación de la peseta, que se hace cada vez más patente, vulgarizándose y extendiéndose cada día con mayor amplitud entre la masa de acreedores y deudores.

Debido a esta situación, en las relaciones obligatorias cada vez se va haciendo más frecuente entre las partes el acudir a estos medios de defensa privados frente a ese desmenuamiento del poder adquisitivo de nuestra moneda de curso legal, tratando de paliar tan adverso resultado mediante el empleo de cláusulas revisoras o cláusulas de estabilización del precio o renta para aquellos contratos que por su tracto sucesivo han de cumplirse en un período más o menos largo de tiempo.

El empleo de cláusulas revisoras de la renta, como son las cláusulas de estabilización, fue de los primeros recursos a que acudieron los contratantes para hacer frente a las alteraciones monetarias dentro de aquel estrecho ámbito de autonomía que el marco legal les permitía en materia de arrendamientos. Sin embargo, para los contratos donde la tasa del precio o el bloqueo de la renta eran preceptivos, las cláusulas caían en la nulidad por su oposición a las normas imperativas; no obstante, una vez que se permite la excepción al beneficio de la renta legal para los locales de negocio, cupo su

renuncia (expresa o tácita) por el acuerdo de dichas cláusulas estabilizadoras (art. 11 de la LAU 1946).

Como sabemos, las cláusulas de estabilización logran mantener, al menos relativamente, un cierto poder adquisitivo del precio, renta o merced pecuniaria que en los contratos ha de entregarse por el deudor, mediante la relación de equivalencia en que se pone la suma inicial del precio o renta del contrato en pesetas con el valor actual o precio de un índice económico, bien sea un metal (oro, plata, etc.), un producto natural o manufacturado (trigo, aceite, algodón, etc.), el índice del nivel medio de vida (señalado oficialmente), o del propio dinero (moneda nacional o extranjera), obteniéndose una nueva suma para la renta en la fecha señalada por las partes. De este modo, ante las alteraciones que vaya sufriendo el valor de la moneda de curso legal, debido a una desvalorización o revalorización, o bien por una depreciación, a causa de la inflación, se reflejarán en los precios de los índices económicos en contraste con el valor nominal o estacionario de dicha moneda. La diferencia de precios, entre el legal de la moneda y el alcanzado por los índices, nos dará la proporción en que subirá o bajará la cuantía de la renta.

Ha sido una cuestión debatida, tanto por nuestra doctrina (20) como por la jurisprudencia (21), la validez y el alcance de las cláusulas de estabilización, bien por lo que se refiere a sus concretas modalidades (cláusulas "oro o plata", "valor oro y valor plata", cláusula "moneda extranjera", "valor moneda extranjera" y cláusulas "de escala móvil"), como por lo que a su ámbito de aplicación atañe (dentro de la legislación común y de la legislación especial), alcanzando su desaprobación e invalidez (22), o bien concluyendo su admisión y eficacia (23), una vez que el legislador les reconoce su admisión explícita o tácita (24).

Mientras que en el ámbito del Derecho positivo común los problemas de la validez de las cláusulas estabilizadoras se planteaban frente a las disposi-

(20) En materia de contratos de arrendamiento urbano, véanse las opiniones de la doctrina que ya tenemos recogida en: *Los arrendamientos con cláusulas de escala móvil*, en "Anuario de Derecho Civil", VIII-1 (1955), páginas 89 ss.; SOTO NIETO, *Aspectos económicos de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*, II (Alcoy, 1959), pp. 155 ss.; SÁNCHEZ FABA, *La cláusula de estabilización de rentas en el arrendamiento urbano*, en "Revista de Derecho Español y Americano", 24 (1960), pp. 429 ss.; SELFA PEDRÓS, *Cláusulas de estabilización y variabilidad periódica sobre la renta en los arrendamientos urbanos. Su nulidad*, en "Revista General de Derecho", 236 (1964), pp. 362 ss.; BONET CORREA, *La legislación de arrendamientos urbanos y las cláusulas de estabilización de la renta*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 220-2 (1966), pp. 213 ss.; SOTO NIETO, *Las cláusulas de estabilización y el contrato arrendaticio urbano*, en "Derecho vivo. Jurisprudencia comentada", I (Madrid, 1970), pp. 397 ss.

(21) Por lo que afecta a las diferentes figuras contractuales, cfr. SS. 23 diciembre 1942, 2 marzo y 3 julio 1943, 4 julio 1944, 12 marzo y 23 noviembre 1946, 4 enero 1951, Resoluciones 3 y 4 marzo 1952, 6 junio 1959 31 octubre y 18 noviembre 1960, 22 diciembre 1961, 31 octubre 1962, 6 abril 1963 y 22 noviembre 1966.

(22) En cuanto a los contratos de arrendamiento urbano, cfr. SS. 13 noviembre 1952, 25 enero 1955 y 3 marzo 1962.

(23) SS. 28 noviembre 1957, 31 enero 1962, 17 junio y 30 octubre 1964, 19 diciembre 1966, 8 febrero 1967 y 26 noviembre 1968.

(24) Reglamento Hipotecario (art. 219, párrafo tercero), según la reforma

ciones de derecho imperativo o necesario del ordenamiento de la administración económica del Estado (orden público, carácter dispositivo y rango de las normas), en el campo de la legislación especial, como la arrendaticia urbana, se invocaban concretamente los beneficios concedidos normativamente (irrenunciabilidad a la prórroga, bloqueo de la renta, establecimiento de una legal, etcétera), para declarar incompatibles e ilícitas dichas cláusulas hasta que tales beneficios fueron posibles limitarlos a través del consentimiento de una posible renuncia, según ocurrió para la renta de los arrendamientos de locales de negocio y, actualmente, para los de vivienda.

Sin embargo, y a pesar del reconocimiento explícito del ordenamiento especial arrendaticio para contratar libremente la renta de una vivienda o local de negocio, a partir de la vigencia de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 (art. 97), o para revisar la renta cada dos años de los contratos que estuvieran en período de prórroga legal, aplicando el índice ponderado de las variaciones del coste de la vida fijado por la Dirección General de Estadística o, también, para revisar la renta, si las partes "hubieran convenido de modo expreso otro sistema de actualización" (art. 100, número 1, *in fine*), es decir, el de las cláusulas de estabilización, se plantea el problema concreto de que aquella renta libremente pactada imposibilite prácticamente (por su elevada cuantía y onerosidad para el arrendatario) el beneficio de la prórroga forzosa (artículo 6, números 1 y 2).

El Tribunal Supremo ha puesto de relieve insistentemente la importancia práctica de esta relación indirecta entre el beneficio de la prórroga para el arrendatario y de su imposibilidad de hecho como consecuencia de haberse pactado una renta exorbitante y exagerada, por lo que dejaría de ser una renta justa.

Ahora bien, una vez que se vuelve a implantar en la legislación especial de arrendamientos urbanos el principio de la autonomía de la voluntad para el establecimiento de la renta, pudiéndose pactar la revisión de la misma o establecer su elevación durante el tiempo de su vigencia, las cláusulas de estabilización dejan de tener un interés práctico y de adecuación de la renta, sobre todo cuando las partes prefieren revisar sus contratos no según el aleas o variación (en alza o en baja) de un índice oficial, sino en función de un porcentaje conocido de aumento.

De aquí que, en estos últimos años, asistamos a ver con más frecuencia en los arrendamientos, sobre todo de locales de negocio, y ahora en un arrendamiento de industria, la aparición de simples cláusulas contractuales de elevación de renta, las cuales nada tienen que ver con las cláusulas de estabilización, según tiene declarado el propio Tribunal Supremo (25).

del Decreto de 17 de marzo de 1959. Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 (art. 100, párrafo primero, *in fine*).

(25) El Tribunal Supremo distingue las cláusulas de estabilización de las meras cláusulas de elevación de renta para los contratos de arrendamiento de locales de negocio. Estas últimas, al hacer imposible la prórroga forzosa por su elevado coste y ser unilaterales fueron declaradas nulas, para la legislación anterior. Cfr. SS. 23 febrero 1963, 1 abril 1965, 2 febrero 1966, 7 febrero 1970 y 24 junio 1971.

Una cláusula de elevación de renta es, también, la que presenta el caso concreto de la actual Sentencia de 29 de diciembre de 1971, donde las partes estipularon “la posibilidad de la revisión de la renta a partir del tercer año, aumentándola en relación con la depreciación que hubiera tenido la peseta, según los módulos que fije el Instituto Nacional de Estadística”. A pesar de elegir el índice de depreciación de la peseta como módulo para la variación de la renta no se trata de una cláusula de estabilización, como quiso entender para este caso el propio Juzgado de Primera Instancia, puesto que no está puesta en función del aleas de subida o bajada de la renta, sino tan sólo en cuanto pueda suponer su aumento.

En vista de que el contrato de arrendamiento de industria se rige por la legislación común, siendo posible válidamente pactar con libertad la renta conforme a los preceptos generales de contratación (art. 1.255 Código civil) y particulares sobre la renta en los arrendamientos (art. 1.555 Código civil), la cláusula de elevación de renta tendrá eficacia plena, tal como ha reconocido precisamente nuestro Tribunal Supremo al decir que dichos pactos no son contrarios a la moral, ni provocan la ruptura del equilibrio de las prestaciones estipuladas por los contratantes.

JOSÉ BONET CORREA

II SENTENCIAS

A cargo de
Juan José BERNAL - QUIROS, Gabriel
GARCIA CANTERO, José PERÉ RALUY y
Ricardo RUIZ SERRAMALEDA

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. BIENES DE DOMINIO PÚBLICO: *La aplicación del artículo 339, 2.º del Código civil requiere probar dos presupuestos: que el inmueble es de dominio privado del Estado, y que ha venido siendo dedicado por él al servicio de la defensa del territorio.*

PRUEBA DEL DOMINIO: NO INCLUSIÓN DE UN BIEN DEL MUNICIPIO EN EL INVENTARIO DE LOS ARTÍCULOS 200 L. R. L. Y 16 REGLAMENTO DE BIENES DE ENTIDADES LOCALES: *La no inclusión por el Ayuntamiento de un inmueble en su Inventario de Bienes Municipales no prejuzga lo más mínimo la cuestión de su dominio, ni mucho menos constituye demostración alguna del dominio del Estado. (Sentencia de 28 de enero de 1971; desestimatoria.)*

2. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: BUENA FE: *El criterio de tutela de la buena fe y de condena de la mala, integra un principio general y supremo, imperante no sólo en el ámbito del Derecho, sino que forma parte entrañable de nuestro auténtico espíritu nacional, y, dentro de la esfera contractual de aquel ámbito, manifiesta su vigor tanto en la fase de consumación del contrato como en la previa de interpretación de las concordes declaraciones de voluntad de las partes.*

COSA JUZGADA: *No concurren en el presente caso las identidades del artículo 1.252 del Código civil, porque en cuanto a las personas, es distinta la del demandante en uno y otro proceso, sin que se den las excepciones especificadas en el tercer párrafo de dicho artículo ni las circunstancias que en ciertos supuestos permiten sustituir el requisito de la identificación física personal por la llamada identidad jurídica; en cuanto a las «cosas» sobre las que recaen las respectivas pretensiones, son también distintas, pues diversos son los créditos de uno y otro demandante, aunque el deudor fuere el mismo y semejantes las circunstancias de su nacimiento y algunas de las medidas extrajudiciales adoptadas para tratar de asegurar su eficacia; y en último término, porque la viabilidad de la causa de pedir de la pretensión rechazada en el primero de los juicios referidos se hallaba afectada por la existencia de una transacción que en el presente no juega el más mínimo papel. (Sentencia de 4 de febrero de 1972; no ha lugar.)*

3. ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO: NO EJERCICIO DE DERECHO DE REPERCUSIÓN DE INCREMENTOS: *No puede estimarse violado el principio de derecho que sanciona el enriquecimiento injusto, toda vez que el arrendador pudo y debió, de estimarlo oportuno, proceder a repercutir los aumentos legales de renta, autorizados para los locales de negocio, sin que, en forma alguna, el no ejercicio por su parte del derecho que le asistía pueda tener cabida dentro de la institución del enriquecimiento injusto.*

INJUSTICIA NOTORIA: IMPUGNACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *Es necesario alegar la infracción del precepto del Código civil relativo a la interpretación de los contratos cuando se combate la interpretación que de los mismos haya realizado el Tribunal «a quo». (Sentencia de 17 de diciembre de 1971; no ha lugar.)*

4. DISTINCIÓN ENTRE NULIDAD ABSOLUTA Y NULIDAD RELATIVA: *La nulidad absoluta se origina en los contratos «inexistentes» que son a los que falta alguno de los requisitos del artículo 1.261 del Código civil, o bien aquellos que violen algún precepto legal prohibitivo; la relativa implica la inexistencia de un vicio del consentimiento o una incapacidad establecida con carácter de protección legal. La nulidad absoluta es aquella en la que se cumple el principio «quod nullum est, nullum producit effectum», y la relativa admite la posibilidad de confirmación. Cuando el artículo 1.313 del Código civil dice que la confirmación purifica el contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración, hay que entender que tal «momento» no es el de celebración del contrato primitivo sino el de su confirmación. Si en el acto de confirmación de un contrato afecto de nulidad relativa se señala el plazo de duración del contrato «a partir de la fecha de hoy», será la fecha del acto de confirmación y no la inicial del contrato la que determinará la iniciación del plazo.*

INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULA ARRENDATICIA SOBRE FACULTAD DE SUBARRIENDO O TRASPASO: *La cláusula en la que se dice que «si por necesidades de la industria arrendada, se viera obligado —el arrendatario— a trasladarse a otros locales y por consiguiente a abandonar la totalidad o parte de los que actualmente ocupa, podrá subarrendar o traspasar los que no le interesen, por un periodo no superior a la duración del contrato, teniendo el arrendador derecho a opción a hacerse cargo de ellos, en igualdad o mejoría de condiciones», no establece una prueba previa de la necesidad que fija, que requiera el consentimiento y concurso de ambas partes, sino algo que se encomienda a la apreciación del propio arrendatario y que puede impugnar el arrendador de no admitirse tal determinación. (Sentencia de 1 de diciembre de 1971; no ha lugar.)*

II. Derechos reales.

1. INEXISTENCIA DE CONTRATO: POSESIÓN SIN TÍTULO: PRECARIO: *La prueba ha demostrado que la única relación trabada entre las partes sólo inició unas gestiones negociales dirigidas a la conclusión de un nuevo con-*

venio con las estructuras básicas de una sociedad o de un arrendamiento, ni siquiera esbozadas en la promesa, y sujetas por tanto a una nueva declaración de voluntad, que no se produjo y dejó sin base el precontrato, y sin exteriorización alguna de los dos contratos en que se optaba, por lo cual ha de estimarse que por no haber seguido las gestiones para que alguno de los dos contratos resultare existente, la situación en que quedó el recurrente en la finca fue la de un detentador sin título alguno, por lo que la sentencia, con perfecta adaptación a lo pedido, así lo declara y acuerda su lanzamiento

CONGRUENCIA: *Es reiterada la doctrina de esta Sala de que no se han de expresar las mismas palabras para la congruencia, bastando con que las pretensiones y las decisiones coincidan en su esencia; en el caso debatido no hay motivo alguno de discrepancia, pues igual es ocupar sin causa contractual y sin merced, que ocupar sin título y gratuitamente. (Sentencia de 29 de octubre de 1971; no ha lugar.)*

NOTA: Entre las partes hubo anteriormente un proceso sobre la titularidad del usufructo vitalicio que detenta la actora sobre la finca de autos, quedando resuelto a favor de ésta. Posteriormente, el demandado hizo a la actora la promesa de establecer una sociedad con ella para la explotación de un bar en los bajos de la casa, logrando entrar en posesión de los mismos sin haber formalizado tal contrato, ni siquiera el de arrendamiento que ulteriormente prometió asimismo; también ocupó la parte alta de la casa para instalar su vivienda en ella, expulsando de la misma a la usufructuaria. No abona renta ni contraprestación de ninguna clase por tales ocupaciones. Es de observar que la actora no interpone una acción de desahucio por precario, sino un declarativo con petición de desalojo. Ello parece correcto supuesta la necesidad de pronunciarse sobre las relaciones negociales que previamente existieron entre las partes. La sentencia del Tribunal Supremo las califica de doble precontrato, de sociedad y de arrendamiento, que por ser incompatibles entre sí, exigirían una opción, que no fue realizada. Sin embargo, con los datos obrantes en la sentencia, tal calificación parece excesiva, y mas bien puede hablarse de tratos preliminares abusivamente utilizados por una de las partes. En todo caso, el resultado final merece ser aprobado plenamente.

2. ACCESIÓN INDUSTRIAL; ACCIÓN OPORTUNA: *Producido un fenómeno de accesión industrial no puede dilucidarse procesalmente con el simple ejercicio de una acción reivindicatoria.*

PRINCIPIO DE PRECLUSIÓN: *Este principio, también llamado de eventualidad, divide el proceso en fases, de manera que determinados actos deben realizarse en determinados periodos, fuera de los cuales no pueden ya ejercitarse.*

CUESTIONES NUEVAS: *Lo es pretender, en casación, demostrar que unas construcciones fueron realizadas por el demandante, cuando en la demanda y réplica se sostenían que lo fueron subrepticamente por el demandado.*

Y también merecería esa calificación, si es que no hubiera sido planteada y resuelta oficiosamente por la Sala de instancia, la cuestión, no debatida en su momento por las partes, sobre el carácter provisional o definitivo de tales construcciones.

DEFECTOS PROCESALES DEL RECURSO: *Lo son: 1) omitir el concepto en que se suponen infringidos los preceptos que se invocan; 2) alegar al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que la sentencia impugnada desatiende importantes elementos «de facto» que obran en autos; 3) denunciar una infracción de las Ordenanzas Municipales sin especificar los preceptos de las mismas que se reputan infringidos. (Sentencia de 18 de febrero de 1971; desestimatoria.)*

3. CONSTRUCCIÓN EXTRALIMITADA DE BUENA FE: COSAS PRINCIPAL Y ACESORIA: ACESIÓN INVERTIDA: PRECIO A PAGAR EN TAL CASO: *Cuando parte de una edificación se ha construido con buena fe sobre un terreno ajeno, y aquélla es indivisible, siendo su valor superior al del terreno invadido, se impone atribuir la calidad de principal al edificio y reconocer al edificante el derecho a adquirir la parte del terreno invadido mediante el pago de su precio, en el que ha de comprenderse no sólo el estricto valor del terreno ocupado, sino también el perjuicio que la merma de éste suponga para el resto del terreno que le quede al dueño del suelo invadido.*

INCONGRUENCIA: *Incurrir en ella la sentencia que se plantea un problema razonando cuál es su solución procedente, y no traslada su necesaria consecuencia a la parte dispositiva de la sentencia, faltando al mandato imperativo de resolver definitivamente las cuestiones debatidas establecido en los artículos 359 y 361 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Sentencia de 26 de febrero de 1971; estimatoria.)*

NOTA: Esta Sentencia resuelve el problema de la construcción extralimitada de buena fe en el sentido que preconizara De la Plaza (vid. M. DE LA PLAZA, *Construcciones sobre suelo ajeno*, «Revista de Derecho Privado», 1947, tomo XXXI, págs. 439 a 448).

El Tribunal Supremo en el presente caso, ponderando los intereses en juego (construcción indivisible de valor superior al terreno invadido), basa su fallo en que la solución acogida es «doctrina legal» autorizada «desde la Sentencia de 30 de junio de 1923» (segunda sentencia dictada tras casar la de instancia). En efecto, tal solución aparece acogida en dicha sentencia de 30 de junio de 1923 y en la de 31 de mayo de 1949, e incidentalmente, en la de 17 de junio de 1961. Pero es la sentencia de 31 de mayo de 1949 donde con mayor nitidez aparece delimitado el problema, y la fuente del derecho aplicable en nuestro ordenamiento para su solución, pues la sentencia de 30 de junio de 1923 basa su fallo, desestimatorio del recurso de casación, en que el dueño del suelo invadido había solicitado, en la ampliación de la demanda, «siquiera fuera en forma alternativa», que el edificante fuera condenado a indemnizarle el valor del suelo invadido, por lo que el Tribunal Supremo estima que la sentencia de instancia condenando a dicha indemnización se halla dentro de los términos de la opción consagrada en el artículo 361 del Código civil, como derecho del dueño del suelo. Y la sentencia de 17 de junio de 1961 ni razona la solución que tratamos ni la aplica, por no ser aplicable al caso controvertido. En cambio, la sentencia de 31 de mayo de 1949 (recogida en L. DÍEZ PICAZO, *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Madrid, 1969, vol. 2, pág. 135, N.º 264; también hay eco de ella en V. DE TENA Y MARTÍN, *Protección del derecho de accesión en el Registro de la Propiedad*, «Información Jurídica», julio-agosto 1952, páginas 678 y 679, y en G. CÁNOVAS COUTIÑO, *La accesión y el Registro de la Propiedad*, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1952, pág. 903), re-

conociendo que el supuesto de la construcción extralimitada de buena fe carece de regulación por la ley (no le es aplicable el artículo 361 del Código civil), y la costumbre, acude a los principios generales del Derecho en su función de fuente, aplicando, tras la adecuada ponderación de los intereses en conflicto, el principio «lo accesorio cede a lo principal», que es lo mismo que, en el fondo, hace la sentencia ahora comentada.

Pero esta sentencia que comentamos no deja de contener algunas novedades interesantes. Así la construcción extralimitada consistía en un edificio de una superficie total en planta de 99 metros cuadrados, de los que 53 metros 35 centímetros cuadrados, es decir, más de la mitad del edificio, se hallaban asentados sobre suelo ajeno. Y aunque los criterios cuantitativos muchas veces no son suficientes en Derecho para alterar cualitativamente las situaciones jurídicas, es indudable el concepto amplio de la construcción extralimitada que resulta de esta sentencia.

Otra novedad de esta sentencia es la determinación del precio a pagar por el edificante, por el suelo ajeno invadido, «en el de que ha de comprenderse no sólo el estricto valor del terreno ocupado, sino también el perjuicio que la merma de éste suponga para el resto que le quede al dueño del suelo invadido». Este elemento del perjuicio que suponga la merma se añade al valor estricto del terreno invadido «a fin de atender adecuadamente al principio de justicia equitativa que imprime carácter al instituto jurídico de la accesión invertida», e implica una acertada aplicación de la equidad al caso concreto, en el que el terreno invadido representaba algo más de una tercera parte de la superficie útil para la construcción del solar ajeno, según datos de la demanda. Esta realidad económica subyacente ha exigido que se tenga en cuenta ese valor añadido del perjuicio, que, seguramente, se entendió inexistente en las sentencias de 30 de junio de 1923 (ocupación de parcela sobrante de vía pública), y 31 de mayo de 1949 (invasión para fines urbanos de una pequeña porción de una gran finca rústica).

4. EDIFICACIÓN, EN SUELO AJENO, DE MALA FE: OBLIGACIÓN DE ABONAR EL PRECIO DEL TERRENO: *Declarado probado que el recurrente ha construido un edificio de seis plantas, a cuyo efecto ocupó, además del solar de su propiedad, una franja de terreno de 49,20 metros cuadrados que pertenece al actor, lo que hizo de mala fe, a sabiendas de que tal franja de terreno no le pertenecía, procede la condena a abonar el precio del terreno. (Sentencia de 28 de octubre de 1971; no ha lugar.)*

NOTA: El suplico de la demanda, además de una serie de peticiones de carácter registral, y de declaraciones de propiedad sobre la parcela ocupada, contenía alternativamente la petición de devolución de la misma o de abono de su precio, al mismo tiempo que una indemnización de tres millones de pesetas por perjuicios de tipo urbanístico. La sentencia deniega esta última, y acoge la condena al pago del precio, sin que conste que el demandante optara por ésta en algún momento del pleito. La sentencia incide así en uno de los temas polémicos en materia de accesión de mueble a inmueble. En efecto, los artículos 362 y 363 que contemplan el caso de accesión por construcción realizada de mala fe guardan silencio acerca del derecho del dueño del terreno a obligar al constructor a que le pague su precio. En la doctrina CASTÁN, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, 10.ª edición, II - 1.º (Madrid, 1964), páginas 256 y siguientes, acoge la opinión de Sánchez Román favorable a la concesión de aquel derecho al dueño del terreno para que exista igualdad de tratamiento con el caso de buena fe por parte del que edifica. Sin embargo, ALBALADEJO, *Instituciones de Derecho Civil*, II (Barcelona, 1964), página 193, sostiene la opinión contraria: «En el de mala fe del incorporante, la Ley protege totalmente al dueño del terreno, dándole la posibilidad de que se quede gratis lo incorporado a éste o de que le dejen aquél tal cual estaba antes de la incorporación. No parece, pues, que se le

deba además, permitir que fuerce al otro a una compra o un arrendamiento del terreno que ni la ley le concede en especial ni tampoco puede ser paliativo del perjuicio que le ocasionaron, ya que éste lo suprime con la reposición de las cosas al antiguo estado, sino que más bien parece algo incongruente con la subsanación de aquél, pero que le permitiría, por ejemplo, aprovechar la coyuntura para librarse de un terreno de difícil venta». Es lástima que la sentencia no razone la interpretación que implícitamente admite de los artículos 362 y 363, los cuales encuentran una aplicación mucho más frecuente que la que presumiblemente imaginaron los redactores del Código civil.

5. COMUNIDAD DE BIENES: LEGITIMACIÓN DE LOS COMUNEROS PARA EJERCITAR ACCIONES EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD: *La doctrina jurisprudencial con reiteración viene proclamando que cualquiera de los partícipes en un derecho puede comparecer en juicio en asuntos que afectan a la comunidad ya para ejercitar derechos ya para defenderlos, si bien la resolución que recaiga no perjudicará a los demás partícipes si fuese adversa, aprovechándoles, en cambio, si fuese favorable. En los juicios de desahucio debe presumirse que el comunero actúa en beneficio de la comunidad y no «uti singulis», aunque no lo haga constar de manera expresa.*

RESOLUCIÓN POR TRASPASO: TRANSMISIÓN POR ACTO PARTICIONAL TILDADO DE IRREGULAR: *Para negar al acto particional invocado, la eficaz transmisión al demandado, del local de autos, sería necesario que se hubiese acreditado que la partición fue anulada en legal forma y dejada sin efecto.*

INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: CONFESIÓN: *Es inatinerente la confesión judicial para evidenciar el error en la apreciación de la prueba porque tal error únicamente se puede demostrar con pruebas documentales o periciales que merezcan esos calificativos en sentido estricto, y la confesión judicial aunque se haya documentado por el Secretario no constituye verdadera prueba documental a efectos de injusticia notoria. (Sentencia de 10 de diciembre de 1971; no ha lugar.)*

6. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: TRASPASO INCONSENTIDO: PRESUNCIONES: *Debe entenderse como presunción de un traspaso inconsciente ciertos hechos como son la constancia de cuentas indistintas en los Bancos del arrendatario y un tercero, que se dice ser sólo empleado del negocio, y el hacer la propaganda del local arrendado, no a nombre del arrendatario, sino de ambos, ya que ante la dificultad de probar plenamente hechos que por su carácter oculto escapan a dicha posibilidad, la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo (sentencias de 21 de septiembre de 1959, 21 de mayo de 1960, y 3 y 25 de marzo de 1965, entre otras muchas), tiene declarado que basta con que se deduzca de un juicio lógico, partiendo de circunstancias reales acreditadas, sin que sea preciso puntualizar la naturaleza jurídica del acto que la origine, sino sólo que el traspaso ha nacido al margen de las formalidades legales.*

COMUNIDAD DE BIENES: LEGITIMACIÓN ACTIVA: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: *Una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, en torno a la aplicación del artículo 392 del Código civil, proclama que, en las casas de comunidad de bienes, puede cualquiera de los partícipes ejercitar*

las acciones conducentes a la defensa de los derechos de la Comunidad, entre ellos, por supuesto, la de resolución del contrato de arrendamiento sobre finca urbana. (Sentencias de 13 de diciembre de 1949 y 8 de mayo de 1950.)

PRESUNCIONES DEDUCIDAS POR LA INSTANCIA: CASACIÓN: *No son impugnables en casación las presunciones deducidas por la instancia de hechos ciertos, a menos que conduzcan a consecuencias desproporcionadas por falta de enlace lógico (sentencias de 22 de febrero de 1943, 6 de mayo de 1950 y 8 de marzo de 1958, entre otras muchas). (Sentencia de 20 de enero de 1972; no ha lugar.)*

7. DIVISIÓN DE COSA EN COPROPIEDAD: SU NATURALEZA: *Mediante la división de la cosa común, el derecho de cada condueño, limitado, por concurrir con otros, sobre la totalidad de la cosa, se transforma en derecho pleno y exclusivo de propiedad sobre una parte de ella.*

DIVISIÓN JUDICIAL: PRUEBA PERICIAL: EQUIVALENCIA DE LOTES: *La prueba pericial es de la libre apreciación del juzgador de instancia, y éste estableció la equivalencia en los lotes de pisos, formados para la división del edificio entre sus condueños, basándose no sólo en el dictamen pericial, sino también en las cuotas que a cada piso fijaron los condueños en la escritura de constitución del régimen de propiedad horizontal, y en la distinta situación de los pisos. (Sentencia de 19 de diciembre de 1970; desestimatoria.)*

8. MINAS: SUS ACCESIONES: *Las accesiones de una mina se limitan a los frutos y productos que de ellas deriven y a las obras realizadas en su interior, excluyéndose, por imponerlo el artículo 353 del Código civil, las construidas en el suelo —propiedad de persona distinta del titular de aquélla—, en que la mina esté enclavada.*

INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 40 DE LA VIGENTE LEY DE MINAS Y 134 DE SU REGLAMENTO: *La ocupación de la superficie que dichos artículos autorizan al concesionario de una mina para su adecuada explotación, no es necesario que la haga en concepto de dueño, sino que puede hacerlo en otra forma que acuerde con el propietario de tal superficie, como puede ser el arrendamiento.*

LÍMITES DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIA: *Como la devolución de las edificaciones de que se trata no fue objeto de discusión ni de prueba en el pleito principal, la restitución impuesta en su ejecutoria no puede entenderse extensiva a aquéllas. (Sentencia de 15 de abril de 1971; desestimatoria.)*

9. AGUAS: CIERRE DE POZOS QUE PERJUDICAN DERECHOS ADQUIRIDOS: CUÁNDO PROCEDE: *El cierre de tales pozos es una medida extrema, no establecida preceptivamente por la Ley, que podrá ser aplicada cuando sea indispensable para salvaguardar el derecho perjudicado, pero nunca cuando, adoptando otras medidas, es posible la convivencia de ambos derechos sin necesidad de sacrificar uno de ellos en aras del preexistente.*

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS EXTRA CONTRACTUALES: PRUEBA DEL DAÑO: *Para reclamar esta indemnización es necesario justificar los daños y perjuicios en cuya virtud se reclama.*

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: SUS REQUISITOS: *Una sentencia, por lo que tiene de aislada e individual no es susceptible de constituir doctrina legal.*

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: Lo son: 1) *Alegar infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin precisar cuál de entre los tres conceptos de infracción que se indican en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es el que se entiende cometido.* 2) *Y alegar infracción del artículo 1.253 del Código civil por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues, al referirse aquel precepto a la deducción o juicio propiamente de derecho, su infracción ha de denunciarse por la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Sentencia de 28 de abril de 1971; desestimatoria.)*

NOTA: La sentencia emplea el término doctrina legal refiriéndose a la doctrina jurisprudencial. Ni una ni varias sentencias pueden «constituir» doctrina legal, sino sólo recoger, contener, reconocer, autorizar, etc., doctrina legal. (Vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, tomo I, 3.ª ed., Madrid, 1955, pág. 561; y *Compendio de Derecho Civil*, 5.ª edición, Madrid, 1970, página 114).

En cuanto al defecto formal del recurso reseñado bajo el apartado 1), es de señalar que la infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no se había alegado al amparo del número 1.º, sino del número 2.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (incongruencia).

10. USUCAPIÓN DE AGUAS: INAPLICABLE CUANDO EL DERECHO AL APROVECHAMIENTO NACE DE CONTRATO: *No cabe la aplicación del artículo 409, 2.º, del Código civil, cuando el uso de las aguas se adquirió a virtud de un pacto, para los menesteres en él especificados, con la extensión que en él se configura, y sólo para el caso que en él se señala.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: POSIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACIÓN: *Aunque por regla general la interpretación de los contratos se ha considerado función privativa de los Tribunales de instancia, también numerosas sentencias admiten que puede combatirse en casación cuando es inadecuada. (Sentencia de 21 de enero de 1971; estimatoria.)*

NOTA: Esta sentencia, en lo que se refiere a la interpretación de los contratos, recoge un criterio jurisprudencial que hoy puede considerarse ya tradicional. Si acaso pudiera verse en ella una pequeña ampliación o mayor flexibilidad de dicho criterio, al decir simplemente que puede recurrirse en casación contra la interpretación de los contratos hecha por los Tribunales de instancia cuando aquélla es «inadecuada», frente a sentencias anteriores que exigían que fuese «evidentemente errónea» (sentencias de 23 de febrero de 1912, 27 de noviembre de 1923, etc.), o «notoriamente ilógica o desorbitada» (sentencias de 31 de octubre y 14 de noviembre de 1963). Además, tácitamente acoge otro criterio jurisprudencial ya sentado, a saber, que la infracción de las reglas legales sobre interpretación de los contratos es impugnable en casación al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la

Ley de Enjuiciamiento Civil, mientras que las cuestiones de hecho que sirvan de base a esa interpretación han de impugnarse al amparo del número 7.º de dicho artículo (sentencias de 12 de julio de 1946, 20 de marzo de 1947, etc.). En efecto, la sentencia que comentamos admite el motivo del recurso que, correctamente, denuncia infracción de ley por no aplicación (confr. sentencias de 2 de noviembre de 1943, 13 de enero de 1944, 8 de enero de 1946, etcétera; también F. DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, página 81, párrafo 103), del artículo 1.281 del Código civil al interpretar como forzoso lo que se estipulaba como facultativo.

11. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: PRESUNCIÓN DE VERACIDAD DEL REGISTRO: TITULARES REGISTRALES PROTEGIDOS POR DICHA PRESUNCIÓN: *No es cierto que el párrafo 1.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria solamente otorgue una especial protección a los terceros protegidos por la fe pública registral.*

NULIDAD FORMAL DE UN ASIENTO DE INMATRICULACIÓN REALIZADO CONFORME AL ARTÍCULO 206 DE LA L. H.: DEFECTO FORMAL DEL RECURSO: *No cabe examinar la nulidad de tal inscripción por no expresarse en ella el servicio público u objeto a que estuviera destinada la finca ni el título o modo de su adquisición, pues los artículos 33 y 206 de la Ley Hipotecaria en relación con los 303 y 304 de su Reglamento, invocados como infringidos, no se refieren concretamente a las circunstancias esenciales de la inscripción y a la nulidad de ésta por omisión de aquéllas.*

CUESTIONES NUEVAS: *Lo son, por no haber sido debatidas en el pleito las relativas a si el título formal que sirvió para la inmatriculación merece la consideración jurídica de «certificación»; si era competente para expedirla quien lo hizo; si contenía todos los datos exigidos por la Ley y Reglamento Hipotecarios; o si dicha finca no era inmatriculable por destinarse a una actividad del culto católico. (Sentencia de 23 de febrero de 1971; desestimatoria.)*

NOTA: Correcta la aplicación que esta sentencia hace de la presunción de exactitud o veracidad del Registro de la Propiedad en favor de todo titular registral (en el caso presente se trataba de un inmatriculante). En efecto, dicha presunción no es sino una de las manifestaciones del principio de legitimación registral, el cual actúa en favor de todo titular registral (arts. 1, párrafo 3.º, 38 y 97 de la Ley Hipotecaria), a diferencia del principio de fe pública registral que sólo actúa en favor del titular registral que reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

En cambio, no parece tan correcto eludir el examen de la validez o nulidad del asiento de inmatriculación, realizado conforme al artículo 206 de la Ley Hipotecaria, basándose en que los preceptos invocados en el recurso de casación como infringidos no se refieren a las circunstancias esenciales de la inscripción. Esto es cierto en lo que respecta a los artículos 33 de la Ley Hipotecaria y 304 de su Reglamento. Pero no lo es con respecto a los artículos 206 de la Ley Hipotecaria y 303 de su Reglamento, en los que se señalan las circunstancias que debe contener la certificación en virtud de la cual se hará el asiento, *porque esas circunstancias son las que habrán de hacerse constar en la inscripción*, sin perjuicio de que en ésta deban constatarse además las circunstancias pertinentes de los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario, con respecto a los cuales los artículos 206

de la Ley Hipotecaria y 303 del Reglamento Hipotecario hacen una especificación (en algunos puntos mera repetición), adaptada al supuesto concreto del asiento que se trata, ya prevista en el propio artículo 9 de la Ley Hipotecaria en su párrafo último.

Cuestión distinta sería la de si todas las circunstancias contenidas en los artículos 206 de la Ley Hipotecaria y 303 del Reglamento Hipotecario son necesarias para la validez del asiento de inmatriculación, lo cual es seguro que no, dado el párrafo penúltimo del artículo 303 del Reglamento Hipotecario, pero ello no permite tampoco afirmar que pueda prescindirse de todas ellas indiscriminadamente, y se ha perdido una ocasión para examinar cuáles de entre dichas circunstancias son indispensables y cuáles las que pueden ser omitidas sin afectar a la validez del asiento.

Por último, es de lamentar que por tratarse de cuestiones nuevas, no planteadas en su momento, no haya examinado el Tribunal Supremo las relativas a los extremos siguientes no exentos de interés: 1) Si la certificación de dominio presentada al Registro merecía consideración de auténtica «certificación», ya que los escasos datos que en ella se contenían parece no constaban en ningún inventario, expediente o documento de donde los tomase el certificador, que prácticamente vertería en ella una pura afirmación personal. Confróntense los artículos 303 del Reglamento Hipotecario («certificación... con referencia a los inventarios o documentos oficiales que obren en su poder»), 35, párrafo 2.º del Reglamento Bienes Entidades Locales («certificación... con relación al Inventario aprobado por la respectiva Corporación»), y 304 del Reglamento Hipotecario —menos preciso— («tomando los datos y noticias oficiales que sean indispensables»). 2) Si era competente para expedir la certificación quien lo hizo (se trataba de bienes de la Iglesia Católica y certificaba el Vicario General del Arzobispado). Confróntese el artículo 304 *in fine* del Reglamento Hipotecario. 3) Y si la finca en cuestión estaba exceptuada de inscripción, a través de una interpretación correctiva del artículo 5, 4.º del Reglamento Hipotecario (se trataba, al parecer, de un Campo de Via Crucis, aunque esta cuestión de hecho no aparece muy claramente fijada).

III. Obligaciones.

1. CLÁUSULA CONTRACTUAL SOBRE APERTURA DE OTROS ESTABLECIMIENTOS DE LA MISMA CLASE; INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: *Pactado en el arriendo que el arrendador se comprometía a que no se instalase por terceras personas negocio de la misma clase que el del arrendatario, e incumplido tal compromiso por el arrendador, que cedió en arriendo otro puesto de su propiedad para negocio de igual clase a un tercero, y reclamada por el primer arrendatario una indemnización por los perjuicios sufridos, carece de viabilidad la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por el arrendador —que entendió que debió preceder al pleito civil reclamación ante el Tribunal de la Competencia para determinar si la causada debía o no estimarse ilícita—, ya que se trata de una cuestión puramente civil. (Sentencia de 5 de noviembre de 1971; no ha lugar.)*

2. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: DAÑOS POR NEGLIGENCIA EN EL TRANSPORTE: *La acción ejercitada, siquiera se dirige contra los porteadores, no se refiere al contrato de transporte sino a la imprevisión e impericia o descuido con que se realizó la operación de colocar el motor siniestrado en el lugar de su emplazamiento, la cual se realizó, no sólo por el porteador y sus dependientes, sino también por técnicos de la otra parte demandada.*

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA: *Se declara probado que la avería de soltarse el cable por el molinete de la grúa forzosamente debió de haber sido prevista, no sólo por el empleado de la Junta de Obras del Puerto que la manejaba, sino también por el de la empresa de transportes que dirigía la maniobra; es decir, que la imprevisión, que fue causa de la avería y del daño, está claramente imputada a las dos partes demandadas, y lo único que la sentencia declara imposible discernir no es la culpa cualitativa sino cuantitativamente, razón en la que se funda la declaración de responsabilidad solidaria.*

PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES: «DIES A QUO» EN CASO DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA: *El plazo de prescripción no puede empezar a contarse mientras el posible ejercicio de aquéllas no quede expedito, y la interrupción de la prescripción en las obligaciones solidarias aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores; postulándose en este caso una condena solidaria de dos demandados, el hecho de que respecto de uno de ellos requiera agotar previamente la vía gubernativa condicionaba el ejercicio de la acción que les era común, so pena de dividir la continencia de la causa.*

LEGITIMACIÓN PASIVA: *Cualquier falta de precisión en la persona que es sujeto pasivo de la demanda, queda subsanada con la intervención en los autos del propio litigante que la invoca alegando que debió ser a él mismo a quien demandara en la calidad en que ya litiga, dándose por tanto como suficientemente identificado. (Sentencia de 16 de diciembre de 1971; no ha lugar.)*

3. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MAGISTRADOS: FUNDAMENTO: FUENTES LEGALES: *Como corolario de la inamovilidad judicial, garantía de la imparcialidad y justicia, está la responsabilidad de los funcionarios que administran ésta, para evitar la impunidad del que falta al deber que juró de administrarla recta, cumplida e imparcialmente; principio que declarado en el Código fundamental del Estado, tiene su desarrollo en la Ley Orgánica del Poder Judicial y Ley de Enjuiciamiento Civil, a las que, como derecho constituido vigente, hay que atenerse para la efectividad de dicha responsabilidad, sin rectificaciones ni ampliaciones que las mismas no autorizan, ya que la función del organismo del Estado a quien corresponde la sagrada misión de aplicar las leyes y juzgar, es dar fiel cumplimiento a la voluntad del legislador.*

SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD: NEGLIGENCIA O IGNORANCIA INEXCUSABLES: *Los artículos 260 a 262 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el 903 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, declaran y fijan las bases de que ha de derivarse la responsabilidad civil exigible a los Jueces y Magistrados, limitándola al caso de haber causado perjuicios estimables en metálico en el despacho de sus funciones, cuando infrinjan las leyes por negligencia o ignorancia inexcusables; y no sólo ésto, sino que para evitar interpretaciones ante el sentido gramatical y vulgar de la negligencia, que supone descuido o imprevisión, y de la ignorancia que arguye desconocimiento o falta de saber, el artículo 262 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha concretado*

de manera expresiva y específica que aquéllas se tendrán por inexcusables a tales efectos, sólo cuando, aun sin intención, se hubiese dictado providencia, y, por ende, cualquier otra resolución, manifiestamente contraria, o se hubiera faltado a algún trámite o solemnidad, mandando observar por la misma bajo pena de nulidad; por tanto, para declarar en cada caso la responsabilidad que se pretende exigir es preciso demostrar de una manera evidente que concurren las violaciones manifiestas a un preexistente precepto legislativo, no de doctrina ni opinión a que no alcanza dicho artículo 262.

INFRACCIÓN CONCRETA Y DETERMINADA DE UNA DISPOSICIÓN LEGAL: *Como ha declarado la sentencia de 5 de junio de 1928, el criterio del juzgador puede ser más o menos acertado, según sea su entendimiento, pero sin que el error de concepto, doctrina o interpretación, aunque lo hubiere, origine responsabilidad civil exigible mientras no se demuestre la manifiesta infracción, concreta y determinada, de una disposición legal de que conocidamente hubiere prescindido; ello supone, como ya señaló la sentencia de 10 de diciembre de 1927, la existencia de un precepto legal claro y preciso, que no pueda ofrecer dudas ni dificultades de interpretación, sin que pueda volverse sobre las cuestiones de fondo del anterior proceso del que quiere derivarse la responsabilidad, como precisa la sentencia de 30 de abril de 1920. (Sentencia de 20 de enero de 1972; desestimatoria.)*

NOTA: El presente recurso de responsabilidad civil contra los Magistrados componentes de una Sección de Audiencia Provincial tiene su origen en un juicio de desahucio por precario promovido por el ahora recurrente, y que fue resuelto con estimación de la demanda en primera instancia, siendo revocada en apelación por la Sala constituida por los ahora demandados. El actor invoca un daño inestimable en su prestigio personal como Abogado en ejercicio, durante más de cincuenta años, al ser calificada su actitud como de temeraria en primera instancia por la sentencia dictada por los demandados, y al actuar en su propia defensa, y que originó su condena en costas; pero no reclama indemnización por tal concepto; invoca asimismo un perjuicio material estimable en metálico consistente en determinadas rentas dejadas de percibir, así como en el importe de las costas a que fue condenado. La demanda no concreta, sin embargo, los preceptos legales que supone infringidos por los demandados al dictar sentencia.

Debe observarse que el Tribunal Supremo ha actuado aquí como Tribunal de única instancia al determinarse su competencia con base en el artículo 913 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, la doctrina de esta sentencia ofrece extraordinaria importancia dada la singularidad de la materia.

4. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: MUERTE POR ATROPELLO: CULPA EXCLUSIVA DEL PERJUDICADO: *Cualquiera que sea el grado de objetivismo que trate de imprimirse a la exégesis del artículo 1.902 del Código civil, su aplicación, como la del artículo 39 de la Ley 122/1962, hoy artículo 1.º del texto refundido de 21 de marzo de 1968, queda excluida cuando el resultado dañoso tiene únicamente su origen en la llamada «culpa» del perjudicado; y en el presente caso los juzgadores de primera y segunda instancia fundan ambos su fallo absolutorio en que el resultado luctuoso se produjo por la culpa exclusiva de la víctima, apreciación basada en que la velocidad del turismo*

conducido por el demandado era normal —sesenta y cinco kilómetros a la hora—, teniendo en cuenta las circunstancias del camino (anchura, firme, trazado, etc.), de la visibilidad y de la hora, y en que cuando dicho vehículo se vio obligado a irse hacia la izquierda de la calzada para rebasar a una motocicleta que estaba parada a la derecha, montada por su conductor, irrumpió corriendo en la carretera el niño que inmediatamente resultó atropellado por el automóvil, irrupción que se produjo a pesar de las señas que para que se detuviera le hizo su tío, el conductor de la motocicleta aludida. (Sentencia de 16 de noviembre de 1971; no ha lugar.)

5. CULPA EXTRA CONTRACTUAL: INDEMNIZACIÓN POR ACCIDENTE DE TRABAJO: COMPATIBILIDAD ENTRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA LABORAL: *La sentencia de 24 de noviembre de 1967 proclama que la obligación de reparar el daño que una persona haya causado a otra, por acciones u omisiones culposas o negligentes, no desaparece ni se desvirtúa por la circunstancia de que ambas estuvieren ligadas por un vínculo laboral que pudiera hacer entrar en juego las indemnizaciones establecidas por la Ley de Accidentes de Trabajo; ello en base a los argumentos siguientes: 1.º Porque dicho ordenamiento jurídico no sólo no restringió el ámbito de aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil, sino que explícitamente reconoció su vigencia a través de los artículos 53 de la Ley y 189 de su Reglamento, al admitir la posibilidad de que pudieran derivarse del hecho discutido otras acciones a favor de los parientes del accidentado en caso de muerte de éste, exigibles ante la jurisdicción ordinaria, sin que sea admisible admitir que no quepa acción contra el patrono y sí contra extraños, porque ello es contrario al principio de derecho que proclama ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus, y el texto literal del artículo 4.º del Reglamento; 2.º Porque, aparte diferencias cuantitativas y cualitativas de las indemnizaciones derivadas de las normas aplicables al caso, que por sí solas determinan la posibilidad de ejercicio de acciones simultáneas, la jurisprudencia lo ha admitido así en sentencias de 28 de noviembre de 1960, 3 de octubre de 1961 y 20 de mayo de 1966, sin que a ello se opongan otras como las de 3 de diciembre de 1964 y 22 de febrero de 1967, en las que la responsabilidad no estaba tan clara; por todo ello es preciso admitir la simultaneidad del ejercicio de ambas acciones cuando de la relación de hechos probados se desprende cierta responsabilidad contra la persona o entidad responsable del accidente.*

CONCURRENCIA DE CULPAS: CULPA EFICIENTE PARCIAL POR PARTE DE LA EMPRESA: *El accidente de trabajo no ocurrió única y exclusivamente porque el obrero fallecido, incluso desobedeciendo las órdenes que tenía recibidas del capataz, estuviere subido al caballete o andamio, que no reunía las condiciones reglamentarias según el informe oficial aportado, aunque su empleo no fuera sino dentro o en el interior de la obra, ni porque no usara el cinturón de seguridad que allí había, sino porque al realizar el trabajo que hacía, aun en contra de lo que se le mandó por el aludido capataz ni éste tomó las medidas oportunas para evitar esa desobediencia, con la vigilancia necesaria, como es la de su misión de capataz; o, por lo menos, por parte del obrero especializado a quien ayudaba el accidentado, se consistió que,*

en contra de tales órdenes, el otro obrero le ayudase de distinta manera a la que se le había encomendado, en unas condiciones que podían poner en grave riesgo, como así ocurrió, la vida del obrero, o al menos su seguridad personal; ni por la Empresa se tomaron las medidas necesarias de seguridad y vigilancia, agotando la precisa diligencia para que el resultado no se produjese; por todo ello, nos encontramos con una causa eficiente parcial por parte de la Empresa, que se convirtió en uno de los agentes causantes de la culpa, cuya compensación efectuó la sentencia recurrida. (Sentencia de 30 de octubre de 1971; no ha lugar.)

6. CULPA EXTRACONTRACTUAL: INDEMNIZACIÓN POR MUERTE DEBIDA A FUGAS DE GAS CIUDAD; PRUEBA: APRECIACIÓN CONJUNTA: *La sentencia recurrida declara que el elemento causante de la muerte del esposo de la demandante, y de las lesiones debidas a ésta y a una de sus hijas fue el óxido de carbono procedente del gas ciudad o gas del alumbrado, cuyo suministro realiza la sociedad demandada, habiendo apreciado el juzgador, para sentar estos hechos, distintos medios probatorios, sin que sea lícito desarticular las pruebas practicadas y basarse en el resultado aislado de alguno de los elementos obrante en el juicio; el Tribunal no basa sus afirmaciones en prueba de presunciones, sino que llega a la afirmación de los hechos por la apreciación directa de los medios probatorios, y entre ellos, tanto el haber recibido aviso la sociedad demandada de que en la casa se notaba olor a gas, el haber los operarios de ésta abierto una zanja sin que encontrasen la fuga del referido fluido, cuyo olor persitió, y que sólo después de haberse producido el daño se llevó a efecto la reparación de la tubería conductora de gas, desapareciendo desde tal momento el olor del mismo.*

DILIGENCIA POSIBLE Y SOCIALMENTE ADECUADA: *Sólo de manera hipotética razona la sentencia recurrida sobre que pudiera afirmarse que la demandada hubiera cumplido una «diligencia media», mas concluye por declarar que ésta no ha agotado toda la diligencia posible y socialmente adecuada, por lo que no sólo se dan los requisitos de la existencia del daño y el hecho del cual éste dimana, sino el de la culpa por parte del demandado, ya que ni aún en el supuesto de no haber sido infringidas disposiciones reglamentarias quedaría exonerado de responsabilidad, pues si las garantías adoptadas para preveer y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, ello revela que algo faltaba en ellas para prevenir y que no se hallaba completa la diligencia, conforme a la sentencia de 23 de marzo de 1954. Sentencia de 13 de diciembre de 1971; no ha lugar.)*

DERECHO PROCESAL

1. COMPETENCIA TERRITORIAL: CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES: INCUMPLIMIENTO: *El lugar en que el contrato ha tenido efecto para alguna de sus obligaciones es el propio para exigir el cumplimiento de las demás. El Juez competente para el cumplimiento del contrato lo es para conocer de las acciones por su incumplimiento y aquellas que tengan relación con el con-*

trato, cualquiera que sea su índole. (Sentencia de 19 de noviembre de 1971; no ha lugar.)

2. LITIS PENDENCIA: NOCIÓN RESTRICTIVA: *No procede la excepción de «litis pendencia» dada la distinta naturaleza del juicio declarativo de mayor cuantía en que se funda la excepción y el actual de desahucio, y no producir el juicio presente excepción de cosa juzgada respecto al otro, aunque éste tienda a resolver la naturaleza jurídica del contrato que liga a las partes y el de desahucio sólo la estudia a efectos de precisar si procede o no su resolución.*

CASACIÓN: ERROR DE HECHO: DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS: *Dos certificaciones expedidas por la Delegación Provincial de Información y Turismo, por su carácter administrativo, no pueden motivar una casación en el fondo, máxime cuando ya fueron examinados y valorados por los Juzgadores de instancia. (Sentencia de 3 de diciembre de 1971; no ha lugar.)*

3. CASACIÓN: QUEBRANTAMIENTO DE FORMA POR FALTA DE RECIBIMIENTO A PRUEBA: INUTILIDAD DE LA PROPUESTA: FALTA DE APORTACIÓN IMPUTABLE AL RECURRENTE: *Si se acredita que el medio probatorio propuesto era inútil y que la no aportación de determinado documento fue imputable únicamente al recurrente, no se da el supuesto establecido en el artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es el que determina el quebrantamiento de forma por falta de recibimiento del pleito a prueba. (Sentencia de 19 de noviembre de 1971; no ha lugar.)*

4. DILIGENCIAS DE PRUEBA PARA MEJOR PROVEER: IRRECURREBILIDAD: *Siendo discrecional la facultad que a los Jueces y Tribunales confiere el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para dictar las providencias para mejor proveer, el uso que estos puedan hacer de aquellas no puede nunca ser objeto de recurso. (Sentencia de 28 de enero de 1972; no ha lugar.)*

5. PROCESOS ARRENDATICIOS: CLASE DE PROCEDIMIENTO EN FUNCIÓN DE LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN: PROCESOS DE LA L. A. U.: ÁMBITO DE SU APLICACIÓN: *Para que pueda seguirse el procedimiento regulado en la Ley de Arrendamientos Urbanos es preciso, o que subsista el contrato locativo vinculante para arrendador y arrendatario o, que, suspendido aquel momentáneamente, como en el caso de retorno, se hayan reservado en forma expresa las correspondientes acciones, pues si la relación arrendaticia cesó por alguna razón legal distinta de las reguladas en la Ley de Arrendamientos Urbanos —por ejemplo, por aplicación de la Ley del Suelo—, ya no se podrá seguir el proceso específico de la Ley de Arrendamientos Urbanos, sino que la cuestión habrá de ventilarse en el amplio campo del juicio ordinario.*

INJUSTICIA NOTORIA: FALTA DE CLARIDAD EN EL RECURSO: *Está deficientemente formulado el recurso en que se mezclan razonamientos sobre error*

de hecho en la apreciación de las pruebas, con la violación por la inaplicación de normas sustantivas, y en el que se involucran, al amparo de la misma norma procesal, la inaplicación de preceptos de la más diversa índole.

INJUSTICIA NOTORIA: CAUCE INDEBIDO: *No cabe amparar en el número 3 del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos la interpretación errónea de preceptos meramente procesales. (Sentencia de 18 de noviembre de 1971; no ha lugar.)*

6. REVISIÓN DE RENTA ARRENDATICIA URBANA; PROCEDIMIENTO APLICABLE: INJUSTICIA NOTORIA POR INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO: *Si la pretensión deducida sobre revisión de renta se basa en preceptos de la Ley de Arrendamientos Urbanos, el procedimiento aplicable es el previsto en dicha Ley, y al haber declarado lo contrario, el Tribunal de instancia incurrió en el vicio de inadecuación de trámite que es apreciable, incluso de oficio. (Sentencia de 16 de marzo de 1971; ha lugar.)*

7. INJUSTICIA NOTORIA: ÁMBITO DEL RECURSO: *En el recurso de injusticia notoria es totalmente inadmisibile que se alteren los términos de la litis. (Sentencia de 11 de diciembre de 1971; no ha lugar.)*

8. INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: *No pueden invocarse eficazmente como prueba de error de hecho documentos que han sido examinados en la instancia y que, contrastados con otros, han dado lugar a la determinación de los hechos por el órgano «a quo». No tiene el carácter de confesión de parte la manifestación de una hija de uno de los litigantes.*

INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO EN LA FORMULACIÓN DEL RECURSO: *Es causa de desestimación el hecho de no mencionar el concepto de la infracción y también atacar la aplicación indebida por el cauce de la interpretación errónea. (Sentencia de 26 de octubre de 1971; no ha lugar.)*

9. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO; RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA; FORMALIDADES: *Dado el carácter eminentemente formal del recurso extraordinario de injusticia notoria, obliga a desestimarlo con sólo tener en cuenta que no se han observado en su formulación los requisitos que taxativamente exige el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable a los interpuestos con tal carácter al amparo de la Ley de Arrendamientos Urbanos. (Sentencia de 21 de enero de 1972; no ha lugar.)*

10. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO; RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA; FORMALIDADES; INADMISIÓN: *Al no citarse la causa del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en que se apoya el motivo del recurso, se incide en la causa de inadmisión establecida en el último párrafo del citado artículo en relación con el 138, que en este momento procesal se convierte en causa de desestimación. (Sentencia de 2 de diciembre de 1971; no ha lugar.)*

11. ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA Y LOCAL DE NEGOCIO: RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: DEFECTOS DEL RECURSO: IMPRECISIÓN: *Cuando un motivo se fundamenta de manera imprecisa y sin la necesaria separación entre las cuestiones de hecho y las jurídicas, contrariamente a la exigencia de claridad y precisión característica de esta clase de recursos extraordinarios, contenida en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el último párrafo del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, se incurre en la sanción del número 4 del artículo 1.729 de la Ley Procesal General que en este trámite lo es de desestimación. (Sentencia de 23 de noviembre de 1971; no ha lugar.)*

12. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: CITA DEL PRECEPTO INFRINGIDO: *Según reiterada doctrina del Tribunal Supremo, para que se dé el recurso de casación o de injusticia notoria por quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio, no basta citar en el motivo el número del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la causa 2.ª del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en que se apoya, sino que es preciso señalar, además, cuál sea el precepto legal infringido, y cuando este requisito no se cumple se impone su desestimación.*

FORMALIDADES DEL RECURSO: CONCEPTO POR EL CUAL SE ESTIMA COMETIDA LA INFRACCIÓN: *Se impone el pronunciamiento desestimatorio del motivo que, articulado por la vía de la causa 3.ª del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, denuncia la infracción del artículo 29 y sus concordantes de la propia Ley arrendaticia, cuando no se expresa el concepto por el cual se estima cometida la infracción, esto es, si por violación, interpretación errónea o aplicación indebida, como exige el párrafo final del mencionado artículo 136, so pena de inadmisión a tenor de lo prevenido en el artículo 138, que en esta fase del recurso se convierte en causa de desestimación, aparte de que tampoco es admisible el motivo formulado con vaguedad e imprecisión. (Sentencia de 14 de diciembre de 1971; no ha lugar.)*

13. INJUSTICIA NOTORIA: QUEBRANTAMIENTO DE FORMA CAUSANTE DE INDEFENSIÓN: *Supone quebrantamiento de forma, causante de indefensión, el hecho de que la Audiencia Territorial anulara las diligencias practicadas en la primera instancia a partir, inclusive, del auto recibiendo el incidente a prueba, ya que, disponiendo el artículo 551 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que el auto en que se otorga el recibimiento a prueba no será apelable, resulta evidente que la resolución del Juzgador que decretaba tal recibimiento no podía ser revisada por la Audiencia en vía de apelación ni en otra vía, ya que solamente se podía impugnar ante el propio Juez que la dictó, por medio del recurso de reposición que se intentó deducir, recurso que, fuese cual fuera el resultado que de él se obtuviera, agotaba la impugnabilidad del auto, sin dejar posibilidad la censura de otro Tribunal. (Sentencia de 28 de diciembre de 1971; ha lugar.)*

14. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: CONSIGNACIÓN DE RENTAS: DESESTIMACIÓN: *Cuando no se hayan consignado o se consignen tardíamente las rentas a que el fallo condena, visto*

lo dispuesto en el número 2.º del artículo 148 y en el 150 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en concordancia con los artículos 1.566 y 1.567 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y atendida la doctrina del Tribunal Supremo de que las causas de inadmisión se convierten, en este trance, en desestimatorias del recurso interpuesto, procede declarar no haber lugar al mismo. (Sentencia de 15 de noviembre de 1971; no ha lugar.)

15. CASACIÓN: INFRACCIÓN DE LEY: DEFECTO FORMAL: Para basar con éxito un recurso por infracción de Ley es necesario que los preceptos legales señalados en el recurso se citen concretamente como infringidos y, además, se precise el concepto de la infracción, ya que, en caso contrario, se incide en causa de inadmisión. (Sentencia de 30 de noviembre de 1971; no ha lugar.)

16. ERROR DE HECHO: DOCUMENTOS AUTÉNTICOS: No cabe apreciar error de hecho en base a documentos que fueron objeto de examen e interpretación por el juzgador de instancia, y que no afirman nada contrario ni incompatible con lo declarado por aquél. (Sentencia de 3 de abril de 1971; desestimatoria.)

IV. Arrendamientos de cosas.

1. ARRENDAMIENTO COMPLEJO: Si lo originariamente arrendado fue un solar sobre el que el arrendatario edificó, adelantando su importe, una gasolinera que fue aumentando hasta llegar, por el contrato vigente, a formar un complejo de edificaciones y diversidad de explotaciones que hoy existe construido, con autorización de la propietaria, por el recurrente, con sustancial aumento de la renta pactada y siendo de su cargo el pago de determinados arbitrios y seguros, hay que afirmar que no se contempla un simple contrato locativo de los definidos en el artículo 1.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, sino de un contrato complejo y atípico con contraprestaciones de diversa índole.

INJUSTICIA NOTORIA: INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO: Ejercitada una acción resolutoria de contrato complejo por el procedimiento de la Ley de Arrendamientos Urbanos, hay que declarar la inadecuación del procedimiento seguido. (Sentencia de 25 de noviembre de 1971; no ha lugar.)

2. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: PETICIÓN DE REDUCCIÓN DE LA RENTA: ABUSO DE DERECHO: En modo alguno puede tacharse de abusiva, a los fines del artículo 9 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, la pretensión encaminada a obtener aplicación de lo establecido en un mandato legal; concretamente para el supuesto que aquí se contempla, el artículo 103 de la misma Ley locativa. (Sentencia de 17 de diciembre de 1971; no ha lugar.)

3. REDUCCIÓN DE RENTA ARRENDATICIA A LA BASE FISCAL: INEFICACIA DE LAS DECLARACIONES REALIZADAS A EFECTOS FISCALES DISTINTOS DE LA CONTRIBUCIÓN TERRITORIAL URBANA: *Procede la reducción de renta con base en el artículo 103 de la Ley de Arrendamientos Urbanos si, pactada en 1966 una renta determinada, la base fiscal a efectos de la contribución territorial era la cantidad inferior contenida en una declaración realizada en 1969, no modificada hasta 1970 —con posterioridad a la demanda—, y sin que pueda tener eficacia a los efectos de la acción de reducción, la presentación del contrato de arriendo, a los dos días de su otorgamiento, en la Delegación de Hacienda a los efectos específicos del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados por el concepto de fianza y, por tanto, sin la finalidad propia de las declaraciones a efectos de la contribución territorial, únicas que deben ser tenidas en cuenta a efectos del artículo 103 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. (Sentencia de 7 de diciembre de 1971; no ha lugar.)*

NOTA: Conviene leer íntegros los extensos y acertados «considerandos» de esta sentencia.

4. REDUCCIÓN DE RENTAS AL TIPO FISCAL: DUALIDAD DE LOCALES COMPREDIDOS EN UN SOLO ARRIENDO: *Arrendado inicialmente un local de la planta baja de un edificio y con posterioridad cedido también en arriendo al mismo arrendatario el resto de la planta baja, comunicándose ambos locales para formar uno solo, si la renta satisfecha por el nuevo local único de la planta baja, es superior a la suma de las cifras declaradas por el arrendador a Hacienda por los dos primitivos locales, procede a la acción del artículo 103 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. (Sentencia de 13 de diciembre de 1971; no ha lugar.)*

5. TRANSMISIÓN ARRENDATICIA «MORTIS CAUSA» DEL DERECHO DE ARRIENDO DEL LOCAL DE NEGOCIO: PRESUPUESTO FUNDAMENTAL: *Es requisito fundamental para la aplicación del artículo 60 de la Ley de Arrendamientos Urbanos el fallecimiento del arrendatario, sin que baste el fallecimiento de la esposa del mismo aunque exista sociedad de gananciales.*

ARRENDAMIENTO Y SOCIEDAD DE GANANCIALES: *Según se indica en sentencia de 24 de febrero de 1956, la existencia de sociedad de gananciales no da lugar a que se considere como coarrendatario al consorte que no suscribió el contrato de arrendamiento.*

NATURALEZA DE LA TRANSMISIÓN ARRENDATICIA «MORTIS CAUSA»: *La subrogación establecida en el artículo 60 de la Ley de Arrendamientos Urbanos constituye una prerrogativa otorgada al heredero o socio, que se rige por la Ley de Arrendamientos Urbanos, sin que la herencia sea título suficiente para transmitir los derechos derivados de tales convenciones que, por su carácter estrictamente personal y su extinción al fallecimiento del titular, no se hallan integradas en el caudal relicto del causante.*

ARRIENDO OTORGADO A UNA SOCIEDAD DE GANANCIALES: EFECTO DEL FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS CÓNYUGES: *Arrendado un local a una sociedad de gananciales, el óbito de uno de los esposos no da lugar a que se opere la sustitución de los derechos a que se refiere el artículo 60 a favor de sus herederos, sino que aquellos pasarían íntegramente al otro socio, es decir, al cónyuge sobreviviente.*

RESOLUCIÓN POR TRASPASO: DOCTRINA GENERAL: *El traspaso —irregular— da lugar a la resolución del contrato aunque se realice en favor de un hijo del cedente, a título gratuito o por acto de mera liberalidad, y aunque no comprenda la totalidad del objeto del arriendo.*

CONSUMACIÓN DEL TRASPASO: *El traspaso se produce por la simple celebración del convenio de cesión. (Sentencia de 13 de diciembre de 1971; no ha lugar.)*

6. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR NECESIDADES DEL ARRENDADOR: *Según ha declarado con reiteración la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la necesidad que provoca la resolución del contrato se determina por la falta de espacio para el normal desenvolvimiento del comercio ejercido por el arrendador en sus antiguos locales (sentencias de 16 de diciembre de 1967, 27 de octubre de 1969 y 27 de enero de 1970), sin que a ello se oponga la excepción contenida en el artículo 71, por ser aplicable el 70, aun cuando aquella proviniera del nuevo giro dado al negocio, por incorporación de actividades afines, puesto que su titular no estaba obligado a permanecer al margen de la evolución comercial o industrial, que no debe quedar invariable o estática (sentencias de 14 de marzo de 1962 y 11 de febrero de 1966).*

NECESIDAD DE OCUPAR EL LOCAL ARRENDADO POR CIERRE FORZOSO DE OTROS OCUPADOS POR EL ARRENDADOR: *Debe prosperar la tesis del arrendador para dar por terminado el contrato locativo, cuando ha quedado demostrado que desde hacía varios años el arrendador se dedicaba al negocio de asentador y venta al por menor de frutas en un puesto de la calle, ubicado frente a los locales de su propiedad y que utilizaba para almacenar dichos géneros, viéndose privado de aquel por Orden municipal, que le obligó a cerrarlo y demolerlo con lo que se le privó de un elemento esencial para el ejercicio de su industria, que no puede suplir con la parte del inmueble que aquel momento ocupaba, insuficiente a tal fin por hallarse destinado a satisfacer otra exigencia del propio negocio. (Sentencia de 26 de enero de 1972; no ha lugar.)*

7. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA PARA REEDIFICAR: PLAZO DE DESALOJO: POSIBILIDAD DE QUE EL ARRENDADOR CONCEDA UNO DE MAYOR DURACIÓN QUE EL DE LA L. A. U.: CONCESIÓN TÁCITA: *El plazo de desalojo de un año establecido en la Ley de Arrendamientos Urbanos para que el arrendatario desaloje el local afecto por la denegación de prórroga para reedificar, está establecido*

en beneficio del arrendatario, y es factible que el arrendador conceda al arrendatario un plazo superior al año para el desalojo del local. Hay que estimar que existe tal concesión si, realizado el requerimiento de desalojo el 8 de marzo de 1969, el arrendador, en su notificación, señala como fecha de iniciación de las obras el 1 de abril de 1970 y requiere al arrendatario para que se avenga a tener desalojadas las dependencias en la fecha de comienzo de las obras. (Sentencia de 23 de noviembre de 1971; no ha lugar.)

8. LOCAL DE NEGOCIO: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO POR CIERRE: *La causa resolutoria del contrato de arrendamiento, se da tanto por el cierre definitivo del local como por dejar al mismo sujeto a actividades que al ser limitadísimas y sin horario fijo, dejan el local tan perjudicado, en el concepto público y en contra del arrendador que lo ve desmerecido, como si de un cierre definitivo se tratara.*

ACTIVIDADES ESPORÁDICAS: *Al hacer compatible la sentencia recurrida la acción resolutoria con alguna actividad excepcional y limitada, que, reconoce, en el local discutido, no infringe ningún precepto ni doctrina legal, sino que se acomoda al espíritu de la jurisprudencia, que ha declarado en sentencia de 6 de abril de 1968, que no es obstáculo que uno de los demandados realice algunos trabajos para la empresa donde presta sus servicios (no para otras personas), pues no es necesario el cese de toda actividad para que exista el cierre, y con mayor precisión, en la sentencia de 3 de marzo de 1970, que reconoce que la jurisprudencia ha llegado a considerar, como estado de cierre, aunque se hubiesen realizado actividades esporádicas de relación con el público, cuando el acceso de éste no constituyera la base de su actividad comercial. (Sentencia de 18 de diciembre de 1971; no ha lugar.)*

9. LOCAL DE NEGOCIO: RESOLUCIÓN POR CIERRE: PRUEBA DE PRESUNCIONES: *El Tribunal de instancia puede obtener la convicción psicológica del dato procesal alegado en la demanda consistente en el cierre, sin justa causa por más de seis meses del local arrendado, utilizando la prueba indirecta de presunciones, por estimar acreditados, a virtud de la conjunta y ponderada valoración de las pruebas, varios acaecimientos o hechos como son: El que las lecturas del contador de electricidad, instalado en el local arrendado, permanecieron inalterables durante un año, y que durante ese tiempo, la correspondencia dirigida al arrendatario del local no pudo ser entregada en el lugar de destino, por estar cerrado.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: PRUEBA DE PRESUNCIONES: IMPUGNACIÓN: *La prueba de presunciones puede ser utilizada, espontáneamente, por el juzgador de instancia, siempre que estime acreditado el hecho de que haya de deducirse, y esto, de conformidad con lo que se dispone en el artículo 1.249 del Código civil, y si bien es cierto puede ser combatida en el recurso de injusticia notoria, también lo es, que para que la impugnación sea eficaz,*

es absolutamente indispensable que, por la vía procesal ya mencionada, se acredite error de hecho o se justifique que la deducción establecida es ilógica, absurda o inverosímil. (Sentencia de 17 de enero de 1972; no ha lugar.)

10. RESOLUCIÓN POR CIERRE: ENFERMEDAD DEL ARRENDATARIO: JUSTA CAUSA: *Si bien es cierto que en determinados casos el Tribunal Supremo ha estimado como justa causa del cierre del local de negocio la enfermedad del arrendatario, también lo es que esa justificación sólo pueda operar, en todo caso, durante el tiempo en que subsiste la incapacidad del arrendatario, pero no se puede pretender extenderla a un periodo posterior, sin que el hecho de pagar el arrendatario los impuestos, arbitrios, tasas, teléfono y electricidad demuestre que no ha cesado en sus actividades y que el negocio ha continuado funcionando. (Sentencia de 22 de noviembre de 1971; no ha lugar.)*

11. LOCAL DE NEGOCIO: RESOLUCIÓN POR FALTA DE PAGO DE LOS GASTOS DE AGUA, LUZ, ETC.: *Cuando en el contrato de haya establecido que los suministros de agua, luz, fuerza, gas y electricidad, continuarán a nombre del arrendador, si bien el arrendatario deberá reintegrarle, a la presentación de los mismos, con plena independencia de la merced o renta pactada, las cantidades que por el consumo efectuado en el establecimiento tenga aquella que satisfacer, y tal obligación no se cumpla por el arrendatario, es causa suficiente que genera la causa resolutoria del contrato.*

GASTOS DE CONSERVACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL LOCAL: OBLIGACIONES DEL ARRENDATARIO: *No puede ser acogido como causa obstativa de la acción de desahucio, el pacto contractual de que serán de cuenta del arrendador los gastos ocasionados en los elementos arrendados por su desgaste natural, pues lo que en el pacto se estipula es, pura y simplemente, una cláusula de irresponsabilidad del arrendatario, como consecuencia de una adecuada utilización de todos aquellos elementos, pero no exime de la obligación de atender a los gastos de conservación y mantenimiento de la industria.*

FACTURAS: DOCUMENTOS AUTÉNTICOS: *Unas facturas de gastos no pueden estimarse como documentos auténticos, por no constituir prueba indudable de los hechos que acreditan, por sí mismos. (Sentencia de 26 de enero de 1972; no ha lugar.)*

12. RESOLUCIÓN POR CESIÓN O SUBARRIENDO IRREGULAR: PRUEBA DE LA INTRODUCCIÓN DE UN TERCERO: *Procede la estimación de la demanda resolutoria si el hecho de la introducción de un tercero se deduce con base en la presunción legal de ejercicio de comercio por la publicación de carteles y rótulos —artículo 3 del Código de comercio—, a lo que debe añadirse la inscripción en el Registro Mercantil. (Sentencia de 4 de noviembre de 1971; no ha lugar.)*

13. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO POR TRASPASO: MODIFICACIONES DE LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA ARRENDATICIA: *Habiendo el arrendador autorizado al arrendatario para constituir una sociedad de responsabilidad limitada para explotar el negocio radicado en el local, las alteraciones ulteriores de la Sociedad, constituidas por la ampliación de capital y la entrada de nuevos socios no constituyen traspaso. (Sentencia de 15 de octubre de 1971; no ha lugar.)*

14. RESOLUCIÓN POR TRASPASO: COARRIENDO: TRANSFERENCIA DE CUOTAS: *Cuando, como consecuencia del contrato definido en el artículo 1.543 del Código civil, se entrega el uso de un local de negocio a varias personas conjuntamente, el cese de uno de ellos en favor de los restantes llevado a efecto sin consentimiento del propietario y sin cumplir las formalidades exigidas por el artículo 32 y concordantes de la Ley de Arrendamientos Urbanos, entraña un traspaso realizado en favor de los otros locatarios y da lugar a la causa 5.ª de resolución del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Esta doctrina es de aplicación tanto en el supuesto de existencia de dos coarrendatarios como en el caso de haber mayor número de cotitulares.*

PRINCIPIOS DE DERECHO: *Hay que estar al principio de derecho «ubi est eadem ratio, debet esse juris dispositio».* (Sentencia de 27 de noviembre de 1971; ha lugar.)

15. RESOLUCIÓN ARRENDATICIA POR TRASPASO: APORTACIÓN DEL LOCAL A UNA SOCIEDAD: *La aportación de local a una sociedad de la que el arrendatario forma parte, sin consentimiento del arrendador, implica un cambio en la titularidad del contrato y hace incidir a este en la causa 5.ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.*

TRASPASO: PRUEBA: *Los recibos tributarios a nombre del arrendatario individual correspondientes a fecha posterior a la del traspaso por aportación del arrendatario a una sociedad, no patentizan, de forma manifiesta y por sí mismos, que el arrendatario individual ocupase el local litigioso después del traspaso realizado en documento público a favor del ente social, sino tan sólo que la contribución continuó figurando a nombre del cedente.*

INJUSTICIA NOTORIA: IMPUGNACIÓN DEL ERROR DE HECHO: *No puede fundamentarse el error de hecho en las manifestaciones vertidas por las partes, ni en documentos que hayan sido objeto de análisis e interpretación en la sentencia recurrida.* (Sentencia de 31 de enero de 1972; no ha lugar.)

16. RESOLUCIÓN POR TRASPASO IRREGULAR: «DIES A QUO» DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN: INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO MERCANTIL: *Una reiterada jurisprudencia ha establecido que para que el plazo de prescripción de la acción resolutoria comience a computarse, es preciso que el hecho constitutivo del agravio, es decir, la transmisión inconstituida del local arrendado, haya tenido lugar en forma tal que el arrendador la conociera o al menos pudiera*

conocerlo, pues de lo contrario, conduciría al absurdo de premiar la mala fe, concediéndole efectos favorables a la ocultación del hecho que, por disposición legal, requiere para su validez el consentimiento del arrendador. El requisito de la cognoscibilidad del traspaso arranca, en el caso de autos, de la presunción legal inherente a su inscripción en el Registro Mercantil. (Sentencia de 6 de noviembre de 1971; no ha lugar.)

17. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO POR CESIÓN: IMPROCEDENCIA EN EL CASO DE EXTINCIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA ARRENDATARIA: *La norma sobre resolución por cesión exige que el acto de cesión sea realizado por el inquilino, lo que está de acuerdo con la naturaleza y alcance de tal figura, incompatible de suyo con otras situaciones de alteración subjetiva de una relación contractual que no traigan causa de la voluntad del anterior titular que transmite al nuevo el puesto que en aquella tenía; tal requisito concurre en el caso en que la entidad que figuraba como arrendataria en el contrato —el Consejo Superior de Misiones—, quedó extinguido por un Decreto, complementado por un acuerdo que transfirió a la Conferencia episcopal los servicios y funciones del suprimido Consejo, incluido en el uso y disfrute del edificio cuyo arrendamiento dio origen al proceso por cesión, en concepto de precario; siendo éste, el acto jurídico en que se apoya la ocupación que se discute, su impugnación no es factible por la vía utilizada en cuanto que al mismo es ajena la intervención del primitivo arrendatario que, al dejar de existir jurídicamente, no podía estar en condiciones de llevar a cabo la cesión.* (Sentencia de 3 de diciembre de 1971; no ha lugar.)

18. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO POR CESIÓN: ALOJAMIENTO DURANTE CINCO MESES DE UNA ESCUELA EXTRAÑA: ORDEN DE AUTORIDAD GUBERNATIVA: *No procede la resolución del arriendo por cesión, si la ocupación, durante cinco meses, de los locales arrendados a una Parroquia para una determinada obra socio-cultural de dicha parroquia, por una escuela extraña, se debió a una orden de la Alcaldía surgida con total ausencia de la voluntad del arrendatario, que se limitó a cumplimentarla, contribuyendo a remediar un estado de necesidad creado al margen de su previsión normal y de su propia actuación.* (Sentencia de 19 de enero de 1972; no ha lugar.)

19. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO O TRASPASO: PRESCRIPCIÓN: «DIES A QUO»: *Para que pueda aplicarse una prescripción extintiva de acciones en caso de resolución por subarriendo o cesión, hay que partir de una base inequívoca que revele notoriamente y con seguridad el cambio sobrevenido y el tiempo a partir del cual puede operar la prescripción, sin que para ello haya de valer una situación aparente, dudosa, susceptible de suposiciones diversas.* (Sentencia de 23 de noviembre de 1971; ha lugar.)

NOTA: Conviene leer íntegra la extensa fundamentación de la sentencia que confirma, una vez más, el criterio favorable a la resolución de los contratos de arriendo que informa en la práctica las decisiones del Tribunal Supremo, y de otra, la relatividad de la doctrina del respeto por dicho Tribunal a las declaraciones de hecho del «órgano a quo», ya que, como se advertirá por dicha sentencia, la Sala I de nuestro más Alto Tribunal,

realizó, en el caso en cuestión, una revisión del material fáctico más propia de una tercera instancia que del angosto cauce que, en general, se asigna a los recursos extraordinarios.

20. L. A. U.: DERECHO TRANSITORIO: DISPOSICIÓN TRANSITORIA 4.^a A): *La norma de la Ley de Arrendamientos Urbanos que impide al arrendador la resolución de arriendo por causa de subarriendo cuando éste sea anterior a determinada fecha, no es obstáculo a que el arrendador pueda resolver el contrato de subarriendo si el arriendo se resuelve por otra causa.*

ABUSO DE DERECHO Y RESOLUCIÓN DE SUBARRIENDO POR EXTINCIÓN DEL ARRIENDO: *La situación legal del subarrendatario cede al faltarle la base del arrendamiento en que se apoya y no hay inmoralidad ni antisocialidad en el hecho de que queden libres los locales una vez que existe razón legal para ello, por lo que subjetivamente no hay intención de perjudicar sino fin legítimo, ni exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho, ni la demanda constituye medio para eludir la aplicación de una ley imperativa, por lo que no hay abuso de derecho.*

INJUSTICIA NOTORIA: *No cabe plantear en el recurso cuestiones no alegadas en la instancia. (Sentencia de 1 de diciembre de 1971; no ha lugar.)*

21. OBRAS INCONSENTIDAS: CHIMENEA QUE SE ENCUENTRA FUERA DEL LOCAL: *Aunque exista una chimenea para salida de los residuos de la combustión de los hornos existentes en el local de negocio arrendado, y no tenga otra utilización que la expresada, no puede entenderse que exista causa suficiente para la resolución del contrato, cuando las obras efectuadas no se hayan realizado dentro de los límites del objeto contractual, sino a la altura del tejado del inmueble, sin que ello esté en contradicción con la pactada obligación del arrendatario de atender a la conservación y evitar los riesgos de la mencionada chimenea, pues en caso de incumplir la misma, tal supuesto no cabe encuadrarlo dentro de los precisos límites fácticos a que el motivo se contrae, sin que a ello se oponga tampoco la reserva de acciones a favor del arrendador para exigir del arrendatario el cumplimiento de la citada obligación, con sus consecuencias en el caso de haberse causado daños, cuestión independiente del ejercicio de la acción resolutoria del contrato de arrendamiento.*

CAUSA 7.^a DEL ARTÍCULO 114 DE LA L. A. U.: *Lo requerido por el número 7.º del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, para dar lugar a la resolución del contrato locativo, es que el inquilino, arrendatario o quienes con ellos convivan, causen dolosamente daños en la finca, hecho que, como constitutivo de la demanda, habría de probar el actor.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: INTERPRETACIÓN ERRÓNEA DE UNA NORMA: CAUSA 3.^a DEL ARTÍCULO 136 DE LA L. A. U.: *Para que se pueda admitir un motivo del recurso articulado a través de la causa 3.^a del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, es necesario que el juzgador, al*

efectuar la exégesis de un precepto legal o doctrina, les haya atribuido un sentido que esté en contradicción con el que rectamente les corresponde, según las reglas gramaticales, lógicas o sistemáticas, y esto, desde luego, no ocurre cuando el juzgador no efectuó labor alguna interpretativa del precepto y doctrina citados como infringidos, sino que se limitó a aplicar la norma legal a la cuestión debatida, atendiendo a los hechos que se decalara probados. (Sentencia de 6 de noviembre de 1971; no ha lugar.)

22. OBRAS QUE MODIFICAN LA CONFIGURACIÓN: CONSENTIMIENTO TÁCITO: ACTOS REALIZADOS POR EL MARIDO DE LA ARRENDADORA: *Aunque el marido de la arrendadora hubiese transportado en sus camiones materiales de los que se utilizaron para las obras realizadas por el arrendatario, de ese hecho no se puede deducir necesariamente la existencia del consentimiento de la propietaria para la realización de las mismas, porque ello no tiene la categoría de un acto propio expresivo de la voluntad de crear un derecho, ni hay entre esa actitud y el consentimiento que de la misma pudiera derivarse, el enlace preciso y directo que exige el artículo 1.253 del Código civil.*

REALIZACIÓN DE OBRAS: CONSENTIMIENTO TÁCITO: *La voluntad permisiva del arrendador puede manifestarse indirectamente, con palabras o actos que tengan otro fin próximo, pero de los cuales pueda inferirse, de un modo inequívoco, su consentimiento para la realización de las obras.*

MODIFICACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: CONOCIMIENTO DE LAS OBRAS POR EL ARRENDADOR: *El simple conocimiento por parte del arrendador de las obras realizadas, no puede identificarse con el consentimiento exigido por la Ley, ni aun unido a la pasividad de dicho arrendador, todo lo cual puede obedecer a circunstancias diversas o admitir diferentes interpretaciones.*

PRUEBA DE PRESUNCIONES: INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 1.253 DEL CÓDIGO CIVIL: *Como viene declarando la jurisprudencia, para infringir el artículo 1.253 del Código civil, es necesario que se haya apreciado la prueba de presunciones (sentencias de 20 de febrero de 1932 y 27 de enero de 1966), pues no puede imponerse al juzgador de instancia que haga uso de la prueba de presunciones cuando estime oportuno no valerse de ellas por fundamentar su fallo en otras directas (sentencia de 19 de mayo de 1961), ni es posible infringir el artículo 1.253 cuando la sentencia impugnada no se apoyó en esa prueba (sentencias de 15 de noviembre de 1961, 12 de abril de 1962 y 29 de octubre de 1964). (Sentencia de 22 de enero de 1972; no ha lugar.)*

23. CESIÓN DEL LOCAL: CARGA DE LA PRUEBA: *Para que se aplique el principio de investigación de la prueba, en el supuesto de la presencia de un tercero ajeno a la relación arrendaticia en el local de negocio, se precisa que esta introducción no obedezca a alguna razón lógica, lo que equivale a que si hay razón lógica, ésta constituye una prueba.*

CESIÓN O TRASPASO DEL LOCAL DE NEGOCIO: TRABAJOS DE COLABORACIÓN: *No existe cesión o subarriendo cuando no hay una clara ocupación del local para actividades autónomas y propias de un intruso, sino una colaboración*

accidental en favor del arrendatario. (Sentencia de 12 de noviembre de 1971; no ha lugar.)

24. LOCAL DE NEGOCIO: CESIÓN O SUBARRIENDO: LEGITIMACIÓN PASIVA DEL SUBARRENDATARIO: *La jurisprudencia del Tribunal Supremo, al no existir precepto alguno en la Ley locativa que se oponga a la interpretación judicial de los cesionarios de un local de negocio, directamente interesados en que la acción resolutoria no prospere, y con el fin de conceder siempre las mayores medidas de defensa de todos los intereses, viene declarando que aún no siendo necesaria y sin su intervención está bien constituida la relación jurídica procesal (sentencias de 4 de marzo y 26 de abril de 1962), desestimando los recursos basados en no haber sido llamados al juicio los cesionarios (sentencias de 28 de noviembre de 1956 y 1 de febrero de 1961), pueden ser demandados, y más sin ello, ser admitidos en el proceso si voluntariamente comparecen.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: NATURALEZA: VALOR DE LA PRUEBA: *No puede pretenderse convertir el recurso de injusticia notoria en una tercera instancia, sin que se pueda sustituir con el criterio del recurrente el siempre más objetivo y ponderado de la Sala de Instancia, no desvirtuado por los documentos alegados, cuando por sí mismos y sin necesidad de relacionarlos con otros o de interpretarlos no demuestran la equivocación aducida. (Sentencia de 29 de octubre de 1971; no ha lugar.)*

25. LOCAL DE NEGOCIO: OBRAS DE ADAPTACIÓN: FINALIDAD: OBRAS POSTERIORES EXIGIDAS POR LA ADMINISTRACIÓN: AUTORIZACIÓN JUDICIAL: *Según reiterada doctrina del Tribunal Supremo (sentencias, entre otras, de 22 de noviembre de 1962, 14 de marzo y 17 de abril de 1964, 25 de enero de 1966, 30 de marzo de 1969 y 3 de julio de 1970), si bien es cierto que el arrendamiento de un local de negocio lleva implícita la autorización necesaria para la realización de obras conducentes a la instalación de la industria para la que fue arrendado, no es menos cierto que esta autorización se agota una vez establecidos el negocio o industria, sin que pueda considerarse indefinida la facultad de establecer cambios que afecten a la configuración sin permiso del dueño, o, en su caso, sin la autorización judicial, pues entender lo contrario conduciría a permitir al arrendatario la realización, y además en cualquier tiempo, de esa clase de obras que, por su propia naturaleza, constituyen un acto de disposición que, siendo inherente al dominio, rebasa en cambio las facultades comprendidas en el derecho de uso, que es el único que se adquiere por el arrendamiento, sin que ello obste que la ejecución de obras posteriores venga determinada por la Administración, pues no excusa al arrendatario de seguir el procedimiento legal, acudiendo al arrendador o en su defecto al Juez, que otorga la necesaria autorización, compensando al arrendador con un aumento de renta proporcional a la mejora, cauce que al no seguirse, da lugar a la causa de resolución 7.ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3.º de la citada norma. (Sentencia de 21 de diciembre de 1971; ha lugar.)*

26. LOCAL DE NEGOCIO: OBRAS INCONSENTIDAS: APERTURA DE UNA PUERTA: *La apertura de una puerta modifica la configuración de un local, según tiene afirmado el Tribunal Supremo en multitud de sentencias, entre otras en las de 13 de junio de 1956 y 29 de octubre de 1959, sin que sea procedente entrar a distinguir si el hecho de la modificación perjudica o no al arrendador. (Sentencia de 26 de enero de 1972; no ha lugar.)*

27. LOCAL DE NEGOCIO: OBRAS INCONSENTIDAS: APERTURA DE UN HUECO: CONFIGURACIÓN ORIGINARIA: PRUEBA: *Probada la apertura de un hueco para paso de una habitación, es evidente que se ha modificado la configuración que el local tenía antes de comenzar las obras y con ello se ha incidido en la causa resolutoria del contrato, aunque no exista certeza, por no haberse probado, de cuál era la configuración original del local. (Sentencia de 27 de noviembre de 1971; ha lugar.)*

28. LOCAL DE NEGOCIO: NATURALEZA: MODIFICACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: *Si la doctrina del Tribunal Supremo apoya en que mediante el contrato de arrendamiento se cede solamente el derecho al uso, en el ser y estado en que se entrega la cosa, sin que se adquieran facultades de alteración o cambio, por ser ellas atributos que competen al propietario, se hace indudable que el hecho de cerrar o tapiar el hueco de comunicación que existía entre el local objeto de reclamación y otro de la propiedad del arrendatario, constituye un acto que por sí sólo lleva a una modificación de la cosa arrendada que, al realizarla sin la autorización ni consentimiento del arrendador, ha de encajar plenamente en el número 7.º del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.*

NATURALEZA DE LA CAUSA DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: *La resolución del contrato no lo hace depender el artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos del hecho de que beneficie o perjudique el local arrendado, ni mucho menos de que pueda restaurarse la finca a su situación anterior, sino únicamente de que se modifique la configuración (sentencia de 12 de julio de 1954), y es obvio que al arrendatario medios le concede la vigente Ley para, en caso de ser negada por el propietario la autorización para realizar obras, solicitarla por vía judicial al amparo del párrafo 4.º del apartado 7.º del artículo 114 de la misma.*

PRUEBA: RECIBOS Y FACTURAS: *Los recibos, facturas y cartas no merece en Derecho la consideración de documento y, mucho menos, la credibilidad indispensable para imputar a una resolución el error en la percepción de la prueba. (Sentencia de 5 de marzo de 1971; no ha lugar.)*

29. LOCAL DE NEGOCIO: MODIFICACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN: CONSTRUCCIÓN DE UN FALSO TECHO: *La reiterada doctrina emanada del Tribunal Supremo, viene sentando que la construcción de un cielo raso o falso techo construido por el arrendatario en el local arrendado que origina la disminución de altura en relación con la que tenía al ser arrendado, origina la mo-*

dificación de la configuración del mismo (sentencias de 29 de enero de 1959, 20 de junio de 1958, 14 de abril de 1951, entre otras), y máxime cuando esa subposición e infrapostura de la bandeja colocada se sujeta al techo con listones de hierro, de un modo fijo, es decir, en construcción permanente y estable, supuesto éste que encuadra perfectamente en el número 7.º del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

OBRAS INCONSENTIDAS EN DEPENDENCIA ACCESORIA DEL LOCAL ARRENDADO: *La realización de obras sin consentimiento del arrendador es causa de la resolución del contrato, sin que a ello obste que la obra haya afectado a una parte o dependencia accesoria del local arrendado, cuando ella forma parte integrante del mismo comprendida en el contrato (sentencia de 28 de mayo de 1958). (Sentencia de 28 de diciembre de 1971; no ha lugar.)*

30. ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO: RESOLUCIÓN: CONVERSIÓN DE UN COMERCIO EN ALMACÉN: *El hecho de que un local, con comercio de venta al por menor, se convierta en almacén sin contacto con el público, es causa suficiente para resolver el contrato de arrendamiento por cierre del local, sin que pueda entenderse que el arrendador autorizara este cambio, por el simple hecho de que en el contrato arrendaticio se hiciera alusión a la guarda de ciertas materias en el local alquilado, máxime cuando, como en este caso, la referida cláusula se entiende como un aumento de obligaciones del arrendatario si lo que allí se depositaba resultaba peligroso y obligaba a incrementar la póliza del seguro. (Sentencia de 9 de diciembre de 1971; no ha lugar.)*

Suscripción anual: España, 600,— pesetas
Extranjero, 750,— pesetas
Número suelto: España, 175,— pesetas
Extranjero, 200,— pesetas