

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL. M. 126-1958.

## 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 XVII  
FASCICULO II



ABRIL - JUNIO  
MCMLXIV

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.<sup>o</sup>

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

A.G.E.S.A.—Rodríguez San Pedro, 40.—Madrid.

# ESTUDIOS MONOGRAFICOS

## Ejercicio del derecho de suscripción preferente

JOSE LUIS ALVAREZ ALVAREZ  
Notario de Madrid

**SUMARIO:** I. *Introducción. El derecho de suscripción preferente.* 1. Concepto y aparición. 2. Reconocimiento legal y fundamento. a) Razones prácticas. b) Razones lógicas. 1.º El beneficio y el dividendo. 2.º Derecho del socio a los beneficios. 3.º El patrimonio y el capital. Clases de reservas. c) Derecho comparado. 3. Naturaleza jurídica.—II. *Procedencia del derecho de suscripción preferente.* 1. Aumento por transformación. 2. Aumento por aportaciones in natura. a) Aportaciones no dinerarias especiales. b) Aportaciones de bienes genéricos. c) Aportaciones, parte en dinero y parte en otros bienes. d) Órgano que decide el aumento. 3. Aumento por absorción. 4. Aumento por conversión de obligaciones en acciones. 5. Exclusión del derecho de suscripción preferente por acuerdo de la Junta. 6. Condicionamiento del derecho de suscripción preferente, por acuerdo de la Junta. 7. Coordinación de la emisión con prima y el derecho de suscripción preferente. 8. Existencia de diversas clases de acciones. 1.º, Acciones de diverso valor nominal. 2.º, Emisión de acciones ordinarias y privilegiadas existiendo sólo ordinarias. 3.º, Existencia de acciones ordinarias y privilegiadas. a) Emisión sólo de acciones ordinarias. b) Emisión sólo de acciones privilegiadas. 4.º, Existencias de acciones ordinarias y privilegiadas y emisión de ambos tipos.—III. *Titularidad del derecho de suscripción preferente.* 1. Norma general. 2. Personas distintas de los socios. A. Personas extrañas a la Sociedad. B. Personas interesadas en la Sociedad. a) Fundadores y promotores. b) Obligacionistas. c) Directores y Administradores. d) Tenedores de bonos de disfrute. e) Trabajadores. 3. Sociedad titular de sus propias acciones. 4. No ejercicio parcial del derecho de suscripción preferente respecto a las acciones emitidas. 5. El derecho de suscripción preferente y la participación de capital extranjero en la Sociedad. 1.º, Colisión de leyes. 2.º, Problemas de derecho transitorio. 6. Acciones en usufructo. 1.º, Aumento por transformación de reservas o plusvalías. 2.º, No ejercicio del derecho de suscripción preferente por el nudo propietario. 3.º, Ejercicio del derecho de suscripción preferente por el nudo propietario. 7. Acciones de los cónyuges en régimen de gananciales. 8. Acciones en sustitución fideicomisaria. 9. Acciones en prenda, comunidad, transmitidas condicionalmente o sujetas a reserva.—IV. *Negociabilidad del derecho de suscripción preferente.* 1. Privación de tal posibilidad al derecho de suscripción preferente. a) Falta de norma en los Estatutos. b) Regulación estatutaria del caso. c) Modificación del régimen por acuerdo posterior. 2. Dependencia del negocio de venta de la eficacia del aumento de capital. 3. Límites de la negociabilidad.

## I

## INTRODUCCION. EL DERECHO DE SUSCRIPCION PREFERENTE

I. CONCEPTO Y APARICIÓN.—La Ley española de Sociedades Anónimas llama derecho de suscripción preferente al que, en caso de aumento de capital con suscripción de nuevas acciones, corresponde a los accionistas, de suscribir una parte de ellas, proporcional al número de las acciones antiguas que posean.

Aun antes de la Ley de 1951, al amparo de las viejas normas de nuestro Código de 1885, la práctica había acogido este derecho y la mayoría de las Sociedades lo imponían en sus Estatutos como uno de los derechos típicos de los socios. Los Estatutos de las Sociedades, obra en su mayoría de los Notarios españoles en su función de asesoramiento, repetían esta norma que había llegado a convertirse en una cláusula de estilo.

Tan fue esto así que algún autor, como ANTONIO BOUTHELIER (1) llegó a defender que el derecho de suscripción preferente tenía el rango de uso mercantil normativo en Derecho español, pues reiterado una y otra vez en los Estatutos, reconocido por la inmensa mayoría de las Juntas que acuerdan una ampliación de capital, y vital para mantener incólumes los derechos políticos y económicos de los accionistas, puede considerarse como de aquellas cláusulas típicas del contrato que se destacan de la voluntad de las partes, se aislan de ella y se convierten en normas objetivas de Derecho, al amparo de la fuerza que el artículo 2.<sup>o</sup> C. de c. reconoce a los usos mercantiles.

Incidentalmente, otros autores, como VICENTE Y GELLA (2) e INFANTE (3), habían reconocido este carácter; pero fué BOUTHELIER quien defendió que su práctica reunía todos los requisitos del uso y que, por tanto, la Junta no tenía facultades para anularlo o desconocerlo.

Lo cierto es que, aun sin ese carácter, que no se puede afirmar que tuviera, las razones que luego expondremos imponían su existencia; el T. S. había resuelto diversos casos en los que se reconocía ese derecho (4); y desde 1940 una serie de leyes habían empezado a ocuparse de él con mayor o menor acierto (5).

(1) RDM. Vol. X. Número 30, ps. 365 y 366. "En nuestra opinión —concluye— el derecho de suscripción preferente tiene el rango de uso mercantil normativo en el Derecho español. En consecuencia, procede negar facultad a la Junta General para anularlo o desconocerlo y el acuerdo así adoptado podrá ser impugnado por el socio que haya visto desconocido su derecho por la Asamblea".

(2) *Curso de Derecho Mercantil comparado*. Vol. I, Zaragoza, 1944; p. 215.

(3) RDM. Vol. II. Número 4; p. 161.

(4) SS. de 9 noviembre de 1891, 8 de noviembre de 1893, 14 de mayo de 1929, 31 de mayo de 1930, 18 de abril de 1934, 23 de enero de 1947, 20 de diciembre de 1952 y 24 de noviembre de 1960, entre otras.

(5) La Ley de Reforma Tributaria, de 16 de diciembre de 1940, al considerar

2. RECONOCIMIENTO LEGAL Y FUNDAMENTO.—La Ley de Sociedades Anónimas lo consagra en su artículo 39 como uno de los derechos mínimos que atribuye la acción y que determinan la condición del socio, al lado del derecho de voto, del de participar en el reparto de las ganancias sociales y del de participar en la liquidación, es decir, como uno de los derechos individuales o sustanciales del accionista. El artículo 92 contiene el desarrollo de la norma y dice: "En toda elevación de capital con emisión de nuevas acciones, los antiguos accionistas podrán ejercitar, dentro del plazo que a este efecto les conceda la administración de la Sociedad, y que no será inferior a un mes, el derecho a suscribir en la nueva emisión un número de acciones proporcional al de las que posean". La Ley de Sociedades Limitadas de 17 de julio de 1953 reconoce expresamente en su artículo 18 el mismo derecho en el caso de aumento de capital a los socios para asumir una parte proporcional de las participaciones.

La Ley con esto no ha hecho sino ajustarse a las enseñanzas de la práctica, a las necesidades de la lógica y a los ejemplos del Derecho comparado, viiniendo a llenar una necesidad fuertemente sentida en la regulación del Derecho de Sociedades.

a) A las enseñanzas de la práctica, pues, como hemos indicado, todas las grandes Sociedades cuyas acciones se cotizaban en Bolsa lo tenían establecido, y aun la mayor parte de las pequeñas Sociedades Anónimas —verdaderos patrimonios separados por vía de creación de una personalidad jurídica, sociedades familiares que en realidad no eran sociedades anónimas en la primitiva concepción de la figura— también.

b) A las necesidades de la lógica, pues el fundamento del derecho de suscripción preferente está enraizado en la misma entraña, organización y condición de la Sociedad Anónima.

---

a efectos fiscales "puro ingreso" de la empresa "las plus-valías obtenidas de la negociación de las propias acciones de las compañías a tipo superior al nominal", vino a favorecer las emisiones a la par, y con ello la extensión del derecho de suscripción preferente.

Este criterio se modifica después en una serie de disposiciones que tratan con excesiva rigurosidad a este derecho.

La Ley de 10 de noviembre de 1942, exige autorización del Ministerio de Hacienda para la constitución de sociedades cualquiera que sea su capital, cuando se da derecho preferente de suscripción a otras entidades o a los accionistas de otras entidades.

La Ley de 15 de mayo de 1945 exige previa autorización ministerial para la emisión o puesta en circulación de acciones cuando se reserva el derecho de suscripción a los poseedores de otros títulos previamente circulantes, aunque el capital no llegue a cinco millones.

La Ley de 31 de diciembre de 1946, dispone que cuando se reserve a los antiguos accionistas o a otras personas el derecho preferente de suscripción se deberá exigir además del valor nominal la parte proporcional de reservas imputable a cada uno.

La Orden de 28 de febrero de 1947 refunde estas disposiciones y mantiene la autorización del Ministerio de Hacienda cuando se reserve derecho de suscripción a los poseedores de otras acciones.

Aunque sea someramente, pues no quiero extenderme en ideas que más corresponderían a un estudio del fundamento del derecho de suscripción preferente, es conveniente aquí recordar cuál es la verdadera situación económica de una Sociedad de capital fijo y responsabilidad limitada (que son precisamente los caracteres de las Sociedades Anónimas y Limitadas).

Los dos distintos valores que tienen las acciones, el nominal y el efectivo, corresponden a dos distintos elementos: el capital y el patrimonio. Estos dos conceptos que en un momento inicial pueden coincidir (o aún ni siquiera eso por la posibilidad de acciones *compartimentadas ab origine*; art. 36 L. S. A.), se empiezan a separar inmediatamente. La Sociedad va desarrollando sus actividades y automáticamente se empiezan a producir una serie de fenómenos.

1) El beneficio no coincide con el dividendo. El beneficio neto "es el exceso de los ingresos sobre los gastos del ejercicio recogido en la cuenta de pérdidas y ganancias, regularmente aprobada" (6). El beneficio neto es puramente la indicación de valor de una parte del patrimonio social que ha de ser destinado por los Estatutos o por la Junta a incrementar el capital, a repartirse entre los socios, a cubrir pérdidas anteriores, reconstituir el capital o a amortización del activo. Sólo en uno de esos casos el beneficio se convierte en dividendo (7).

Por este camino se crean las reservas, bien estatutarias, facultativas o legales. A veces los mismos Estatutos dan a conocer ya al socio que entra en la Sociedad en esas condiciones, que una parte de las ganancias se destina a reservas; otras veces es la Junta general la que, con una mayoría normal, adopta esa decisión; y otras, por último, la misma Ley la que, por razones de economía nacional de seguridad del tráfico y de durabilidad de las personas ficticias creadas

---

(6) La determinación y la distribución del beneficio neto en la Sociedad Anónima, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, Roma-Madrid, 1955. Cuadernos del Instituto Jurídico Español, núm. 3; p. 30.

(7) Confundir el beneficio de la Sociedad con el beneficio del socio (dividendo), encierra un grave error. Decir que el beneficio neto es una parte del patrimonio social que ha sido producida por él, y que pertenece a los socios, porque éstos les corresponde el derecho de goce sobre ese patrimonio, es olvidar la distinción primaria entre Sociedad y socio, y que el patrimonio no pertenece a los socios, sino a la Sociedad, que como persona jurídica es titular del derecho de goce sobre el mismo.

Los beneficios no se convierten en dividendos en su totalidad casi nunca. La particular dialéctica que se produce entre el interés de los socios y el de la Sociedad, se manifiesta aquí claramente. La Sociedad, defendida por los Administradores, tiende a robustecerse por medio de esos beneficios no repartidos que constituyen como un seguro de vida y actuación. El interés de los socios, sobre todo de los socios puramente inversionistas o capitalistas, no tanto de los directores, fundadores o industriales, es sacar a su capital la mayor renta posible; pero la capitalización y el ahorro son para la Sociedad, para su vida, solidez, estabilidad y crédito tan necesarios que el mismo legislador protege la formación de esos fondos especiales detraídos de los beneficios.

o amparadas por el ordenamiento —personas jurídicas— impone la formación de esas reservas (art. 106 L. S. A.).

2) Aun la parte de beneficios que no se destina a reservas no pertenece al socio de forma efectiva o mejor aún no la puede reclamar en cualquier momento. El socio tiene un derecho abstracto a participar en el reparto de las ganancias, pero no tiene derecho concreto al dividendo, sino cuando la Junta lo ha fijado y hecho exigible (8).

El socio no puede ser privado de su derecho abstracto, que es un derecho individual, pero sí de su derecho concreto por acuerdo de la Junta. Y entretanto, durante el ejercicio, hasta que no se fijan los dividendos, tiene un derecho a esa parte de beneficios pendiente de aplicación, que pueden llegar a ser dividendos, pero puramente expectante.

3) El activo de la Sociedad se compone de una serie de elementos: muebles, inmuebles, créditos, metálico, etc. Todos estos elementos tienen una valoración inicial que coincide, a veces ni siquiera eso, con un valor real. Pero en seguida se empiezan a producir dos fenómenos:

a) La Sociedad fija un plan de amortizaciones de sus elementos del activo (9).

b) Además de las causas intrínsecas, operan sobre el patrimonio otras causas extrínsecas, que pueden producir importantes revalorizaciones, reales o ficticias.

Reales, como, por ejemplo, la que se produce con los terrenos industriales, con el ensanche de las ciudades. Precisamente éste es un fenómeno universal y corrientísimo. Una Sociedad industrial que surge necesita una fábrica, almacén o negocio en una zona industrial de una ciudad donde, además de ser más barato el terreno, tiene más facilidades administrativas, etc. El simple transcurso de los años produce el efecto necesario de que al extenderse la ciudad —y vivimos una época en que esto está sucediendo fatalmente—, aquella zona se convierte en más céntrica y, por tanto, aumenta de valor, aumento que no se refleja en el balance porque implicaría un beneficio tributable y que, por lo tanto, constituye una reserva oculta.

Ficticias, como, por ejemplo, la que se produce como consecuencia de la progresiva desvalorización de la moneda. Si existe otro

(8) *Sobre el derecho al dividendo* *vd.*: SÁNCHEZ CALERO, ob. cit.; página 127. GARRIGUES, URÍA. Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas. Madrid, 2.<sup>a</sup> edición. Tomo I, p. 401 y tomo II, p. 397.

(9) Con relación a los fines que persigue, o a su marcha, ese plan va más o menos deprisa. La Sociedad, por ejemplo, fija un 10 por 100 o un 20 por 100 de amortización anual, de forma que a los diez o cinco años se ha drenado de los beneficios una cantidad para sustituir esos bienes que se considera que ya son inútiles, inservibles o sin valor. Pero la realidad puede no coincidir con la planificación. Es más, en una Sociedad cauta y ordenada no coincidirá, y así sucederá que se podrá sustituir el equipo o maquinaria para seguir en condiciones de competir, aunque aún no sea rigurosamente necesario. Así en esos bienes que están totalmente amortizados, que contablemente carecen de valor, prácticamente tienen un valor indudable. Incluso, cuando se trata de inmuebles, pueden conservar el mismo o superior valor.

fenómeno fatal es éste. La evolución de la moneda no ha cambiado de signo desde los tiempos de la Monarquía y la República en Roma (10). La unidad monetaria constantemente disminuye su valor adquisitivo. Los índices actuales son evidentes.

El índice del coste de la vida ha aumentado en España de 75 en 1955 a 118 en 1962; en Francia, de 83 en 1955 a 119 en 1962; en Italia, de 93 en 1955 a 109 en 1962, y el cambio es constante y progresivo (11).

Así, los bienes valorados, por ejemplo, en mil, aunque sigan valiendo lo mismo, o aún menos, necesitan como equivalentes un número de unidades monetarias, de ese dinero más barato, superior a mil; es decir, su valor nominal no corresponde a su valor efectivo. Se produce así una discordancia entre su valor contable y su valor real, que, aunque ni suponga revalorización real, supone una revalorización monetaria que produce otra reserva oculta.

Por todo ello, la acción no representa, aun desde el punto de vista patrimonial, que es el único que por ahora tocamos, una cuota en el capital. La acción es más bien una cuota del patrimonio, o mejor aún indica la proporción, una centésima, una milésima, que se tiene en la Sociedad. En los Estados Unidos y en otros países, incluso se admiten las acciones sin valor nominal, que representan únicamente una parte alícuota de la Sociedad. En Estados Unidos fueron introducidas por primera vez en 1912, en el Estado de Nueva York, y hoy están admitidas en la mayoría de los Estados (12), y se admiten las acciones con valor nominal (*par value shares*) al lado de las acciones sin valor nominal (*no par value shares*) (13). En Bélgica están expresamente admitidas por la legislación mercantil (14).

Si se quiere descomponer esa acción, especificar lo que representa desde un punto de vista patrimonial, habrá que reconocer que atribuye al menos, como enseñaba LARRAZ (15), una cuota en el capital, una cuota en las reservas y una cuota en los beneficios pendientes de aplicación. Es por ello que las acciones tienen inmediatamente dos valores: el nominal y el de mercado o efectivo o real.

Cuando se aumenta el capital, por cualquier procedimiento que sea, se produce el siguiente fenómeno: Las nuevas acciones, sumadas a las antiguas, hacen que la cuota de éstas en el patrimonio disminuya proporcionalmente. Es decir, si una Sociedad de medio

(10) En el año 485 antes de J. C. al crearse la moneda de plata, el sextercio de diez ases valía lo mismo que un as antiguo, y el año 535 antes de J. C., un as pesaba ya la décima parte de su peso primitivo.

(11) Datos del informe económico de 1962 publicado por el Banco de Bilbao.

(12) *Les Sociétés commerciales aux Etats-Unis d'Amérique*, HUBERT LEPARGNEUR, París 1951; p. 173.

(13) *Le Società per azioni negli Stati Uniti*, ANGELO PIERO SERENI, Milán, 1951; p. 43.

(14) Arréte royal de 30-XI-1935, artículo 41.

(15) El usufructo y la sustitución fideicomisaria sobre títulos-valores. RDM. Volumen III, núm. 7; p. 11.

millón de capital, con acciones de mil pesetas, se eleva a un millón, automáticamente cada acción se convierte en la mitad de una quinientava parte del patrimonio y, por tanto, las nuevas adquieren no sólo una milésima del capital, sino de las reservas y de los beneficios acumulados, que sustraen a las acciones antiguas.

Pero, además de esta razón económica, de absoluta justicia, que sería suficiente para justificar el derecho de suscripción preferente, existen otras de tipo político o de mando en la Sociedad. Ese perjuicio se podría evitar emitiendo las acciones nuevas con prima siempre que ésta equivaliera a la diferencia entre capital y patrimonio. lo que en sí es enormemente difícil de calcular en forma exacta (16).

Pero la emisión con prima, aunque deje a salvo los derechos económicos de los accionistas, no protege otros derechos tan respetables como esos.

En primer lugar, en las Sociedades la tenencia de un porcentaje de acciones es esencial para el ejercicio de ciertos derechos: diez por ciento para el nombramiento de censores de cuentas (art. 108 L. S. A.), convocatoria de Juntas extraordinarias (art. 56), petición de responsabilidad a los Administradores (art. 80); veinticinco por ciento para cierta información en las Juntas (art. 65); mayorías especiales para determinados acuerdos (art. 58) o para nombrar Administradores (art. 71), etc.

Al aumentar el capital, si se priva a los accionistas de suscribir una parte proporcional, quedarán reducidos automáticamente sus porcentajes y se encontrarán con que han perdido el derecho a hacer que se convoque la Junta, a tener un Administrador en el Consejo, o a exigir responsabilidad a los Administradores, etc., todo lo cual puede tener una trascendencia en el interés en la Sociedad, en la marcha de ésta y hasta en los resultados económicos de las acciones.

En segundo lugar, la simple disminución del valor de la opinión como consecuencia de la reducción del voto en relación con la totalidad es suficientemente grave como para justificar aquel derecho (17). De sobra es sabido que el cambio de mayoría a minoría

---

(16) En efecto, la prima ha sido otra solución tradicional para el caso de emisión de nuevas acciones con aportación de nuevos capitales. Pero el derecho de suscripción preferente y la emisión con prima son dos situaciones con fines coincidentes sólo en parte. El derecho de preferencia es un método de garantía más completo para los antiguos accionistas, mientras que la prima es más favorable desde el punto de vista de fortalecimiento de la empresa, ya que mantiene la proporción existente antes del aumento entre el capital y el patrimonio. Sobre la prima de cuestión vd: L. de 31 de diciembre de 1946, Orden del Ministerio de Hacienda de 28 de febrero de 1947. Orden de 19 enero de 1952 y Orden de 26 de marzo de 1952.

(17) En el derecho de los Estados Unidos se consideraba que la principal razón del derecho de suscripción preferente era evitar que los socios perdieran por emisión de nuevas acciones su derecho de control. Con la aparición de acciones sin voto se ha visto más clara esta relación; la mayoría de los Estados permiten negar ese derecho a los tenedores de acciones sin voto para evitar que puedan llegar a adquirirle si se emiten acciones ordinarias,

puede ser razón determinante para que deje de interesar una Sociedad, y que una persona o grupo puede no estar interesada en una Sociedad sino sobre la base de gobernarla o dirigirla y al privársele de su mayoría por el procedimiento de aumentar el capital, puede burlarse o hacerse desaparecer uno de los requisitos o presupuestos que le indujeron a entrar en la Sociedad.

c) Estas razones son de tanto peso que han hecho que poco a poco las legislaciones hayan ido introduciendo el derecho de suscripción preferente, y así el Derecho comparado sirvió de ejemplo a nuestro legislador a la hora de decidir sobre la introducción y admisión de dicho derecho.

El Decreto de 8 de agosto de 1935 regula en Francia el derecho de suscripción preferente, reconociendo este derecho a las acciones de numerario que se emitían en un aumento de capital (art. 1.º). Sólo se puede excluir este derecho por la Junta General con especiales quórum y mayorías (art. 5.º), y es preciso que el Consejo indique en un informe previo los motivos del aumento, el nombre de las personas, el tipo de suscripción y las bases sobre las que éste se ha determinado (art. 6.º); el Consejo de vigilancia debe asimismo informar a la Asamblea si el del Consejo le parece exacto y sincero (art. 7.º), y la garantía de estos informes se logra amenazando con fuertes sanciones para el caso de que fueran fraudulentos (18).

La ley alemana de 30 de enero de 1937 reconoce en su artículo 153 un privilegio de suscripción a los accionistas proporcional a las acciones que tenían; y para suprimirlo o restringirlo se necesita que se tome el acuerdo en la decisión relativa al aumento de capital y por una mayoría al menos de tres cuartas partes del capital representado en la Junta. Y ese derecho de suscripción preferente es transferible y negociable (19).

En derecho suizo, el art. 652 C. o. concede a los socios el derecho a suscribir una fracción de los nuevos títulos proporcional a las antiguas acciones que poseían. Pero este derecho no se considera como un derecho individual (20), y se reconoce sólo en tanto los Estatutos o la Asamblea general no tienen norma en contrario.

El C. italiano en su artículo 2.441 establece que las acciones ordinarias de nueva emisión deben ser ofrecidas en opción a los accionistas en proporción a las que tengan. Se exceptúa el caso de que se suscriban contra aportaciones in natura, o que se excluya el derecho de opción por acuerdo de la Junta que represente más de la mitad del capital social, siempre que el interés de la Sociedad lo exija, o que se

y en cambio, se permite emitir estas acciones sin que exista derecho de suscripción preferente de los antiguos accionistas. LEPARGNEUR, ob. cit.; p. 216.

(18) A. JOLY, *Dictionnaire du Droit des Sociétés Anonymes*; p. 112.

(19) *La loi allemande sur les Sociétés par actions*. DURONDIER Y KÜHLEWEIN; París, 1954.

(20) *Le droit des Sociétés anonymes en Suisse*. F. DE STEIGER; Lausanne, 1950. p. 299.

trate de emitir acciones privilegiadas, o en parte cuando se ofrezcan las acciones a los dependientes de la Sociedad.

En los Estados Unidos este derecho pertenece por derecho común al accionista; para eliminar esta presunción es preciso una ley del Estado. Así sucede por ejemplo en Indiana y California donde no hay "preemptive right" si no lo han establecido los Estatutos.

El derecho de suscripción preferente tiene un origen muy antiguo; el "leading case" es una resolución del Tribunal del Estado de Massachusetts de 1807, pero su extensión ha disminuido según LEPARGNEUR (21). Siempre se han reconocido además ciertas excepciones: no se da respecto a las acciones de tesorería, es decir, las que se hallan en poder de la Sociedad, o respecto de las acciones emitidas, pero no en circulación como consecuencia de conservarse en cartera, ni respecto de las que se suscriben mediante aportaciones en natura.

En Argentina, aunque no esté reconocido el derecho de suscripción preferente, RIVAROLA (22) señala que con frecuencia se emiten acciones con prima y que es usual también establecer en los Estatutos al tomar el acuerdo de aumento de capital, el citado derecho, en forma proporcional a los accionistas antiguos, para resarcirles así de la perdida de parte de las reservas, o bien negociando su derecho, o bien suscribiendo las nuevas acciones. En Bélgica, en cambio, no existe derecho de suscripción preferente si los Estatutos no lo han establecido (23).

3. NATURALEZA JURÍDICA.—Aunque sea de forma muy somera, pues no pretendemos en esta ocasión entrar en el fondo del problema (24), vamos a recoger las posiciones dominantes sobre la naturaleza de este derecho y decir cuál es su verdadero carácter, pues sólo así podremos después examinar los problemas prácticos que hemos de abordar y que son el objetivo de este trabajo.

La primera teoría o idea que surgió fué la de que el derecho de suscripción preferente era un fruto de la acción; es la visión más ingenua. Es la postura de la S. T. S. de 9 de noviembre de 1891. Si el derecho de suscripción preferente tiende a defender el derecho del socio a los beneficios no repartidos, y a las reservas, y los beneficios son el fruto natural de la acción —se argumenta—, aquél derecho es, en realidad, un fruto de ésta que equivale a aquéllos.

Toda esta teoría prescinde de un hecho fundamental sobre el que ya hemos insistido otras veces: la inadaptableidad de los conceptos

(21) Obra citada, p. 218. Este autor y SERENI citan como las obras más interesantes para el estudio del derecho de suscripción preferente en este país las de A. H. FREY. *Yale Law Journal*. Marzo, 1929; p. 563 y de H. S. DRINKER, Jr. *Harvard Law Review*. Febrero, 1930; p. 586.

(22) *Sociedades Anónimas*. Cuarta edición. Buenos Aires, 1942. Tomo III, página 60.

(23) FREDERICQ, *Principes de Droit Comercial belge*. Saute, 1930. Tomo II, página 414.

(24) Sobre la naturaleza del derecho de suscripción preferente ver en la doctrina española BOUTHELIER, ob. cit., p. 338 y ss.

civiles al derecho mercantil. Ni las ganancias son fruto, ni el dividendo es idéntico al beneficio; ni las reservas son frutos acumulables; ni el derecho de suscripción preferente es la forma exclusiva de participar en los beneficios no repartidos, ya que puede existir aun cuando se emitan las acciones com prima.

Ya MONTESSORI (25) opinaba que "el derecho de opción no es un rédito, sino el derecho de ser preferido a otro en la formación de un negocio jurídico". STAUB-PINNER dice que "es difícil hacer entrar este derecho en el concepto de fruto, ya que no se trata de un derecho que brota inmediatamente de la cosa (el título), sino más bien de un derecho ligado a la acción de adquirir nuevas acciones a título oneroso".

ASCARELLI (26) niega que tenga el carácter de fruto, y cree que constituye un derecho *ab origine* inherente a las acciones antiguas y encaminado a impedir que el valor de éstas pueda resultar perjudicado por medio de un aumento de capital.

El T. S., en S. de 23 de enero de 1947, ha dicho que "el derecho de suscripción de nuevas acciones atribuido a los accionistas de una Sociedad Anónima no es fruto de las antiguas, ya que el fruto es algo producido por la cosa que lo da, y es evidente que las acciones nuevas no pueden estimarse generadas por las antiguas, cuyo fruto o producto son los dividendos repartidos a los accionistas o prestaciones que tengan igual carácter".

Al lado de ésta surgieron toda una serie de teorías que son verdaderas variantes de ella.

SAUTAI la considera un producto porque, como ellos, "sale de la cosa agotando su sustancia, porque no se reproduce o lo hace muy lentamente" (27).

El Tribunal de Casación francés, en S. de 1903, consideró que las acciones nuevas suscritas en virtud de un derecho preferente eran un aumento que experimentaban los bienes de los cuales éste dimanaba y que seguían la condición de las acciones antiguas de las cuales dependían como accesorios, y en S. de 1935 reafirma esta idea.

En otras ocasiones, más que explicar la naturaleza jurídica del derecho de suscripción preferente, simplemente se describe, como hace LANDEROIN cuando dice que es "la compensación de la pérdida que el aumento de capital origina a las acciones antiguas", o los que señalan que es una fracción de la acción antigua, o una desmembración de ella y representan parte de los productos sociales capitalizados (ASQUINI (28).

BOUTHELIER cree que el derecho de suscripción preferente es un

(25) *Il diritto d'opzione nella emissione di nouve azioni.* Riv. Dir. comm. 1921. Tomo I, p. 466.

(26) ASCARELLI, *Usufructo di azioni e diritto di opzioni.* Riv. Dir. comm. 1943; p. 165.

(27) *L'usufruit des valeurs mobilières.* Dalloz París, 1925, citado por BOUTHELIER.

(28) *Usufrutto di quote sociali e di azioni.* Riv. Dir. comm. 1947; p. 12 ss.

elemento esencial de la acción, una de sus partes constitutivas. Para que la acción exista con un verdadero carácter de cuota de participación en la dirección de la Sociedad y cuota de participación en el patrimonio social es indispensable que forme parte de ella el derecho de suscripción preferente (29).

MESSINEO (30) lo considera en tanto no se separa de la acción como un derecho corporativo, conexo a la cualidad, al *status* de socio; responde al propósito de salvaguardar a favor del accionista la integridad de su participación en el patrimonio social, con lo que llega a ser uno de los llamados "derechos individuales del accionista".

SÁNCHEZ TORRES (31) cree que el derecho de suscripción preferente no puede considerarse renta, sino parte integrante del capital, es decir, que no es un producto, sino una ventaja que la acción proporciona.

A la vista de la regulación que todas las legislaciones indicadas contienen del derecho de suscripción preferente, se puede considerar que no es sino una manifestación o una consecuencia del *status* de socio. Es decir, una de las facultades que la tenencia de la acción concede. El problema existe por el intento de trasladar conceptos civilísticos al campo de las Sociedades que tiene una especial estructura. Lo mismo que nadie se ha planteado si el derecho de voto o el de la cuota de liquidación es un fruto, debe hacerse con el derecho de suscripción preferente. Es una de las manifestaciones de la condición de socio que, junto con otras, en un haz, forma ésta. Lo mismo que el derecho de voto protege el aspecto político o de intervención y el derecho al dividendo el aspecto de rentabilidad, el de suscripción preferente tiene un doble o mixto carácter político-económico que protege la posición de proporcionalidad y la participación en el exceso del patrimonio sobre el capital.

La mayor parte de la doctrina destaca el carácter patrimonial; pero creemos que es más acertada la posición de Miccio (32) y otros autores que le considera como derecho mixto o político-patrimonial.

Se trata de uno de los llamados derechos individuales del accionista que forman, como la ley española literalmente dice, el contenido mínimo de la acción. Como tal, forma parte integrante de ella, hasta el punto de que en Derecho español se mantiene por la mayoría de los autores, entre ellos GARRIGUES y URÍA (33), que no puede ser eliminado en ningún caso ni aun por acuerdo de la Junta con mayorías reforzadas.

Como hemos visto, la razón y esencia del derecho de suscripción

(29) Obra citada, p. 356.

(30) *Variazioni del capitale e collazione di azioni donate*, en Studi di diritto delle società, Milano, 1949; p. 145.

(31) *Usufructo de acciones de sociedades mercantiles*. Editorial RDP, Madrid, 1946; p. 90.

(32) Miccio, *Il diritto d'opzione nell'aumento di capitale della Società per azioni*, Nápoli, 1957.

(33) Obra citada, tomo I, p. 405.

preferente son claras, pero la regulación que de él hacen todas las legislaciones es extraordinariamente somera. Se limitan a reconocer este derecho y, a lo sumo, a determinar los casos más importantes en que procede o no su ejercicio.

Sin embargo, la práctica ofrece una numerosa serie de problemas, muchos de ellos de extraordinaria importancia, y notables repercusiones económicas. A su planteamiento y examen va dirigido este trabajo.

Algunos de ellos han sido tratados o al menos comentados por la doctrina o jurisprudencia de este o aquel país; pero la mayoría sólo son tocados incidentalmente, y se hallan, al menos en nuestro Derecho, huérfanos de todo examen. Este primer ensayo de estudio de la problemática del derecho de suscripción preferente en su ejercicio pretende exponer un repertorio de casos sugerentes y aptos para ser objeto de examen más reposado.

Anque en realidad todos los problemas que vamos a exponer tienen independencia propia, los vamos a clasificar en tres grandes grupos, por razones de sistemática:

Problemas determinados por la forma del aumento de capital, o procedencia del derecho de suscripción preferente.

Problemas referentes al sujeto del derecho de suscripción preferente, o titularidad de este derecho.

Problemas referentes a la negociabilidad del derecho de suscripción.

## II

### PROCEDENCIA DEL DERECHO DE SUSCRIPCION PREFERENTE

I. AUMENTO POR TRANSFORMACIÓN.—La Ley de S. A. reconoce en su artículo 88 que el aumento de capital puede hacerse en diversas formas: nuevas aportaciones al patrimonio, transformación de reservas o plusvalías en acciones y conversión de obligaciones en acciones.

El artículo 92 dice que “en toda elevación de capital con emisión de nuevas acciones” procede el derecho de suscripción preferente, de lo cual parecería poder entenderse ya que nuestro derecho no establece excepción ninguna, que también en el caso que examinamos hay que tener en cuenta ese derecho. Pero si se examina a fondo el mecanismo de ese aumento se ve que es imposible sostener ese criterio.

Cuando se trata de transformación de reservas o plusvalías, cabe que el aumento se haga incrementando el valor nominal de las acciones viejas, con lo que en realidad lo que se está haciendo es procurar que reflejen una cuota del patrimonio y no sólo del capital, o emitiendo y entregando gratuitamente acciones nuevas por el importe del aumento.

Quizá el artículo 92 dice que se da el derecho de suscripción preferente en "toda emisión de nuevas acciones", y no exceptúa el aumento por transformación de reservas por considerar que este aumento se producirá mediante el canje de las antiguas por las nuevas o por estampillado. En todo caso, el procedimiento mecánico es indiferente; lo que importa es que se trata de un tipo de aumento con entrega gratuita, en el que no cabe hablar propiamente de derecho de suscripción preferente, ya que no pueden resultar afectados los extraños, pues se ofrece automáticamente a los poseedores de acciones. Por ello casi se puede afirmar que no actúa el derecho de suscripción preferente porque los fines que éste obtiene en los demás casos de aumento con suscripción y desembolso, se obtienen aquí por la misma esencia y forma del aumento.

URÍA (34) afirma que en este caso no hay derecho de preferencia, porque como las acciones se reparten necesariamente a los antiguos socios, se cumple la misma finalidad que persigue ese derecho. "No hay opción porque las nuevas acciones pertenecen a los antiguos accionistas por ministerio de la ley".

Por la misma naturaleza de las cosas, la solución es esta misma en todos los demás derechos. En Italia, el artículo 2.442 dice que "las nuevas acciones deben ser asignadas gratuitamente a los accionistas en proporción a las que ellos ya poseen".

Se puede dudar, sin embargo, qué sucedería en el caso de que alguien no quisiera las acciones nuevas gratuitas, o de que no tuvieran destinatario conocido. El primer supuesto es dudoso porque el acuerdo de aumento tomado por la Junta obliga a los socios y la adjudicación es automática. Pero así y todo cabe pensar en que es necesaria una aceptación o un desapoderamiento inmediato, o una renuncia al derecho en cuanto que normalmente nadie debe ser obligado a recibir lo que no quiere. El segundo supuesto es mucho más frecuente y de hecho hay Sociedades en las que se ha perdido la noticia de a quién corresponden ciertas acciones, que olvidadas en alguna caja de seguridad, o sin adjudicar en una herencia se pueden considerar perdidas.

En ambos casos falta una norma en la ley que venga a resolver el problema. Si se exige la suscripción, las acciones que no lo hayan sido quedarán a disposición de la Sociedad para ofrecerlas a otras personas, pero si como es normal no es preciso ese acto, entonces la norma más parecida que se podrá aplicar por analogía es la del artículo 44 L. S. A., que prevé el caso de que no se desembolsen los dividendos pasivos en la forma convenida.

Entre las soluciones que se ofrecen a la Sociedad, hay que excluir los números 1) y 2), ya que no hay nada reclamable; la 3) enajenar las acciones por cuenta y riesgo del socio moroso, sería la solución aceptable. La Sociedad debe poder proceder a la venta de las acciones en la forma y con las consecuencias del último párrafo del art. 44.

Esta solución es además la más acorde con la naturaleza de la ope-

---

(34) Obra citada, tomo I, p. 408.

ración. Las nuevas acciones son parte del patrimonio de la Sociedad que pertenece a ésta y a través de ella a sus socios. Si alguno de éstos rechaza ese beneficio o se desconoce su identidad, lo justo es que repercuta en beneficio de los demás socios, lo cual se logra ingresando en el patrimonio de la Sociedad el importe de esas acciones por medio de su venta a terceros.

Asimismo cabe plantearse el problema que se suscita en el caso de que se hagan dos aumentos de capital, uno por transformación y otro con suscripción y aportación. En el caso de que el primero se haga el de transformación y luego el otro, no hay dificultad, pero sí en el caso contrario, pues entonces los viejos socios que no hayan suscrito parte de las nuevas acciones, se encontrarán con que tienen una parte menor en las reservas y por tanto en las acciones nuevas, y en cambio los socios recién llegados recibirán gratuitamente unas acciones, consecuencia de unas reservas que ellos no han contribuido a formar.

ASCARELLI (35) cree que no se puede astutamente proceder a un aumento de capital por suscripción para después proceder a un aumento de capital con emisión de acciones gratuitas, burlando la norma del art. 2.442, y no puede dudarse que esta hipótesis se da cuando una misma Junta tome las dos deliberaciones haciendo preceder la de aumento de capital por suscripción. La deliberación es en este caso obviamente un fraude del derecho sancionado en el art. 2.442.

NOBILI (36) se inclina también a esa misma conclusión; pero no sólo porque signifique una burla del derecho de suscripción preferente, sino por el mecanismo que debe regir en los aumentos de capital con entrega de acciones gratuitas.

FERRI (37), en cambio, defendía antes de la publicación del Código, la posibilidad de la unión y condicionamiento de dos aumentos de capital, uno gratuito y otro oneroso, de forma que el derecho de opción se condicione asimismo al desembolso de la carga impuesta.

Para él, la operación es lícita porque nos encontramos en el campo en el que la posición del socio está subordinada a la de la Sociedad, puesto que se trata de un acto que mira a realizar los fines de ésta; si incluso se puede eliminar, si lo hubiere exigido el interés social, el derecho de opción, con mayor razón cabe limitarlo.

Desde nuestro punto de vista, no cabe duda que siempre que se pruebe el fraude al derecho de suscripción preferente, que es un derecho individual (art. 39 L. S. A.), será impugnable el acuerdo y, por tanto, el aumento de capital por los socios perjudicados (artículo 67 L. S. A.); pero que tal fraude no hay razón para presumir que exista, siempre que subsigan dos acuerdos de aumento, el primero

(35) *Nuovamente in tema di conti dividendo..., in Banca, borsa, titered. titoli di crédito*, 1956, I, p. 33.

(36) En *Il diritto d'opzione degli azionisti e i suoi limiti*. Rivista delle Società, 1957, vol. UU, p. 656 y ss., esp. 677, y en *Contributo allo studio del diritto d'opzione nelle società per azioni*, Giuffré, 1958; p. 159.

(37) *Distribuzione di azioni gratuite collegata con emissioni a pagamento...*, en Riv. dir. comm. 1939, II, p. 484 y ss.

por suscripción y aportación, y el segundo con cargo a reservas o plusvalías.

En efecto, si la emisión se ha hecho con prima que cubra la diferencia de patrimonio a capital, el mismo derecho tienen los nuevos socios, puesto que han colaborado en la formación de las reservas e incluso, aun en el caso de que no haya prima, los socios viejos se han podido reintegrar de esa diferencia o compensar de esa pérdida vendiendo su derecho.

En estos casos, igual protección merecen los socios antiguos y los nuevos, y no sería justo privar a éstos de una posición semejante a la de aquéllos, ni hacer diferentes categorías dentro de la Sociedad, ni que los viejos socios obtuvieran repetido un beneficio, vendiendo su cupón, que es aproximadamente el valor de su cuota en las reservas, y volviendo a percibir éstas con perjuicio de los nuevos socios a los que nadie ha regalado nada.

El caso sería distinto si en el primer aumento con suscripción y aportación no hubiera jugado el derecho de suscripción preferente, caso por ejemplo, de aportaciones *in natura* u otro semejante, o exclusión, cuando se pueda hacer, de ese derecho, pues entonces no cabe duda que el perjuicio de los antiguos accionistas sería evidente y hasta doble, y fácilmente cabría pensar en la impugnación de esos dos acuerdos sucesivos, bien por fraude, bien sencillamente por “lesionar, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la Sociedad” (artículo 67 L. S. A.).

2. AUMENTO POR APORTACIONES “*IN NATURA*”.—El Derecho español regula, como es natural, las aportaciones *in natura* o no dinerarias en diversos artículos (arts. 17, 2º; 31, 32, 90, 91 de la L. S. A., etcétera), estableciendo una serie de precauciones para su valoración, y para que el patrimonio de la Sociedad nunca sea inferior *ab initio* a su capital.

Los artículos 39 y 92, al tratar del derecho de suscripción preferente, olvidan este caso y no distinguen. El artículo 39 habla de “el derecho preferente de suscripción en la emisión de nuevas acciones”, y el 92 de que “en toda elevación de capital con emisión de nuevas acciones, los antiguos accionistas podrán ejercitar... el derecho a suscribir...”.

Una lectura simple de tales preceptos conduce a la creencia de que, aun en este caso, existe el derecho de suscripción preferente. Sin embargo, la doctrina y la práctica son unánimes en el sentido de que las aportaciones no dinerarias excluyen el derecho de suscripción preferente. URÍA (38) señala que la realidad tiene tanta fuerza que no cabe duda sobre la solución. Las aportaciones no dinerarias se conciernen previamente por interés de la Sociedad, y sólo cuando se ha llegado a un acuerdo se procede a aumentar el capital. Según él, las acciones que se emiten son acciones que tienen destinatarios forzosos.

(38) Obra citada, tomo I, p. 408.

En realidad, la práctica española ha adoptado esta solución por tradición y por necesidad, pues si se admitiera esta excepción quedaría prácticamente imposibilitada la aportación de bienes a las Sociedades si no existiera unanimidad, lo cual va contra el principio de preferencia del interés de la Sociedad sobre los egoístas del socio, y contra el normal desenvolvimiento de las Sociedades, teniéndose que acudir al expediente de comprar esos bienes en el mercado y pagarlos, lo que, además de ser un rodeo inútil, cuando el propietario de ellos está dispuesto a recibir acciones en pago, es mucho más oneroso desde el punto de vista económico y fiscal.

A pesar de ello, no cabe duda que, con los textos legales en la mano, no le sería difícil a un accionista pretender la nulidad del acuerdo de aumento por haberse dejado de respetar ese derecho individual que le pertenece, que es el derecho de suscripción preferente. Es por ello que las Sociedades procuran tomar estos acuerdos por unanimidad o con las mayorías más copiosas.

Desde luego, habría sido preferible que nuestra ley hubiera reconocido esta excepción. Así lo han hecho, por ejemplo, el artículo 1.<sup>o</sup> de la ley francesa de 1935, que se refiere a las acciones de numerario (39); la legislación americana, por entender que en este caso el derecho de suscripción preferente se opondría a los intereses de la Sociedad; y el Código italiano, en el artículo 2.441, párrafo primero. Y es más sorprendente que no se haya hecho teniendo el ejemplo de este último Código, al que tanta importancia, como modelo, dieron los redactores de nuestra ley.

La razón de ser de la excepción es para URÍA la especialidad de las aportaciones no dinerarias y la necesidad de un acuerdo previo con el futuro aportante. FERRARA (40) afirma que "es obvio que la Sociedad emite las acciones, no ya porque tiene necesidad de nuevos capitales, sino más bien para procurarse determinados bienes; tal finalidad se frustraría si aquéllas debieran ofrecerse en opción a los viejos accionistas".

GRAZIANI (41) lo justifica porque la Sociedad no tiene necesidad de nuevos capitales, sino de determinados bienes, que se han de aportar por quien los posea.

Para nosotros no nos cabe duda que la única razón por la que se justifica la excepción, es la misma que sirve de base a los otros dos casos que señala el artículo 2.441 del Código civil italiano; un interés de la Sociedad superior al interés de los socios por el que se les atribuye el derecho de suscripción preferente, que motiva que éste ceda ante aquél.

(39) El Tribunal del Sena en S. 17 enero 1949, citada por MOREAU (tomo I, página 612) ha confirmado que no es aplicable este derecho sino al caso específico de aportaciones en numerario.

(40) *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1952, p. 351.

(41) *Diritto delle Società*, Nápoli, 1962; p. 259.

En mi opinión, a favor de la no aplicación del derecho de suscripción preferente a este caso militan una serie de razones:

1.<sup>a</sup> La especialidad de los bienes pretendidos por la Sociedad que no pueden ser aportados por los socios indiferentemente.

2.<sup>a</sup> La necesidad de unos tratos y acuerdos previos para la adquisición de los bienes que el posible aportante no estaría dispuesto a hacer si supiera que llegado el momento del aumento de capital sólo podría participar en él si ningún socio se opusiera.

3.<sup>a</sup> La posibilidad de la Sociedad de interesar en ella a grupos poseedores de bienes interesantes que de otra manera nunca tendrían acceso a ella.

4.<sup>a</sup> La radical incompatibilidad que supondría admitir y regular especialmente las aportaciones no dinerarias y después mantener en este caso el derecho de suscripción preferente, que prácticamente haría imposible, sobre todo en las Sociedades grandes, por la natural dificultad de lograr la unanimidad, la efectiva aportación de elementos no dinerarios.

5.<sup>a</sup> La unánime oposición de la doctrina española (URÍA, GARRIGUES, GIRÓN TENA (42) y extranjera (43) y las enseñanzas del Derecho comparado.

6.<sup>a</sup> Incluso la letra del artículo 90 de la L. S. A., que dice: "en caso de aportaciones no dinerarias, el acuerdo se adoptará con conocimiento de la Memoria e informe a que se refiere el párrafo segundo del artículo diecisiete de esta ley, así como del nombre del aportante, y determinará el número de acciones que han de entregarse y las garantías adoptadas para la ejecución del compromiso, según la naturaleza de los bienes en que la aportación consista". En efecto, en este párrafo se advierte que el convenio sobre la aportación es previo al acuerdo, y que éste versa no sobre los bienes, sino sobre los bienes como aportación, es decir, que el acuerdo recae sobre incluso el nombre del aportante, o sea, que cuando se vota el aumento, se vota al mismo tiempo quién ha de suscribir esas nuevas acciones que se emiten a cambio de las aportaciones.

Pero aunque hayamos llegado a esta solución, que, además, como hemos dicho, es la predominante en la práctica, no quiere esto decir que no existan casos de solución dudosa en la relación entre las aportaciones *in natura* y el derecho de suscripción preferente.

a) En Derecho italiano se excluye el derecho de opción, "salvo che per deliberazione dell'assemblea debbano essere liberati in tutto o in parte mediante conferimenti *in natura*" (art. 2.441, 1.<sup>o</sup>). Como consecuencia, se ha discutido si las aportaciones de créditos motivaban la misma excepción. NOBILI (44) entiende que debe tratarse en

(42) URÍA y GARRIGUES, *obra citada*, tomo I, p. 409; GIRON TENA, *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952, p. 492.

(43) FRE, *obra cit.*, p. 619. DE GREGORIO, *Corso di diritto commerciale. Società*, Roma, 1952; p. 315. MOREAU, *La Société anonyme*, París, 2.<sup>a</sup> ed., s/f., tomo I, p. 612.

(44) *Obra citada*, p. 164.

forma semejante, dada la identidad de la *ratio legis*, y que la expresión *conferimenti in natura* ha traicionado la intención del legislador y debe ser interpretada extensivamente.

Tal problema debe considerarse resuelto en Derecho español, pues nuestra ley habla con mejor técnica de "aportaciones no dinerarias", con lo cual cualquier tipo de aportación que no sea de dinero merece ya un trato distinto. Y, además, el artículo 31 incluye dentro de las aportaciones dinerarias las que se hagan en moneda nacional y extranjera, y entre las "no dinerarias" las de muebles, inmuebles, derechos asimilados a ellos, derechos de crédito, empresas y establecimientos mercantiles. Y las mismas razones que abonan el especial trato para el caso de aportación de bienes muebles o inmuebles, se deben aplicar al caso de aportación de derechos de crédito, patentes, procedimientos de fabricación, estudios técnicos, etc.

b) Cabe que se trate de aportaciones *in natura* pero que sean los bienes genéricos, no individualizados. En este caso parece que falta la razón de ser de la excepción, y que admitir ésta sería abrir un camino para eliminar siempre que se quiera el derecho de suscripción preferente. En efecto, bastaría admitir como aportaciones títulos-valores de fácil adquisición para con ello admitir a personas distintas de los socios, y luego, vendiendo esos títulos, que tienen un valor casi fijo en el mercado, conseguir que entre en el patrimonio dinero, sin que, no obstante, los socios antiguos hayan podido usar su derecho de suscripción preferente.

ASCARELLI (45) cree que hay que estar a la letra de la ley, y que, por lo tanto, las aportaciones *in natura* podrían consistir incluso en bonos del tesoro; NOBILI (46), en cambio, no cree que exista, en el caso de bienes indicados en forma genérica (máquinas o mercancías de un cierto tipo incluso), razón para excluir el derecho de suscripción preferente, y que la norma por su carácter merece una interpretación restrictiva, con lo cual se evita la fácil eliminación de un derecho tan importante, e incluso al exigirse que se trate de bienes especificados que exijan esa excepción, la asamblea habrá de señalar los criterios de especificación y será posible conocer el eventual exceso de poder de la asamblea al elegir los bienes de una persona, haciendo así más factible la impugnación del acuerdo.

En derecho español, dada la ausencia de norma que excluya el derecho de opción en estos casos, la dicción general del artículo 92, y que tal excepción sólo se puede basar en la misma razón de ser de las aportaciones *in natura* y en el interés prevalente de la Sociedad por ellas, nos inclinamos a una interpretación restrictiva y por tanto, entendemos que si bien toda clase de bienes que no sea dinero puede y debe ser tratada por las reglas de las aportaciones *in natura*, en cambio, sólo aquellas que realmente tengan carácter específico o al

(45) *I problemi delle società anonime per azioni*. Rivista delle società, 1956; página 1 y ss.

(46) Obra citada, p. 162.

menos las que no consistan en bienes absolutamente genéricos, pueden excluir el derecho de opción. Con la advertencia de que empleamos los términos específico y genérico como los más descriptivos, pero no identificados con obligaciones genéricas y específicas del Derecho civil. En realidad, el criterio decisivo debe ser que esos bienes, que son los que interesan a la Sociedad, los puedan aportar los socios con facilidad, como cosa normal o que haya de recurrir a una persona o a un tipo de personas, que son los únicos que están en condiciones de suministrarlas.

Esta interpretación tiene su apoyo en el mismo texto de la ley que en el caso de aportaciones no dinerarias dice en el artículo 17, que el programa de fundación hará mención suficiente de la naturaleza y valor de la aportación, y expresará el nombre del aportante y el lugar en que se halle a disposición de los demás suscriptores una Memoria explicativa y un informe técnico sobre la valoración; y en el artículo 91, con referencia al aumento de capital también por suscripción, impone que se expresen los mismos requisitos de naturaleza y valor de la aportación y nombre del aportante.

c) Este mismo criterio restrictivo creemos que debe imperar en el caso de aportaciones parte en dinero y parte en otros bienes; la excepción sólo debe referirse a éstos, y la Junta, por tanto, no deberá, salvo renuncia expresa por todos los socios del derecho de suscripción preferente, admitir que el valor de las acciones se desembolse parte en mélico y parte en aportaciones no dinerarias, sino que deberá atribuir éstas al pago entero de acciones.

La ley española no se refiere nada más que a las aportaciones no dinerarias, y jamás alude al caso de aportación mixta (arts. 31, 32, 90 I. S. A.). Unicamente el artículo 32 y para el caso de que, como consecuencia de la revisión, "el valor de los bienes aportados fuere inferior a la cifra inicialmente asignada a las aportaciones" prevé que el socio puede optar entre que se le anulen las acciones por la diferencia, separarse de la Sociedad o completar en dinero esa diferencia. En este caso, se permite, pues, una aportación mixta, pero *a posteriori*.

El Derecho italiano expresamente permite la exclusión del derecho de opción cuando se liberan las acciones en todo o en parte con aportaciones *in natura* (art. 2.441). La solución, conocida esta norma y no seguida, creemos que debe ser la contraria en Derecho español.

El mismo artículo 32 debe abonar esta interpretación pues si en el caso de disminución del valor por revisión posterior admite ese complemento, a sensu contrario no debe considerarse posible normalmente; la ley sólo admite esa aportación mixta para evitar un mal mayor. Pues tal sería el caso si, después de realizada la aportación, por un valor acordado por la Sociedad y el aportante, se tuviera que modificar el capital como consecuencia de una revisión de esa valoración. La ley antes de llegar a esto permite esa aportación mixta para mantener la cifra acordada y por eso, ya que con ello no existe per-

juicio económico de la Sociedad, al mismo tiempo se le da a él esa opción.

Naturalmente, esto no quiere decir que no se admitan las aportaciones mixtas, que son perfectamente lícitas, sino que ellas no pueden excluir automáticamente el derecho de suscripción preferente.

El admitir esa aportación híbrida con exclusión del derecho de suscripción preferente haría extremadamente fácil eliminar éste en detrimento del artículo 39 L. S. A. Si a eso se une la forma general de expresarse del artículo 92 L. S. A. y la falta de un porcentaje de aportación *in natura* por encima de un cierto tipo, parece indudable que admitir esta excepción también desvirtuaría totalmente el trato que la ley da al derecho de suscripción preferente.

Unicamente en el caso excepcional del artículo 32 L. S. A. será posible admitir que se completa en dinero y eso por la razón que ya hemos dicho, y por la misma fuerza del resultado lógico de la interpretación sistemática de los artículos 90, 92 y 32.

Incluso en el caso de que las acciones se desembolsen en parte —cosa posible aún tratándose de aportaciones no dinerarias—, creemos que la solución debe ser la misma. Es decir los dividendos pasivos o la parte no desembolsada deberá estar representada por aportaciones no dinerarias, futuras, pero no en metálico, para que se excluya el derecho de suscripción preferente.

La razón es sencilla. Si no en el fondo, lo que se estaría haciendo es dar un privilegio al aportante de tomar una parte de las acciones por dinero, y sin prima ni derecho de suscripción preferente, entrando a participar así de las reservas en perjuicio de los antiguos socios, y sin que exista ya interés de la Sociedad que prevalezca sobre el de éstos. No se deben entregar más acciones que las correspondientes al valor de las aportaciones no dinerarias y todo lo que sea salirse de esta norma no debe excluir el derecho de suscripción preferente.

Por ello, y dado el sistema de cumplimiento de las obligaciones de dar y de hacer (arts. 1.096, 1.097 C. c.), creemos que incluso la medida más prudente será en caso de acuerdo de aportaciones no dinerarias con exclusión del derecho de suscripción preferente, exigir el desembolso total, pues si cuando luego la Junta o el Consejo exija el desembolso pasivo de la parte que falta, mediante la entrega de los bienes previstos, no está el aportante dispuesto o en condiciones de hacerla, la única forma posible será la sustitución por dinero, a lo sumo con indemnización de daños y perjuicios, que contraría también la realización de la operación, tal como ésta había sido concebida.

*d)* Parece que el acuerdo de excluir el derecho de suscripción preferente por admitir aportaciones no dinerarias, dada su trascendencia debe pertenecer exclusivamente a la Junta. Tal es la solución del Código italiano (art. 2.441) y NOBILI (47) entiende que la decisión debe tomarse conjuntamente con la de aumento de capital, y que además no puede ser delegada al Consejo.

(47) Obra citada, p. 166.

En cambio, en el derecho español si bien la Junta General debe haber aprobado en tiempo oportuno la Memoria explicativa de la conveniencia de la aportación no dineraria y el informe técnico sobre la valoración (art. 115 R. R. M.), cabe delegar en el Consejo el aumento con aportaciones no dinerarias, tanto por vía de capital autorizado (art. 96 L. S. A.) como por vía de ejecución del aumento de capital acordado por la Junta (art. 116 R. R. M.).

3. AUMENTO POR ABSORCIÓN.—Aunque no previsto tampoco en forma expresa, es éste otro de los casos de exclusión del derecho de suscripción preferente. Tal es la opinión de URÍA (48), que considera que también en este caso las acciones se crean para destinatarios forzados frente a los cuales no pueden tener preferencia los antiguos socios, y de todos los autores que han tratado o simplemente tocado el tema.

En el derecho extranjero, ésta es también la solución unánime. En Derecho alemán, por declaración expresa de la Ley de 1937, en su artículo 237; en Derecho italiano, ya que no por norma legal, por la interpretación de ésta; así FRE (49), FERRARA (50), NOBILI (51); en Derecho americano, por entender que se trate de una aportación *in natura*, y en éstas no juega el derecho de suscripción preferente (52).

En Derecho español, conforme al artículo 142 L. S. A., la absorción se produce acordando previamente las Sociedades absorbidas su disolución y traspasando en bloque su patrimonio a la Sociedad absorbente, que aumentará, en su caso, su capital en la cuantía que proceda.

La absorción supone, por tanto:

- 1.º, disolución de las Sociedades absorbidas;
- 2.º, aumento de capital de la absorbente;
- 3.º, transmisión en bloque de los patrimonios de las absorbidas a la absorbente;

4.º, admisión de los socios que integraban las Sociedades extinguidas en la absorbente mediante entrega de nuevas acciones de ésta.

Viendo la esencia de esta operación, se advierte inmediatamente que todas las razones que se han esgrimido en el caso anterior son también aplicables a éste.

Las acciones nuevas se liberan por aportación ya no de bienes específicos, sino de un patrimonio (53), que como tal es adquirido.

(48) Obra citada, p. 408.

(49) *Società per azioni*, Bologna-Roma, p. 619.

(50) Obra citada, p. 351.

(51) Obra citada, p. 167.

(52) *On Corporations*, Ballantine, Chicago, 1946; p. 490.

(53) Es uno de los escasísimos casos claros de transmisión en bloque de patrimonio en nuestro Derecho. Cf.: Sobre la empresa: CALVO ALFAGEME, *La empresa como objeto de negocios jurídicos*, Anales A. M. del Notariado, tomo I, p. 511.

F. FERRARA, *Teoría jurídica de la Hacienda Mercantil*, ed. RDP, Madrid, 1950.

J. VALLET DE GOYTISOLO, *Pignus Tabernae*, ADC VI-IV, p. 783, y *Planteamiento y cuestiones generales de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca*

Se trata sin duda de una aportación no dineraria, y esto aunque en el patrimonio existiere dinero, y además la asimilación es mucho más fácil en Derecho español que en otros, ya que el artículo 31 habla entre las aportaciones *in natura* de la aportación de una empresa, que presenta notable similitud con el caso que examinamos, y en la cual asimismo puede existir dinero sin que por ello pierda su carácter global de aportación especial.

En segundo lugar, la operación se realiza con unos requisitos, unos acuerdos de Junta, mayorías y publicaciones oficiales que garantizan aún más que en el caso anterior la publicidad y conocimiento de ella por todos los socios.

En tercer lugar, en una operación de fusión de este tipo, se tiene siempre en cuenta el valor de las reservas de las Sociedades absorbente y absorbida, es decir, se calcula sobre patrimonios, no sobre capitales, para pagar en acciones de la Sociedad absorbente, con lo que el peligro mayor para los accionistas de la absorbente y la razón de ser que justifica principalmente el derecho de suscripción preferente deja de ser operante.

Pero, además de todo esto, existen una serie de razones de absoluta necesidad basadas en la misma naturaleza de la operación y otra serie de ellas de carácter estrictamente legal que hacen que sea absolutamente inaplicable el derecho de suscripción preferente.

Si este derecho se admitiera, bastaría con que uno de los socios se opusiera para que ya no pudiera llevarse a cabo la fusión, y esto significaría una colisión del artículo 39 con los artículos 143 y 144, todos de la L. S. A.

El artículo 143 exige un acuerdo social, con las mayorías del artículo 58, de las Sociedades interesadas. Entre éstas está la Sociedad absorbente, y ésta normalmente tendrá que aumentar su capital. Hay casos en que la absorción podrá hacerse sin aumento (54), pero lo normal será la elevación de capital que formará, por tanto, parte del acuerdo social de fusión. Por tanto, se prevé que el aumento con adjudicatarios predeterminados se tome por mayoría, lo que implica una excepción impuesta por la misma ley al artículo 39.

El artículo 144 deja a salvo el derecho de los accionistas disconformes, pero no por el camino del derecho de suscripción preferente, sino por el de uso de la facultad de separarse; parece evidente que

---

mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión, RDN-1955, número VIII, página 31.

Sobre las Sociedades en caso de fusión o absorción: GARRIGUES-URÍA, *Commentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo II, p. 654.

Sobre la transmisión del patrimonio y la herencia como universitas: CASTÁN, *Derecho Civil Español, común y foral*, 7.<sup>a</sup> ed., tomo III, Madrid, 1951, p. 343, y *En torno a la teoría del patrimonio*. Discurso en la Academia de Jurisprudencia. Curso 1950-51. FERRANDIS VILELLA, *La Comunidad hereditaria*, Bosch, 1954, pp. 15 y 55. M. FAIRÉN, *Patrimonio y responsabilidad patrimonial*, RDN, número XXXVI, 1962, p. 241, etc.

(54) GARRIGUES URÍA, *obra cit.*, tomo II, p. 666.

la ley en este caso en la polémica entre el interés social y el del socio, coloca aquél por encima y busca el respeto de éste en el derecho que este artículo 144 concede. Es decir, crea una nueva posibilidad del socio para coordinar su interés con el superior social de absorber otras empresas. Si el socio tuviera el derecho de suscripción preferente de la parte proporcional de las acciones emitidas, no necesitaría ese derecho, porque quedaría a salvo su posición económica y política en la Sociedad, y más bien haría imposible la absorción. Si el artículo 144 existe, es porque el derecho de suscripción no juega en este caso. Admitir lo contrario sería creer que la ley se contradice en dos preceptos, lo que no debe entenderse sino en casos extremos, pues los preceptos de ella han de ser entendidos los unos en relación con los otros. Y, además, en todo caso, los artículos 39 y 92 son normas generales que ceden ante otra más especial que regula un aumento de capital, por vía indirecta, del que no se habla en el artículo 88, que es el que desarrolla el 92, y en el que los titulares de las nuevas acciones vienen preceptivamente determinados por ser los accionistas de las Sociedades absorbidas.

Todo esto va referido al acuerdo simultáneo a la absorción y preciso para acoger el patrimonio de las acciones absorbidas.

Cabe que este aumento vaya acompañado de otros, anterior, simultáneo o posterior.

a) El primer caso será poco frecuente. Normalmente no se dará un aumento de capital con suscripción de los antiguos socios y con el compromiso de ceder esas acciones a los accionistas de la Sociedad que se precisa absorber. En cualquier caso, en ese aumento actuaría el derecho de suscripción preferente. Lo que sí podrá suceder es que se acuerde un aumento por la Junta para que se ejecute por el Consejo (art. 155 R. R. M.) si la Junta aprueba la absorción, o que se cree un capital autorizado a los mismos fines. Esto está admitido en la ley alemana en el artículo 159, II, que permite el aumento condicional de capital en el caso de prepararse la reunión de varias empresas; en nuestro Derecho no existe esta figura, que sería sin duda muy útil, por lo que para obtener parecidos fines habrá que acudir a cualquiera de los dos procedimientos citados. En ambos casos no se trata propiamente de un aumento de capital efectivo porque no hay apertura del plazo de suscripción, y se necesita de un nuevo acuerdo del Consejo, sino más bien de preparación del aumento, y autorización a otro órgano de la Sociedad. Como consecuencia: a) no hay colisión con el derecho de suscripción preferente, pues éste no actúa sino cuando llega el efectivo aumento y se suscriben las acciones, y aquí no puede hablarse de suscripción; y b) el aumento necesita de otro acuerdo de Junta aprobando la fusión (art. 143 L. S. A.), pero sin él no podrá utilizarse esa autorización, ya que ella fué dada para ese caso; si fué dada en general al aplicarse a ese caso, rigen las normas de él y entre ellas la exclusión del derecho de suscripción preferente.

b) Llamamos aumento simultáneo al que se hace en la misma

Junta que decide la absorción, pero no para cubrir esa absorción o entregarse las acciones creadas a los accionistas de las acciones absorbidas, sino por encima de esas necesidades. En realidad, el aumento puede ser uno solo, en parte para pagar en la medida necesaria la absorción, en parte por suscripción y aportación de metálico normalmente. En efecto, puede darse el caso de que la Sociedad, como consecuencia de la ampliación de negocios que significa la absorción, necesite más capital y para ello decida un aumento por suscripción a metálico.

No cabe duda que ese aumento o parte de aumento no goza de la especial consideración del aumento para absorción, y que los antiguos accionistas tienen su derecho de suscripción preferente. Tal es también la opinión de URÍA (55). Lo que sucede es que a los efectos del cálculo de las acciones que deben ser entregadas en pago de las de las Sociedades absorbidas deberá haberse computado o tenido en cuenta ese aumento para lograr un pago justo, ya que el simultáneo del número de acciones hace que la parte de éstas en las reservas de la Sociedad disminuya.

c) El aumento posterior puede realizarse en la misma Junta o en otra que se celebre después. Cabe que la Junta acuerde: 1.º, un aumento de capital para absorber las Sociedades que se fusionen; y 2.º, otro aumento de capital posterior por suscripción a metálico. En realidad, es el mismo caso anterior, pero desdoblando la operación temporalmente.

En este caso, en cambio, en las nuevas acciones del segundo aumento ya tienen derecho a participar los nuevos accionistas, que lo eran de las Sociedades absorbidas, y como consecuencia el resultado práctico para los accionistas antiguos y nuevos es distinto.

A nosotros no nos cabe duda que este aumento implica la aplicación del derecho de suscripción preferente en forma normal, y, por tanto, que todos los accionistas, nuevos o antiguos, tienen el mismo derecho proporcional. Será aplicable lo que dijimos para el caso de aumento por transformación de reservas o plusvalías, y sólo cuando se pruebe el ánimo de fraude o el perjuicio injusto será impugnable el acuerdo conforme al artículo 67 y concordantes de la L. S. A.

Para evitarlo, el ideal será que en la absorción se paguen las acciones de las Sociedades absorbidas por su valor patrimonial real con acciones del absorbente, valoradas de la misma forma, atendido el Balance que se debe realizar el día anterior al acuerdo de fusión. Sólo así podrá actuar el derecho de suscripción preferente luego sin dificultades ni dudas en todos los aumentos de capital posteriores, aunque se decidan en la misma Junta.

4. AUMENTO POR CONVERSIÓN DE OBLIGACIONES EN ACCIONES.— El artículo 88 L. S. A. prevé que el aumento de capital puede realizarse también convirtiendo las obligaciones en acciones.

La conversión, desde un punto de vista jurídico, implica la sus-

(55) Obra citada, tomo II, p. 668.

titución de un tipo de contrato, préstamo, por otro diferente. Sociedad, y en el caso de opción del obligacionista supone una facultad alternativa del acreedor incorporada al título-obligación (56).

Desde un punto de vista económico se suele hacer en situaciones difíciles para la Sociedad que transforma así, parte del pasivo exigible, en acciones. Sin embargo, la emisión de obligaciones con derecho a convertirse en acciones, a opción de los suscriptores, la realizan incluso las Sociedades prósperas, y entonces ese derecho a la conversión es un estímulo para la suscripción.

El artículo 95 L. S. A. regula la forma de hacer ese aumento, distinguiendo según que la conversión haya sido prevista o no.

En el primer caso, es preciso el aumento de capital con los requisitos del artículo 84, y se puede decir que viene impuesto por los obligacionistas y es preceptivo para la Sociedad. Prácticamente, el ideal es acordar aumentar el capital al mismo tiempo que se emiten las obligaciones, facultando al Consejo para ejecutar ese acuerdo dentro de los límites temporales precisos, a medida que los obligacionistas soliciten el canje. La ley alemana permite, incluso, para este caso, el aumento condicionado de capital, y en nuestro Derecho, aunque no exista una norma semejante, se puede llegar prácticamente a una solución parecida con los artículos 96 de la Ley y 115 y 116 del Reglamento del Registro.

En el segundo caso, es preciso el consentimiento de los obligacionistas afectados y que el valor de las obligaciones al tiempo de emisión no sea inferior al valor nominal de las acciones, para evitar que se concilie el artículo 36.

En ambos casos, el derecho de suscripción pública queda excluido por la simple razón de que las acciones se emiten con destinatarios forzados, o precisamente para ellos. GARRIGUES (57) reconoce que se trata de una excepción del artículo 92 porque no es una emisión de acciones normal de las reguladas por los artículos 89 a 92.

En este caso nos encontramos con que en realidad tampoco se trata de aportaciones en metálico, sino de especiales aportaciones no dinerarias. Los obligacionistas liberan la acción con su crédito o con la extinción de él. GARRIGUES habla de que la liberación tiene lugar mediante una compensación; pero esto sólo es cierto en un sentido amplio, pues la compensación (art. 1.196 del C. c.) exige que los dos créditos tengan por objeto una suma de dinero o una cantidad de cosas fungibles del mismo género. Se trata más bien de una dación en pago o de una compensación no legal, sino fruto de un acuerdo entre Sociedad y obligacionistas. Con una explicación u otra, lo indudable es que no se trata de una aportación en metálico y que esto explica también el porqué de la exclusión del D. S. P.

Las razones económicas de la conversión suelen ser una causa más para esta excepción, ya que la Sociedad suele estar interesada

(56) VELASCO ALONSO, RDM núm. 44, p. 265.

(57) Obra citada, tomo I, p. 408.

en que la conversión se lleve a cabo, pues por medio de ella se obtiene dinero a un interés relativamente bajo y se puede cambiar una molesta relación de deuda y pago de interés fijo, por una más flexible de colaboración e interés común sin derecho a dividendo fijo. Y cuando se trata de la emisión de obligaciones convertibles, la razón de esta especialidad suele ser una mayor facilidad para la colocación en el mercado de estos títulos. Es, como siempre, la existencia de un interés de la Sociedad en la operación muy superior al interés de los socios, lo que hace que se excluya el derecho de suscripción preferente.

Tan excepcional es esta situación por el interés que tiene para la Sociedad, que no sólo se elimina el derecho de suscripción preferente, sino que nuestra Ley permite dos cosas que en ningún otro caso están admitidas.

Que si el tipo de emisión de las obligaciones no alcanza el valor nominal, se supla la diferencia por los obligacionistas.

O en metálico, con lo que nos encontramos ante un caso de aportación parte *in natura* y parte en metálico, a pesar de lo cual no existe en absoluto derecho de suscripción preferente.

O, incluso, con cargo a las reservas libres o a los beneficios de la Sociedad. Es decir, que en este caso no sólo los accionistas no tienen derecho de suscripción preferente, sino que la Sociedad hace una concesión a los obligacionistas precisamente para inducirlos a la conversión, aunque ello implique un perjuicio para los obligacionistas que serían los destinatarios de esos beneficios o reservas libres.

En ambos casos, estamos ante una situación que excluye el derecho de suscripción preferente. En la conversión prevista al tiempo de la emisión es posible conciliar y coordinar ese derecho con las necesidades de la Sociedad. En Francia, la Junta debe autorizar la emisión si se trata de obligaciones convertibles en acciones, puesto que comporta una renuncia expresa del derecho de suscripción preferente en beneficio de los tenedores de esos títulos (58). La Ley alemana de 1937, en su artículo 174, atribuye en estos casos un derecho de suscripción preferente de las obligaciones convertibles a los accionistas, con lo cual las reserva el futuro posible derecho de acceder a la Sociedad por esa vía. Tal solución puede adoptarse también en los Estatutos o en la Junta general en nuestro Derecho, dejando así a salvo el derecho de los socios, que si quieren podrán reservarse siempre la misma postura y participación en la Sociedad, aunque se produzca esa conversión. Tal previsión es importante porque por este procedimiento de la conversión se puede eliminar prácticamente el derecho de suscripción preferente y hasta privar de fuerza a ciertos grupos de antiguos socios mediante la entrada de otros nuevos; bastará, en efecto, emitir una serie de obligaciones de pequeño valor nominal, convertibles en acciones, y acordar después la conversión, para que con una suscripción realmente en metálico entren en la Sociedad los grupos de personas que se pretenda sin que el derecho de suscripción preferente haya

(58) Decreto de 3 de septiembre de 1953. Artículo 3º.

servido a los antiguos socios que no constituyan mayoría y, por tanto, no puedan evitar el acuerdo de emisión de obligaciones, para mantener su primitiva posición en la Sociedad.

Pero en la conversión que se acuerda *a posteriori*, cuando las obligaciones ya están emitidas, ni siquiera cabe esa previsión, pues en este caso los accionistas antiguos en forma alguna pueden participar de esas acciones que necesariamente han de ir a parar a los obligacionistas. En este caso la única razón que puede justificar la excepción en el interés preferente de la Sociedad y, como consecuencia, la única forma de evitar la no aplicación del derecho de suscripción preferente será la demostración de la falta de ese interés superior por la vía de impugnación del acuerdo social, aunque no cabe duda que será muy difícil obtener una sentencia anulatoria de dicho acuerdo, salvo en caso de fraude o burla de ese derecho.

5. EXCLUSIÓN DEL DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE POR ACUERDO DE LA JUNTA.—Como hemos visto, hay una serie de casos en que, por la misma naturaleza de las cosas, en ciertas aportaciones o aumentos de capital no juega el derecho de suscripción preferente. Este derecho, en realidad, ya referido, como dice el artículo 92 L. S. A., "a las elevaciones de capital con emisión de nuevas acciones", o más claro aún, a las elevaciones de capital en las que se emiten nuevas acciones que se suscriben por el procedimiento normal, en metálico.

Ahora bien, el problema que ahora planteamos es el de la posibilidad de la Junta de excluir en un aumento concreto, por causas especiales, el derecho de suscripción preferente, a pesar de ofrecerse las acciones para ser suscritas en metálico.

En el derecho extranjero, la solución es favorable en general a esa posibilidad de exclusión.

En Francia se prohíbe o declara ineficaz la cláusula estatutaria contraria al derecho de suscripción preferente; pero se admite la exclusión en el acuerdo de ampliación, siempre con mayorías reforzadas y previo informe de los órganos de administración y vigilancia (59).

En Alemania no se puede suprimir o restringir el derecho de suscripción preferente, sino en la decisión relativa al aumento del capital, y se requiere una mayoría al menos de tres cuartas partes del capital representado y que haya sido anunciada debidamente al convocar la Junta (60).

La Ley belga de 25 de mayo de 1913 (61), modificada en 1953, permite a la Asamblea general modificar los derechos de las acciones cuando el interés de la Sociedad lo exige.

El Código de las obligaciones suizo permite también la alteración del derecho de suscripción preferente o su supresión cuando lo exija el interés de la Sociedad y permite la impugnación de tales acuerdos

(59) Art. 6 de la ley de 8 de agosto de 1935, y MOREAU, *ob. cit.*, t. I, p. 631.

(60) Art. 153, III y IV de la ley de 1937.

(61) *Les Codes Belges*, I, 28.<sup>a</sup> ed. Servais y Mechelyuck, Bruxelles, 1951.

cuando representen para los accionistas un perjuicio evidente, sin que el objeto o fin de la Sociedad lo exija.

El artículo 2.441 del Código italiano permite la eliminación del derecho de opción, siempre que se acuerde al tiempo de aumentar el capital, por socios que, aun en segunda convocatoria, representen la mitad del capital social y siempre que el interés de la Sociedad lo exija.

En Italia se ha suscitado la cuestión de si ese interés de la Sociedad ha de ser expresamente indicado en la deliberación de la asamblea y es susceptible de ser censurado por el Juez. Es decir, se trata de un reforzamiento del derecho de suscripción preferente que ya no puede ser excluido por la Junta a su propio juicio con una mayoría especial, sino que se necesita, además, justificar o razonar para que pueda ser censurado por el Juez.

Recientemente los Tribunales italianos entraron a conocer de este asunto.

El Tribunal de Florencia, en S. de 29 de abril de 1953 (62), ha resuelto que la asamblea de una Sociedad por acciones puede excluir el derecho de opción de los socios sobre las acciones ordinarias de nueva emisión cuando tal exclusión sea necesaria, o al menos conveniente, como medio para el fin de satisfacer un interés social.

El Juez, en materia de impugnaciones de deliberaciones de la asamblea, que haya excluido el derecho de opción, debe cumplir un control de legitimidad con vistas, entre otras cosas, a la adecuación de la motivación adoptada para justificar la exclusión de la opción, anulando la deliberación no motivada, o que utilice hechos no verdaderos o no pertinentes, o sea, intrínsecamente ilógica, o en fin, haya sido tomada por un interés ajeno a la Sociedad".

El Tribunal de Milán, en S. de 12 de julio de 1954 (63), ha dicho que "la autoridad judicial en materia de impugnación de una decisión de la Junta de aumento de capital con exclusión del derecho de opción debe examinar qué particular interés social fué puesto como base de la exclusión o limitación del derecho de opción, a fin de fijar si el interés considerado es realmente de la Sociedad, y no uno particular de un accionista o de un grupo de accionistas, y si tal interés exige la exclusión o limitación de la opción; debe, por tanto, anularse la deliberación que haya excluido la opción sin que resulte cuál fué el interés tomado para justificación de la exclusión".

La mayor parte de la doctrina ha seguido también esta posición. ASCARELLI (64) dice que la afirmación de la Junta de la existencia del interés social debe ser argumentada y motivada, no pudiendo reducirse a una simple enunciación. Y que no se trata sólo de una posible

(62) *Il foro italiano*. V. LXXVII, año 1954, c. 558.

(63) *Il foro italiano*. V. LXXVII, año 1955, c. 768.

(64) *Rivista delle Società*, 1956, p. 93. *L'interesse sociale dell'art. 2.441 cod. civile. La teoría dei diritti individuali e il sistema dei voti delle deliberazioni assembleari*.

impugnación o nulidad del voto por estar inspirado en un interés extra-social o tender a perjudicar un interés de los socios, sino que existe una posibilidad de censura de la misma deliberación.

Para este autor se trata de un requisito nuevo aparte de la exigencia de una mayoría especial y eso porque la disciplina de la opción está sustraída a la voluntad de la mayoría porque es un derecho individual. La conclusión es perfectamente lógica. Considerado el derecho de opción como un derecho individual no puede ser eliminado por un acuerdo de la mayoría, porque por definición tales derechos no dependen de la mayoría. Sólo un interés especial y superior al de socio puede justificar su exclusión. Dejarlo a la decisión de la mayoría, aunque fuera reforzada, sería tanto como privarle de su carácter de derecho individual.

MENGONI (65), sin embargo, en una nota a la Sala del Tribunal de Milán de 12 de julio de 1954, después de reconocer que la opinión anterior es la más seguida, cree que la contraria no sólo puede ser defendida sino que es la más conveniente. El cree que no se trata de un requisito más sino de una medida de seguridad, es decir, que no es que en todo caso exista una censura judicial de un acuerdo de la Asamblea que sería tanto como destruir una de las normas fundamentales del derecho de Sociedades, sino que se trata simplemente de abrir la vía a un control del Juez, pero indica sólo su límite negativo, no positivo, que permite la impugnación en caso de abuso de poder o interés extra-social, ya que excepto en el caso que se demuestre contaminada o desautorizada, la mayoría debe ser considerada como la mejor pars.

MENGONI da tres argumentos que rechaza ASCARELLI en un trabajo posterior en la *Rivista delle Società*; la inutilidad del examen de las subsistencia del interés social dada la existencia de una mayoría especial; posibilidad de eliminar el derecho de opción emitido acciones privilegiadas; y falta de un control del interés social en todos los demás casos.

Más riguroso aún que ASCARELLI es ROSSI (66), quien afirma que el interés social que hace lícita la exclusión del derecho del socio, debe tener características especiales de excepcionalidad y preeminencia sobre el interés predeterminado por el legislador y ser esencial para el logro del objeto social.

La consideración de que la mayoría es la mejor pars no funciona cuando se trata de excluir derechos individuales sobre los cuales ella no tiene poder de disposición y sí precisamente se permite como único caso en el 2.441, es por una razón especial "que lo exija el interés social" que debe ser objeto de una interpretación rigurosa. Y así no sólo cuando el acuerdo se haya tomado por un interés extra-social, para cuya impugnación bastaría con la norma general del 2.373, sino

(65) *Riv. Dir. Commerciale. Parte Seconda*, 1955, p. 281.

(66) *Rivista delle Società*, 1961, p. 261. *Poteri della maggioranza e diritto di obbligo*.

cuando no sea precisamente obtenible ese fin sino a través de la exclusión del derecho de opción puede justificarse el perjuicio del derecho individual del socio.

Por ello Rossi critica la afirmación del Tribunal de Milán en Sentencia de 1961, de que "la exclusión está justificada cuando sea un medio que comporta un sacrificio apreciablemente menor que otros medios a los que se hubiera podido recurrir", pues para él es preciso para que ese acuerdo sea eficaz:

a) Que el interés social sea verdaderamente tal y tenga aquellas características de excepcionalidad y preeminencia respecto a la obtención del fin social que implique el desconocimiento del otro interés social, predeterminado por el legislador, de defender a los accionistas de una disminución de su cuota real en caso de aumento de capital.

b) Que el interés social, concretamente determinado en la deliberación no pueda ser alcanzado sino precisamente por medio de la exclusión del derecho de opción.

Y estos requisitos son los que tienen que ser censurados por el Juez en cada caso, pues sólo así adquiere sentido la norma especial del art. 2.441 y se concibe que se pueda privar a los socios de uno de sus derechos individuales.

Como se ve, en cuanto al derecho de suscripción preferente se le reconoce el carácter de derecho individual, su eliminación o modificación deviene muy difícil. El derecho español está aún más allá del derecho italiano y desde luego aún más lejos del derecho alemán y el suizo. Algunos autores españoles han argumentado a favor de una posición semejante a la de estos derechos, pero tal opinión está falta de apoyos firmes en nuestras leyes.

En derecho español no existe ninguna norma semejante a las que hemos citado de otros países. URÍA (67) afirma que la ley española eleva ese derecho a la categoría de derecho sustancial de la condición de socio, del que en ningún caso podrá ser privado el titular de la acción, ni por disposición de los Estatutos ni por acuerdo de la Junta, y que el derecho se configura en términos absolutos e imperativos que no admiten pacto en contrario.

La práctica española ha seguido este criterio, y creo que será muy difícil encontrar algún caso en el que se haya decidido por la Junta su eliminación, pues las calificaciones de los Registradores Mercantiles siguen la opinión de URÍA, por el valor que de interpretación auténtica oficiosa puede tener.

Algunos autores, sin duda influidos por las ventajas prácticas que esta solución tendría y que luego enumeraremos, han defendido la opinión contraria.

GIRÓN TENA (68) ha patrocinado la idea de que los Estatutos pueden contener una renuncia al derecho de suscripción preferente,

(67) Obra citada, tomo I, p. 405.

(68) *Derecho de Sociedades Anónimas*, Valladolid, 1952, p. 490.

ya que en el momento inicial son todos los socios los que redactan los Estatutos, y si ellos mismos modifican su derecho no hay oposición a ninguna norma ni va en contra de los derechos de la Sociedad, ni contra el interés o el orden público.

El profesor POLO ha defendido la posibilidad de excluir este derecho de suscripción preferente por acuerdo de la Junta en cuanto afecta al derecho concreto y no va contra la regulación imperativa de la ley.

Se puede argumentar que aunque es indudablemente un derecho individual, tal carácter no debe ser obstáculo insuperable para excluirle en supuestos concretos y precisamente por la vía ordinaria de la voluntad social, sin necesidad de acuerdo unánime.

A favor de la tesis se puede decir:

1.<sup>o</sup> Que hay casos en los que efectivamente el interés social exige que se permita la entrada de nuevos socios, lo cual no es posible con el derecho de suscripción preferente, y que exigiendo la unanimidad basta con la oposición de un solo socio para que tal solución no sea posible.

2.<sup>o</sup> Que se puede evitar el perjuicio de los socios antiguos y coordinar tal derecho con la entrada de nuevos socios que interesan a la Sociedad, con la emisión con prima.

3.<sup>o</sup> Que las mismas razones que justifican la eliminación del derecho de suscripción preferente en los casos antes vistos de aportaciones *in natura* o absorción de Sociedades, pueden ser traídas aquí.

4.<sup>o</sup> Que si no se admite tal posibilidad, las Sociedades acudirán a burlar ese precepto por acuerdos mayoritarios de aportaciones *in natura* a favor de los socios que se quiere hacer entrar, vendiendo luego esos bienes, incluso a los mismos aportantes, o por medio de emisiones de obligaciones, etc.

5.<sup>o</sup> Que el mismo carácter de derechos individuales tienen el de voto, el de reparto de las ganancias y el de la cuota de liquidación, y sin embargo se admiten excepciones a ellos. Por ejemplo:

En cuanto al derecho de voto: el artículo 38 L. S. A. admite que se impongan límites, no concediendo más de un determinado número de votos por accionista, o exigiendo un mínimo de acciones para votar; el art. 39 admitiendo la suspensión del derecho de voto en caso de mora de los dividendos pasivos; el artículo 59 exigiendo un tiempo mínimo de posesión de las acciones para votar; y sobre todo el artículo 22 L. S. A., que excluye el voto del aportante *in natura* en los acuerdos de valoración, por oponerse el interés del individuo al interés social, razón esta que sería la que precisamente habría que tener en cuenta para excluir en algún caso el derecho de suscripción preferente.

En cuanto al dividendo, ya que es posible que la Junta, por simple mayoría, decida un año no repartir dividendos siempre que haya un interés social que lo aconseje (69).

En cuanto a la cuota de liquidación, el art. 151 L. S. A., permite

(69) Vide sobre este tema: SÁNCHEZ CALERO, *ob. cit.*, p. 128 y ss.

a solicitud de una parte de los accionistas y por razones de interés general, autorizar la continuidad forzosa de la Sociedad, a pesar de existir alguna de las causas de disolución del artículo 150.

6.<sup>º</sup> El art. 114 R. R. M. que al aludir a la inscripción de aumento de capital dice que habrá de reflejarse el ejercicio del derecho de suscripción preferente o en su caso la renuncia al mismo. Sin embargo, creo que este artículo no varía, ni puede variar, el criterio legal, y además se refiere a lo que sí es muy frecuente, que es la renuncia unánime de los socios. Y más bien es un argumento en contra, ya que si no consta esa renuncia deberá haberse reconocido y existir el derecho de suscripción preferente.

Todos los argumentos anteriores son dignos de tenerse en cuenta, pero una interpretación respetuosa de la ley impone la solución contraria.

Esta opinión tiene, además, a su favor otros dos argumentos muy fuertes:

1.<sup>º</sup> El Anteproyecto, redactado en el Instituto de Estudios Políticos, del que salió la ley, no incluía el derecho de suscripción preferente entre los derechos mínimos de la acción, y en el artículo que hoy es el 92 se añadía un párrafo que decía: "Este derecho podrá ser excluido por disposición de los Estatutos o por el acuerdo de la Junta general de emisión de nuevas acciones". La eliminación voluntaria de este párrafo y la inclusión del derecho de suscripción preferente entre los mínimos e individuales, no deja lugar a dudas sobre cuál ha sido la intención del legislador. Podremos juzgar de su mayor o menor acierto, pero la interpretación más segura es la que acabamos de exponer.

2.<sup>º</sup> Ya hemos visto cuál fue la solución del Código italiano a este problema, que ya había sido previsto por sus redactores. Si recordamos que nuestra ley se inspiró principalmente en él y, en cambio, no acogió esa norma, parece claro que se rechazó premeditadamente, abrazando con sus ventajas e inconvenientes la solución contraria. No cabe duda que la solución italiana, más aún que las otras, tiene indudables ventajas. La española tiene la de la sencillez y eliminación de pleitos sobre este punto, pero a costa de sobreponer el interés del socio al de la Sociedad en todo caso, lo que es inconveniente. La solución ideal es la de que el interés de la Sociedad prevalece sobre el del socio; pero como éste no puede quedar al capricho de la mayoría, que ya sabemos que ni es siempre la *melior pars* ni siempre representa el interés de todos, sino justo el de los que la forman, es necesario imponer unas medidas de defensa del interés individual tan fuertes que sin hacer imposible el cumplimiento del fin social hagan extraordinariamente difícil el abuso de poder.

La solución española es excesiva porque defiende al socio de tal forma que en los casos en que es necesaria la entrada de socios nuevos, se acude o a uno de esos procedimientos de fraude legal, siempre desaconsejables, o a acordar el aumento de capital y después ceder todos los socios que están de acuerdo en la necesidad de la entrada

de socios nuevos sus derechos de suscripción preferente a esos nuevos interesados, previo acuerdo, con lo cual se sacrifican los que precisamente defienden el interés general, y se enriquecen indebidamente los socios más egoistas, que se benefician frente a sus compañeros del exceso de patrimonio sobre el capital, aumentan su proporción de fuerza dentro de la Sociedad y disfrutan de la aportación o inyección de savia nueva que supongan los nuevos socios.

6. CONDICIONAMIENTO DEL DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE POR ACUERDO DE LA JUNTA.—Esta situación está tan estrechamente relacionada con la anterior, que las soluciones que se dan a aquélla han de inspirar las que se tomen para éstos.

Se trata de que la Junta general al acordar aumentar el capital no excluye el derecho de suscripción preferente, pero lo condicionan de forma que para ejercitarlo es preciso cumplir algún requisito especial.

El número de los requisitos posibles es indefinido y excede con mucho de los límites de este trabajo. Por ejemplo, cabe desde que haya que presentar las acciones viejas o el cupón correspondiente, requisito mínimo normal de seguridad y totalmente lícito, hasta que se exija aprobar otro acuerdo social. Entre estos límites puede exigirse disponer de un número mínimo de acciones para poder ejercitarse el derecho de suscripción preferente, tener las acciones desde cierto tiempo antes, pagar una prima por las acciones nuevas, suscribir tantas acciones de la Sociedad vieja como de otra filial que se crea o que ya existe, suscribir por cada acción una o más obligaciones de una emisión que hace la misma Sociedad u otra, comprometerse a suscribir otro aumento de capital, etc., etc.

Algunos de estos supuestos pueden parecer imaginarios; pero hay muchos de ellos, sobre todo los del tipo de suscribir al mismo tiempo otros títulos, que no tienen nada de tal, sino que con frecuencia interesa a las Sociedades presentárselos a sus accionistas.

En todos estos casos no se priva del derecho de suscripción preferente al socio, pero se puede llegar a hacer tan onerosa la carga para el viejo socio que en el fondo se le llega a hacer imposible o poco conveniente el uso de su derecho.

La solución que se dé a este problema depende en gran medida de la idea que se tenga del derecho de suscripción preferente. Los ordenamientos que no le consideran derecho individual, o que permiten su eliminación o alteración por acuerdo mayoritario, con mayor razón deben permitir su condicionamiento. Así, en Derecho italiano, se entiende (70) que cabe que la Junta tome un acuerdo de este tipo siempre que lo exija un interés social, con la correspondiente posibilidad de censura por el Juez, por lo que la Junta deberá reflejar las razones que le han inducido a tomar la decisión; y se exigen estos mismos requisitos porque en realidad las acciones ya no son ofrecidas a todos los socios por ostentar ese derecho de suscripción preferente, sino sólo

(70) ASCARELLI, ROSSI, NOBILI.

aquellos que cumplan las condiciones especiales impuestas. Y en Derecho francés se sigue el mismo criterio expuesto para la exclusión (71).

En Derecho español, dado el carácter del derecho de suscripción preferente y la limitación de poderes de la Junta, no parece posible tomar un acuerdo por mayoría en el que se condicione el ejercicio del derecho de suscripción preferente; v. gr.: la suscripción de obligaciones u otros títulos de la misma Sociedad o de otra distinta.

Tal decisión supone una alteración de los derechos del accionista que los transforma completamente y sería, además, un medio indudable de eliminar el derecho de suscripción preferente, pues bastaría con imponer una carga o gravamen superior a la diferencia entre el valor nominal y efectivo de las acciones para que ningún socio pudiera usar de él.

7. COORDINACIÓN DE LA EMISIÓN CON PRIMA Y EL DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE.—Estrechamente relacionado con el tema anterior está el de si cabe emitir con prima las acciones respecto de las que existe el derecho de suscripción preferente de los antiguos socios.

Dijimos al principio que una de las formas posibles de sustituir el derecho de suscripción preferente es emitir las acciones con prima, con lo que se evitaba al viejo socio el perjuicio que le sobrevendría si esas acciones las suscribieran terceros, por la diferencia entre capital y patrimonio. Sin embargo, el derecho de suscripción preferente presenta mayores ventajas que la emisión con prima, porque respeta mejor la posición del viejo accionista, en todas sus dimensiones, y porque calcular la prima con exactitud es tarea muy ardua.

Sin embargo, el que una y otra sean soluciones aplicables a una misma cuestión no quiere decir que sean necesariamente disyuntivas ni que tengan fines idénticos. Se trata de dos situaciones con fines coincidentes sólo en parte. El derecho de preferencia es un método de garantía más completo para los antiguos accionistas, mientras que la emisión con prima es más favorable desde el punto de vista de la empresa, ya que el derecho de suscripción preferente dejaría a salvo los derechos de los antiguos socios, pero disminuiría la relación del patrimonio con el capital.

La mayoría de las legislaciones regulan ambas instituciones, así la ley alemana (art. 149) admite la emisión con prima; el Código italiano (arts. 2.346 y 2.430), lo mismo; e idéntica solución adoptan las leyes suiza y francesa. La ley española (art. 36), como la italiana, permite la emisión de acciones por encima de la par, aun *ab initio*, y no, en cambio, por debajo, por razones obvias de seguridad de terceros.

Ahora bien, admitida la emisión con prima, ¿es compatible con el derecho de suscripción preferente?, o, lo que es lo mismo, se pue-

(71) MOREAU, *ob. cit.*, tomo I, p. 631.

den emitir las acciones reservando la suscripción a los antiguos socios, pero a un tipo superior al valor nominal.

Tal compatibilidad tiene ante sí algunas dificultades:

1.<sup>a</sup> Se repiten dos instituciones que tienden a lograr el mismo fin y que se pueden considerar sustituibles recíprocamente.

2.<sup>a</sup> La *ratio legis* del derecho de suscripción preferente es evitar a los viejos socios la pérdida de su parte en las reservas. Y tal pérdida no se produce si la emisión se hace con prima.

3.<sup>a</sup> Esta prima puede significar un condicionamiento, en el sentido que estudiábamos antes, al derecho de suscripción preferente, ya que puede hacer perder a los antiguos accionistas el interés por la suscripción.

4.<sup>a</sup> Tal compatibilidad va contra el fin de la prima, que es "adecuar la aportación de los nuevos socios al valor efectivo de las cuotas sociales que asumen" (72).

5.<sup>a</sup> No se cumple el fin del derecho de suscripción preferente, ya que éste no sólo tiende a mantener la igualdad económica, sino a permitir al socio conservar la misma posición en la Sociedad manteniendo la misma cuota en el capital y en la formación de la voluntad social, y con la prima se hace menos fácil la suscripción y, en consecuencia, el mantenimiento de esta situación en relación con los demás socios.

Y tampoco se puede considerar que el accionista que no suscribe puede vender su derecho y con ello no pierde nada, pues: a) es más difícil encontrar compradores, y si la prima hace igual el valor de suscripción al valor real, se puede asegurar que no se encontrarán; b) pierde en todo caso al ser disminuida su participación proporcional en la Sociedad.

Por todo ello ROTONDI, de quien es este argumento (73), concluye que la emisión con prima frustra el derecho de suscripción preferente y se atenta a los fundamentales fines que éste salvaguarda.

6.<sup>a</sup> No es bastante el argumento a contrario de que al prohibirse la emisión de acciones por debajo del nominal, se permite en todo caso que se haga por encima. Lo rechazan ROTONDI (74) y MESSINEO que, interpretando la norma italiana, semejante en este punto a la española, cree que la libertad que concede la ley ha de ser usada por la Junta en relación con el interés de la Sociedad, sin que signifique un permiso absoluto para exigir primas que vengan a eliminar los derechos del socio.

7.<sup>a</sup> Se impone un sacrificio a los viejos socios precisamente como consecuencia de otro que ya han hecho; por haber prescindido de repartir beneficios y haber formado reservas para consolidar la So-

(72) FRE, *Società per azioni en Commentario al Codice civile de Scialoja y Branca*, 2.<sup>a</sup> ed., 1956, p. 554 y ss., 1.<sup>a</sup> ed. 1954, p. 583 y ss.

(73) Riv. dir. commerciale. Parte prima, 1960. *E compatibile col diritto d'opzione la emissione di azioni con sovrapprezzo?*, p. 81.

(74) Obra citada, p. 85.

ciedad, se ven obligados a desembolsar una suma superior que no viene representada por el valor de las acciones, sino por la participación en algo que ya era suyo.

Sin embargo, a pesar de todas estas razones, el Derecho español admite la compatibilidad de las dos instituciones, no tanto por la L. S. A. que no dice nada en pro ni en contra, sino por la legislación citada de origen fiscal que comienza en 1945, y que prevé la coexistencia de ambas.

Prescindiendo del carácter episódico de esta legislación y de la dudosa pureza jurídica de los fines de estas leyes fiscales, creemos que la compatibilidad tiene a su favor más razones que la postura contraria recién expuesta.

En efecto:

1.º Desde un punto de vista de interpretación de la L. S. A., la ley no prohíbe tal emisión (art. 36) ni impone un tipo al que se deban suscribir las acciones emitidas con ocasión de un aumento de capital, sino que deja al libre arbitrio de la asamblea la fijación del tipo; y el artículo 92 determina la clase de emisión a que se refiere el derecho de suscripción preferente, quiénes pueden usar de él y la proporción de acciones a suscribir, pero en absoluto habla del tipo de emisión.

2.º La práctica española ha sido siempre que se podrán emitir las acciones a cualquier tipo sin que a ello obstara el que existiera o no un derecho de suscripción preferente, y después de la ley en la que el derecho de suscripción preferente se impone de forma obligatoria, se siguen haciendo aumentos de capital con prima.

3.º La emisión con prima no puede considerarse un condicionamiento al derecho de suscripción preferente, porque tal prima está dentro de la misma naturaleza del acuerdo de aumento, y la prima no significa una obligación distinta, sino sólo un precio más oneroso, y salvaguarda al mismo tiempo uno de los derechos o facetas, el más importante quizás, para cuya defensa nació el derecho de suscripción preferente, el de evitar el perjuicio que se produciría para el socio por la entrada de nuevos miembros en la parte de patrimonio que excede del capital, pues la prima, además de robustecer a la Sociedad, mantiene incólume el derecho del socio antiguo sobre su cuota real en el patrimonio, siempre que esté bien calculada.

4.º La afirmación de que el derecho de suscripción preferente es un instrumento de conservación de la posición del socio, no excluye que el interés de la Sociedad exija esa prima, y que sea lícita coordinándola con aquél, siempre que no sea un procedimiento tortuoso para eliminar éste; ni su formulación impone que el derecho de suscripción preferente sea un derecho a suscribir a la par.

5.º La afirmación de que con la prima se hace pagar al socio algo que ya es suyo olvida la distinción entre Sociedad y socio y que las reservas no son de éstos, sino de aquélla.

6.<sup>º</sup> No siempre la emisión al valor nominal con derecho de suscripción preferente es medio idóneo para proteger a los socios; al contrario, cuando se prevé un mercado restringido para el derecho de suscripción preferente, puede beneficiar más a los socios, suscriban o no las nuevas acciones (75). E incluso en caso de acciones no cotizadas, que es más difícil vender el cupón, la prima beneficia especialmente al socio antiguo que no ejerce su derecho.

7.<sup>º</sup> La Sociedad puede estar interesada legítimamente en no disminuir la proporción entre capital y patrimonio, o que esta disminución no sea muy grande; en este caso, la emisión con prima permite conciliar su interés con el del socio. Por otra parte, el derecho del socio a las reservas depende de los acuerdos de la Junta, y lo mismo que ésta puede no aumentar capital y aquéllas seguir sin revertir a los socios, puede aumentarlo sin repartir ocultamente las reservas, que es lo que supone una emisión a la par con negociabilidad del derecho de suscripción preferente para el que no quiere suscribir.

8.<sup>º</sup> No existe incompatibilidad sustancial con el derecho de suscripción preferente porque se emitan las acciones con prima.

a) La prima puede ser inferior a la diferencia entre capital y patrimonio y necesitarse, por tanto, el derecho de suscripción preferente.

b) La existencia de éste no debe impedir a las Sociedades la emisión con prima, y en un sistema como el de nuestro Derecho, donde no se puede excluir por acuerdo de Junta el derecho de suscripción preferente, ése sería el resultado, contrariando así a todos los preceptos que consideran posible la emisión con prima.

c) A pesar de emitir con prima puede interesar el derecho de suscripción preferente para defender los otros aspectos de la posición del viejo socio.

d) No existe ningún derecho individual a que el socio suscriba a la par, sino a que no se altere su posición en la Sociedad, y en todo lo demás debe prevalecer la regla general que es la eficacia de los acuerdos de la Junta.

La solución favorable a la compatibilidad es la más extendida. La mantienen ASCARELLI (76) en Italia, HOUPIN y BOSVIEUX (77) en Francia, HEINICHEN (78) en Alemania, STEIGER (79) en Suiza y GIRÓN TENA (80) en España. En Estados Unidos parece dividida la jurisprudencia, mientras en unos estados como el de Nueva York se admite la compatibilidad, en otros se rechaza, como Michigan y Pensilvania (81).

(75) NOBILI, *ob. cit.*, p. 179.

(76) *Diritto d'opzione nell'aumento di capitale ed emissione delle nuove azioni con aggio*, en Foro pad., 1954, III, p. 49 y ss.

(77) *Traité général des Sociétés commerciales*, París, 1924; p. 127.

(78) Citado por ROTONDI, *ob. cit.*, p. 82, n. 2.

(79) Obra citada, p. 300.

(80) Obra citada, p. 492.

(81) COOK, *The principles of Corporation Law*, Michigan, 1925, p. 159.

Después de expuestas las razones de una y otra postura, no cabe sino elogiar la solución de nuestro derecho, no en la forma de las leyes fiscales que parece ser la de imponer en todo caso la prima, sino en la que se desprende de la L. S. A. de permitir que a pesar de la existencia del derecho de suscripción preferente, la Junta decida la emisión con prima.

Tal decisión nos parece la más útil, mas si tenemos en cuenta la posibilidad de impugnar ese acuerdo conforme al art. 67 L. S. A. cuando sea contrario a la ley, a los estatutos o al interés general en beneficio de un grupo aunque sea mayoritario. Pues en efecto, el que sea la prima admisible no puede hacer de ella un medio indirecto de exclusión del derecho de suscripción preferente; la Asamblea es libre de fijar la prima, pero si el acuerdo tiende a excluir sustancialmente el derecho del socio, será impugnable (como también se admite en la doctrina alemana), esa decisión, siempre que se pruebe que existe un abuso de la mayoría que pretende así hacer imposible el ejercicio de un derecho individual como el de suscripción preferente, protegido por la ley.

#### 8. EXISTENCIA DE DIVERSAS CLASES DE ACCIONES

La ley española permite la creación de acciones de diferente valor nominal o diferente contenido de derechos (art. 37). Lo único preciso es que las acciones que tengan distintas características pertenezcan a series diferentes.

Por otra parte el art. 92 no da ninguna norma sobre este punto en relación con el derecho de suscripción preferente ya que dice que "en toda elevación de capital con emisión de nuevas acciones, los antiguos accionistas... podrán ejercitar el derecho a suscribir en la nueva emisión un número de acciones proporcional..."

Inmediatamente se plantean los problemas de la aplicación del derecho de suscripción preferente a las diversas clases de acciones. A saber:

Caso de acciones de distinto valor nominal.

Caso de que sólo existan acciones ordinarias y se emitan ordinarias y privilegiadas.

Caso de que existan acciones ordinarias y privilegiadas y se emitan sólo ordinarias o privilegiadas.

Caso de que existan acciones ordinarias y privilegiadas y se emitan de esos dos tipos.

1.º El primer problema, sobre el que no existe ninguna indicación en la doctrina (82) ni en la jurisprudencia patria, y en el que apenas si nos puede ayudar el Derecho comparado pues la mayoría de las legislaciones imponen la norma —que viene del C. de comercio

---

(82) Únicamente GIRON TENA alude, en su obra repetidamente citada en la página 493, al caso, afirmando que ese derecho se tiene "en proporción al valor de las acciones".

napoleónico de 1807— de que todas las acciones sean de igual valor (83), no creemos que sea excesivamente difícil.

El derecho de suscripción preferente está en función de la acción y es como dijimos parte integrante de ellas. De las tres subcuotas en que patrimonial e idealmente puede dividirse la acción corresponde a la subcuota contravalor de reservas. Las acciones de distinto valor nominal de la misma clase tienen unos derechos proporcionales a su cuantía.

Es decir que no habiendo privilegios, una acción de 500 tendrá la mitad de beneficios que una acción de 1.000. Aparte de los principios generales sobre Sociedades (art. 1.689 C. c.), tal es la solución que se deduce para el derecho de participar en las ganancias, del art. 107, 2.<sup>º</sup>, que dice que “la distribución de dividendos a los accionistas ordinarios se realizará en proporción al capital que hayan desembolsado”.

Para el derecho a la cuota de liquidación, el artículo 162 dispone que el activo resultante después de pagar las deudas, si los Estatutos no disponen otra cosa, se distribuirá en proporción al importe nominal de las acciones, y si éstas no estuvieran liberadas en la misma proporción, se pagará primero la diferencia y después se seguirá la regla anterior.

Para el derecho de voto, el artículo 38 dice que “en ningún caso será lícita la creación de acciones de voto plural”, y toda la doctrina reconoce que esta prohibición se extiende tanto a los casos de voto plural directo o expreso o indirecto, y que, por tanto, no se podrá burlar esa norma acudiendo al sencillísimo método de emitir diversas series de acciones con distinto valor nominal y el mismo voto. y que, por tanto, el voto es proporcional al valor nominal de las acciones, por lo que también se permite la agrupación de acciones para votar.

Del derecho de suscripción preferente no dice nada la ley en este caso, pero si el principio general es la proporcionalidad del derecho al valor nominal en los otros tres derechos individuales reconocidos en el artículo 39, la solución ha de ser la misma para el derecho de suscripción preferente, más cuanto que la misma esencia y fundamento de él, como acabamos de decir, exige la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción, que determina la cuota sobre el patrimonio, y el derecho a la parte proporcional de reservas a través del ejercicio del derecho de suscripción preferente.

Esto desde el punto de vista económico, que, si consideramos su carácter mixto, desde el punto de vista político, la solución es forzosamente ésa, porque si no se podría romper la proporcionalidad del voto, y atentar al principio de eliminación del voto plural por otra vía indirecta, ya que dando a acciones de menor valor nominal el mismo derecho de suscripción preferente, se podría con menor des-

---

(83) MOREAU, en su citada obra, afirma que ha de ser proporcional al monto o nominal de las acciones, y que se aplica a todas cualesquiera que sea ~~una~~ clase (ordinarias o privilegiadas, amortizadas o sin amortizar).

embolso inicial llegar a adquirir una mayoría de votos a través de las sucesivas ampliaciones de capital.

2.<sup>o</sup> El segundo problema, vista la solución que dimos sobre la posible exclusión del derecho de suscripción preferente por acuerdo de la Junta, hay que resolverlo en el sentido de que subsista ese derecho aunque se trate de emitir acciones privilegiadas.

Por tanto, no se podrán poner las nuevas acciones a disposición de otros grupos para atraerlos así a la Compañía, sino con renuncia de todos los accionistas, o con el sacrificio de la mayoría que ceda sus acciones o derecho de suscripción preferente al grupo que pretende entrar en la Sociedad. Admitir otra cosa, cualquiera que sea la opinión que merezca esta solución, excede ya de la labor del intérprete y pertenece al legislador.

Uría (84) cree que las razones a favor de la tesis contraria no tiene fuerza ante un precepto imperativo como es el español, que no admite más excepciones que aquellas en que claramente sea incompatible con la operación de aumento de capital, y que si se admitiera en este caso la exclusión del derecho de suscripción preferente se abriría la puerta precisamente más peligrosa para la ruptura del *status quo* del accionista.

No cabe duda que la justificación de la norma italiana que se expone en la "Relazione" es buena: los privilegios se conceden para atraer a la Sociedad nuevos capitales con este aliciente; esos aumentos de capital van precedidos de acuerdos con los grupos que se intenta que los suscriban, lo cual no podría hacerse sin la exclusión del derecho de opción.

Pero tampoco se puede dudar que la admisión de esta excepción significaría la eliminación del carácter que nuestro legislador ha querido dar al derecho de suscripción preferente, y la desaparición práctica de éste como tal, poniéndolo en manos ya no de cada socio, sino de la mayoría, más o menos reforzada, que se exigiera para la emisión de acciones privilegiadas.

3.<sup>o</sup> El tercer caso tiene dos variantes:

a) Que se emitan sólo acciones ordinarias. Los que eran titulares de acciones de la misma clase pueden sin duda alguna concurrir a la suscripción; y los titulares de acciones privilegiadas, como tienen igualmente la consideración de accionistas, tienen también ese derecho conforme al artículo 92 L. S. A.

Dada la razón de ser económica y jurídica del derecho de suscripción preferente, es indudable que no puede privarse a los titulares de acciones privilegiadas de él, aunque se emitan acciones de otra clase, pues se rompería la proporcionalidad de derechos y se disminuiría su parte en la Sociedad.

Incluso sería una forma de disminuir el peso específico de las acciones privilegiadas en las votaciones, pues emitiendo nuevas acciones, que se les podrían sustraer, se iría disminuyendo su cuota real.

(84) Obra citada, tomo I, p. 410.

Tal es la solución propugnada por toda la doctrina: ASCARELLI y NOBILI en Italia, MOREAU en Francia, RITTER en Alemania, URÍA, GIRÓN TENA en España.

b) Si se emiten sólo acciones privilegiadas se plantea en Derecho español si estas acciones pueden ser suscritas por todos los socios o sólo por los titulares de acciones de la misma clase.

En los países que, como Italia, no juega el derecho de suscripción preferente para las acciones privilegiadas no existe este problema. Pero sí, en cambio, en las legislaciones como la española o la francesa que no distinguen entre unas y otras cuando del derecho de suscripción preferente se trata.

A favor de las acciones ordinarias militan las mismas razones expuestas antes para el derecho de suscripción preferente de las acciones privilegiadas cuando se emitan ordinarias: la generalidad del artículo 92, la necesidad de respetar el derecho a las reservas de las acciones ordinarias, y de mantener el equilibrio en cuanto al gobierno de la Sociedad, respetando las proporciones para la formación de mayoría y ejercicio de derechos.

A favor de las acciones privilegiadas se puede decir que se trata de acciones del mismo tipo, que si los accionistas ordinarios pueden suscribirlas, se puede disminuir el privilegio al tener que repartirlo con ellos, y que la misma esencia del privilegio implica la desigualdad de trato.

A pesar de estas razones, entiende URÍA (85) que, dada la disposición del artículo 92, el derecho de suscripción preferente se extiende tanto a las acciones privilegiadas como a las ordinarias y tal es la solución más segura en Derecho español.

La forma de resolver el problema creemos que puede encontrarse en el acuerdo de la Junta. Cabe que al emitir las acciones privilegiadas, como veremos, se extienda el privilegio a la suscripción exclusiva de las acciones nuevas de ese tipo, o que se emitan acciones ordinarias y privilegiadas, y estas últimas se reserven a los poseedores de este tipo de acciones.

Si no se ha hecho esto, los titulares de las acciones privilegiadas no podrán excluir a las acciones ordinarias, pero sí podrán impedir la emisión de acciones de la misma clase cuando perjudique el ejercicio del derecho de suscripción preferente sus beneficios, ya que el artículo 85, 2.<sup>o</sup>, dispone que "cuando la modificación afecte directa o indirectamente a los derechos de una clase especial de acciones, será preciso, además, el acuerdo de estas acciones con la mayoría especial del artículo 58", con lo cual se evita el perjuicio tanto a las acciones privilegiadas como a las acciones ordinarias, ya que tampoco se reservan esas acciones a los privilegiados, sino que no se emiten.

4.<sup>o</sup> El cuarto caso, por último, en realidad, viene resuelto ya

---

(85) Obra citada, tomo I, página 411.

con lo anteriormente dicho. La solución más sencilla aparentemente de que cada tipo de acciones tenga derecho de suscripción preferente sobre las de la misma clase, se debe rechazar dados los términos del artículo 92 y por la posibilidad que representaría de abusos y ruptura del equilibrio anterior. Bastaría con emitir un número mayor de unas u otras o no proporcional al de las existentes de su tipo para que se viniera abajo la defensa de los derechos que el derecho de suscripción preferente intenta proteger.

Si al emitir, por tanto, las acciones privilegiadas no se estipuló, como parte de ese privilegio, el derecho a la suscripción de las nuevas que se emitan del mismo tipo, las acciones ordinarias extenderán a ellas su derecho de suscripción preferente y naturalmente no se puede excluir a las acciones privilegiadas de la suscripción de las ordinarias, como hemos visto.

Los únicos dos sistemas posibles si se quiere conseguir aquel resultado serán:

a) acordar al emitir las acciones privilegiadas que éstas tendrán derecho de suscripción preferente en las nuevas del mismo tipo y no en las ordinarias, pacto que, por las razones expuestas, creemos plenamente lícito;

b) acordar la emisión de acciones ordinarias y privilegiadas y con acuerdo de la mayoría precisa para el aumento de capital, y de la misma mayoría de las acciones privilegiadas, decidir emitir acciones ordinarias y privilegiadas en un número múltiplo de la misma cuantía de las acciones respectivamente existentes, con lo cual se respecta el derecho individual de suscripción preferente y, por tanto, como en lo demás, se trata de una decisión que compete a la Junta, basta con las simples mayorías precisas para el aumento de capital y la modificación de Estatutos.

### III

#### TITULARIDAD DEL DERECHO DE SUSCRIPCION PREFERENTE

I. NORMA GENERAL.—El artículo 39 L. S. A. considera que la acción atribuye a su titular la condición de socio y le confiere como mínimo unos derechos entre los que se halla el derecho de suscripción preferente. El artículo 92 L. S. A., cuando regula el derecho de suscripción preferente, habla expresamente de los accionistas. Después de todo lo que llevamos dicho sobre este derecho no es preciso ya añadir nada más para demostrar que por naturaleza corresponde a los socios, a los titulares de las acciones, porque, formando parte integrante de éstas, sólo el legítimo dueño de éstas puede ostentártelo (86).

---

(86) De acuerdo sobre este punto URÍA, *ob. cit.*, tomo I, p. 415.

Cabe plantear una serie de cuestiones en torno a personas que por ostentar una semititularidad o un derecho sobre las acciones, puede dudarse si tendrán ese derecho o no. Todos esos casos los vamos a ver a continuación, pero todos ellos no son sino excepciones de esta norma general.

Dentro de ella únicamente cabe plantearse el problema de si ya que son los socios los legítimos titulares del derecho de suscripción preferente, lo deben ser todos en igual proporción o, en otras palabras, si cabe establecer preferencias entre los accionistas en lo que se refiere al derecho de suscripción preferente.

El artículo 37 L. S. A. dice: "podrán existir distintas clases o series de acciones. La diferencia puede consistir en el valor nominal, en el contenido de derechos o en ambas cosas a la vez". Y el artículo 38 L. S. A.: "para la creación de acciones que confieran algún privilegio frente a las ordinarias, habrán de observarse las formalidades prescritas para la modificación de los Estatutos sociales. En ningún caso será lícita la creación de acciones de voto plural".

En base a estos preceptos, URÍA (87) cree que existe una libertad amplísima para la creación de privilegios de naturaleza patrimonial y que pueden recaer sobre el derecho a suscribir las acciones nuevas.

A este sistema sólo le pone los límites que el autor citado cree que nacen del sistema de derechos también legalmente reconocidos; que forma el contenido mínimo e inexcusable de la condición de socio, de forma que aquellos privilegios que por sus términos de extraordinaria y anormal amplitud hagan prácticamente ilusorios los derechos económicos de los accionistas ordinarios habrán de reputarse inadmisibles e ilegítimos.

De la forma de expresarse esos dos artículos, creemos que cabe deducir que dentro del sistema de privilegios posibles de las acciones en la ley española caben las acciones preferentes cuya ventaja consista en un mayor derecho a la suscripción de nuevos títulos en caso de aumento de capital, con tal que eso no signifique la eliminación de tal derecho de las acciones ordinarias.

Tal es la solución del Derecho americano (88), donde se admite que las acciones con voto tengan derecho de suscripción preferente, mientras se le niega a las acciones desprovistas de él para evitar que por su ejercicio llegaran sus tenedores a adquirir derecho de voto; y del Derecho japonés, que en el artículo 222 de su Código (89) permite que en los Estatutos o en las Juntas se pacten privilegios para las diversas clases de acciones, incluso sobre el derecho de suscripción.

Para el Derecho italiano, GASPERONI (90) distingue sólo entre las

(87) Obra citada, tomo I, p. 387.

(88) LEPARGNEUR, *ob. cit.*, p. 216.

(89) *Code de commerce du Japón revisé en 1951*. Librairie générale de droit et de jurisprudencia, París 1954.

(90) *Las acciones de las sociedades mercantiles*, Madrid 1950.

acciones preferentes patrimoniales, las que atribuyen un privilegio en la distribución de beneficios o en la división del patrimonio, pero desconoce u olvida las que recaen sobre el derecho de suscripción preferente.

Este privilegio podrá crearse al tiempo de constitución de la Sociedad, emitiendo, por ejemplo, dos series de acciones, una ordinarias y otra privilegiadas, de manera que los títulos de éstas tengan en el futuro un derecho mayor en proporción a la suscripción de las acciones nuevas que se emitan, sistema con el que será posible, atribuyendo esas acciones a fundadores o promotores o a ciertos socios, que éstos mantengan en sus manos el control futuro, aunque de momento no lo puedan ostentar por necesitar la aportación de capital extraño en proporción superior al que de momento ellos pueden poner en la Sociedad.

O podrá nacer en el momento de aumentar el capital de la Sociedad, creando acciones privilegiadas cuya preferencia consista en un superior derecho de suscripción preferente. Es decir, que sobre esas acciones recaerá el derecho de suscripción preferente de los socios viejos, pero que cabe que las nuevas en todo o en parte tengan esa ventaja para el futuro.

En ese caso se habrán de cumplir los requisitos de la modificación de Estatutos (art. 58 L. S. A.) y especialmente se habrá de tener en cuenta el párrafo segundo del artículo 85 L. S. A.; es decir que si el acuerdo afecta a los derechos de una clase especial de acciones, será preciso, además, el acuerdo de la mayoría de esas acciones.

El hecho de que existan acciones privilegiadas con otro tipo de ventaja, por ejemplo, en cuanto al dividendo, no significa que se requiera el acuerdo de ellas, pues pueden existir una pluralidad de series de acciones con privilegio distinto. Tampoco el hecho de que las nuevas acciones preferentes modifiquen el derecho de todas las acciones ya existentes implica la aplicación del artículo 85, ya que éste lo que quiere defender es el derecho de las clases especiales de acciones", es decir, de las acciones preferentes. Únicamente cuando la preferencia de esas acciones especiales ya existentes recaiga sobre el derecho de suscripción preferente o cuando indirectamente la creación de las nuevas afecte directa o indirectamente a los derechos especiales de las antiguas habrá que recabar el acuerdo especial de ellas.

Esta admisión del privilegio sobre el derecho de suscripción preferente puede parecer un poco sorprendente dada su naturaleza de derecho mínimo e individual del accionista, pero es la consecuencia de la admisión de las acciones privilegiadas con la amplitud que lo hace nuestra ley.

Además hay que tener en cuenta:

1.º Que tiene su propio límite en el artículo 39, que impide la exclusión de ese derecho de la acción; y en el artículo 67 y siguientes, que permite impugnar los acuerdos de la Junta cuando sean con-

trarios a la ley, a los Estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas los intereses de la Sociedad.

2.º Que no es una situación tan extraña porque, por ejemplo, en el Derecho español no funciona el derecho de suscripción preferente en diversos casos de aumentos de capital: conversión de obligaciones en acciones, aportaciones *in natura*, fusión o absorción, y en Derecho comparado, además de esos casos, en el más grave de emisión de acciones privilegiadas o en el examinado de acuerdo de la Junta que decide su exclusión porque el interés de la Sociedad lo exija.

3.º Que también son derechos mínimos e individuales el de reparto de las ganancias o el de la cuota de liquidación y aún de impacto más directo que el de suscripción preferente y caben acciones privilegiadas que sustraigan a los timbres de las que no lo son una parte superior de los beneficios o de la cuota de liquidación, porque las Sociedades no significan ni exigen una igualdad absoluta de las acciones aunque tengan el mismo valor nominal y hayan costado lo mismo.

4.º Que en el único caso que el legislador no admite privilegios lo dice expresamente y prohíbe las acciones de voto plural. Y aunque dijimos que el derecho de suscripción preferente es un derecho mixto político-patrimonial, el privilegio de que una serie de acciones tenga un derecho de suscripción preferente más extenso no supone ni siquiera en forma indirecta una atribución de un futuro voto plural porque para que estos votos se actualicen es preciso que se suscriban acciones y se desembolse su importe, con lo que una vez creadas se seguirá manteniendo la ecuación una acción = un voto.

5.º Por último, que la posibilidad que hemos defendido no viene alterada por el artículo 92 de la ley española cuando dice que "los accionistas podrán ejercitar... el derecho a suscribir en la nueva emisión un número de acciones proporcional al de las que posean".

En este caso el precepto no hace sino establecer la norma ordinaria de proporcionalidad para señalar la forma en que los antiguos accionistas pueden ejercitar su derecho de suscripción preferente, norma que es precisamente la alterada por la existencia de las acciones privilegiadas, lo mismo que el artículo 162 de la ley dice la forma de liquidar o el 107 la forma de repartir las ganancias, y, sin embargo, cabe el privilegio que determine un reparto distinto, pues la preferencia es precisamente la excepción a la regla general que reflejan esos preceptos.

Examinada la norma general, podemos afirmar que el derecho de suscripción preferente pertenece a los socios, pero esta norma no resuelve una pluralidad de situaciones especiales que es preciso examinar. A ello van dedicadas las reflexiones que siguen, en las que para poner un orden distinguimos las posibles excepciones, por razón de las personas y por razón de las especiales situaciones de titularidad dudosa o cotitularidad en que se puede encontrar la acción.

2. PERSONAS DISTINTAS DE LOS SOCIOS.—A) *Personas extrañas a la Sociedad*.—Hemos visto que los socios son los titulares normales del derecho de suscripción preferente. Ahora bien, ¿puede la Junta conceder un derecho de suscripción preferente a personas que no sean socios, o mejor aún, independientemente de su condición de tales o de su posible interés en la Sociedad?

Por naturaleza, el derecho de suscripción preferente es una parte integrante de la acción y, por tanto, no puede funcionar separadamente de ella. Lo único que sucede es que al nacer el derecho de suscripción preferente con ocasión de un aumento de capital, cobra una entidad, una enjundia y un valor económico que le hace negociable y le desgaja de la acción, pero se desgaja como producto, rendimiento o ejercicio de una facultad que reporta un beneficio, no como si se vendiera una parte de la acción. Es decir, la fuerza creadora de esos nuevos posibles valores con ocasión de futuros aumentos de capital, queda en la acción; se transmite el derecho a suscribir aquellas acciones, pero no la parte de la acción que determina ese derecho.

Esta diferencia, que es reflejo de la de derecho de suscripción en abstracto y en concreto, la volveremos a tratar al hablar de la negociabilidad del derecho de suscripción preferente y ver cuáles son las características y límites de esa independencia.

La posibilidad de conceder el derecho de suscripción preferente a un extraño a la Sociedad no está, desde luego, prevista en nuestra legislación. El derecho de suscripción preferente se configura como un derecho mínimo del socio (art. 39) y en ningún lugar se prevé que pueda pertenecer a quien no sea socio.

El único caso que se puede considerar excepcional es la atribución al usufructuario por disposición expresa de los Estatutos, permitida por el artículo 41; y esto es probablemente por la especial situación de cotitularidad de nudo propietario y usufructuario que si dicho artículo resolvió a favor del primero, atribuyéndole la condición de socio, fue más por resolver un problema —postura que corresponde al legislador— que porque la misma naturaleza de las cosas exige que se reconozca la condición de socio al nudo propietario con exclusión del usufructuario. Por ello, y como único caso, por disposición y autorización expresa de la ley cabe que el derecho de suscripción preferente se atribuya a alguien que no tiene la condición de socio, pero que al menos tiene una especie de titularidad sobre la acción.

En cambio en el derecho extranjero nos encontramos con soluciones diversas.

El derecho alemán (art. 174 de la Ley de 1937) permite la emisión de obligaciones que confieran un derecho de suscripción preferente a acciones, siempre que se tome por acuerdo de la Asamblea con una mayoría de  $3/4$  partes de las acciones presentes, y se obtenga autorización de los Ministros de Economía, de Justicia y de Hacienda.

El derecho suizo (91) permite que los Estatutos reconozcan este derecho a otras personas que no sean accionistas, por ejemplo a los tenedores de bonos de disfrute y a los obligacionistas.

El derecho italiano admite, a pesar de que se ha discutido mucho su verdadero carácter de acción (92), que las acciones de goce ostentan y llevan consigo el derecho de opción (93).

El derecho francés excluye de ese derecho a los no accionistas, puesto que el artículo 12 del repetido Decreto de 1935 permite, con carácter transitorio, que se mantengan los derechos de suscripción preferente que tuvieran los titulares de bonos de disfrute o los portadores de títulos que representen especialmente al derecho de suscripción preferente.

En todos estos derechos el derecho de suscripción preferente no es propiamente un derecho individual o mínimo, y aún se puede decir que la posibilidad de atribuirlo a terceros dependen del mayor o menor carácter de derecho típico del socio. Así en derecho suizo basta que los Estatutos lo establezcan, en derecho alemán se exigen unos requisitos muy rigurosos, y en derecho italiano se reconoce a las acciones de goce que son como una especial clase de acciones.

Parece fuera de duda que el legislador español no ha previsto el caso, y que por lo tanto no lo ha admitido ni excluido; la solución habrá de obtenerse, pues, de un estudio de los principios que inspiran nuestra ley en general y el derecho de suscripción preferente en particular.

a) La naturaleza del derecho de suscripción preferente como parte integrante de la acción hace imposible que funcione aquél separadamente de éstas. No constituye excepción el que el adquirente del derecho de suscripción preferente por compra al socio lo ostente sin ser socio. Esto situación no significa ninguna alteración de la norma, ya que en este caso se desprende —del haz de derechos que forman la acción— la posibilidad concreta de ejercitarlo, perfectamente regulada, que en el momento de aumento de capital, adquiere un valor independiente y negociable.

Además no se trata de que se atribuya el derecho de suscripción preferente a un socio, sino que lo ejercite como consecuencia de una adquisición a título derivativo, y en todo caso no se trata de que nadie ostente el derecho de suscripción preferente desmembrado de la acción, sino el derecho de ejercicio del derecho de suscripción preferente referido a un aumento de capital concreto, o sea, no del derecho en abstracto, sino en concreto.

b) El fundamento o razón de ser del derecho de suscripción preferente excluye igualmente que se cree éste en favor de terceras personas no socios. Si como hemos visto tiende a defender la parte de reservas no distribuidas, o mejor de exceso del patrimonio sobre el

(91) STEIGER, *ob. cit.*, p. 299.

(92) GRAZIANI, *Diritto delle Società*, 5.<sup>a</sup> ed., Nápoli, 1962; p. 313.

(93) NOBILI, *ob. cit.*, p. 141.

capital, y a mantener la relación de proporcionalidad y control del socio, no cabe duda que carece de fundamento atribuido a personas que no tengan la condición de socio, y aun perturbaría los derechos individuales patrimoniales y políticos de los socios el que se atribuyera a personas distintas.

c) El derecho de suscripción preferente es uno de los derechos mínimos que el artículo 49 L. S. A. concede al accionista. Es por ello alegacionador ver el trato que merecen los otros derechos.

El derecho de voto pertenece exclusivamente al titular de acciones, y nadie que no sea titular de ellas, aunque tenga, por ejemplo, bonos de disfrute (art. 39, cuarto L. S. A.) puede votar. Sin embargo, la ley permite que los ostenten los directores y técnicos de la empresa si los Estatutos lo imponen (art. 59 L.S. A.).

Los dividendos se reparten sólo a los accionistas, pero cuando se trata de la participación en los beneficios, se permite, con la reserva del artículo 74 L. S. A., participar al Consejo en esos beneficios.

El derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación pertenece, asimismo, a los socios (art. 162), si bien se deja a salvo lo que se haya previsto en los Estatutos.

Por tanto, si bien estos derechos son inherentes a la condición de socio, cabe que personas que no tengan tal cualidad disfruten o participen de ellos en casos excepcionales, si los Estatutos lo disponen o la Junta lo acuerda así. Y habida cuenta que los Estatutos pueden modificarse por la Junta con las mayorías del artículo 58, bastará por tanto esta mayoría para establecer ese tipo de derechos a favor de no socios.

La naturaleza y el fundamento del derecho de suscripción preferente inclinan el ánimo a que tal derecho pertenezca exclusivamente a los socios; los argumentos de analogía pueden servir para tratar de aplicar en casos excepcionales y referido a personas íntimamente ligadas con la Sociedad, de las que nos ocupamos a continuación, una solución semejante, pero no para extenderla a cualquier persona extraña a la Sociedad.

El derecho de suscripción preferente tal como lo configuran nuestras leyes, no parece que pueda funcionar separadamente de las acciones.

La Junta general no tiene poder para disminuir uno de los derechos mínimos del accionista como hemos visto antes, ya que no existe posibilidad de excluir ni condicionar al derecho, y concedérselo a terceras personas será tanto como condicionarlo o reducirlo proporcionalmente. Sólo en los casos de excepción reseñados cesa ese derecho de los socios, como consecuencia de la inadaptabilidad del derecho de suscripción preferente a las situaciones citadas; aportaciones in natura, emisión de obligaciones, etc., etc.

Ahora bien, ¿puede admitirse sin el carácter de derecho de suscripción preferente inherente a las acciones, que se concede un derecho de participar en los aumentos de capital a personas extrañas? En mi

opinión, este giro no altera las circunstancias, y no cabe tomar tal acuerdo por la Junta, ya que no se puede excluir ni disminuir el derecho de los accionistas. Queda únicamente la duda de la validez del pacto cuando haya unanimidad de los accionistas, bien el momento de creación de la Sociedad y redacción de los Estatutos, bien en un momento posterior.

Es evidente que con ocasión de un aumento de capital pueden los accionistas renunciar a ese derecho y atribuirlo a terceras personas, tanto para que suscriban éstas las acciones como para que incluso negocien este derecho; pero ¿podrá hacerse eso con el derecho de suscripción preferente en abstracto o sea referido a todos los posibles futuros aumentos de capital, sin que ello signifique renuncia del propio derecho de suscripción preferente, sino, por así decirlo, creación de nuevos derechos de acceso a la Sociedad, al lado de los que corresponde a los accionistas?

El derecho de suscripción preferente pertenece a los socios, es un derecho mínimo, pero privado, no de orden público, que defiende la posición del socio frente a los abusos de la mayoría en su doble aspecto patrimonial y político. Si el socio lo renuncia, no parece que haya norma que expresamente lo impida, y lo mismo puede, sin renunciarlo, reconocer que otras personas también lo disfruten.

Parece pues que, tomando el acuerdo por unanimidad, la idea de conceder ese derecho de acceso a extraños no repugna a la Sociedad ni a la posición del socio, y que incluso cabe establecer dos tipos de suscripción distintos: uno más bajo para los socios, y otro con prima para los extraños titulares de esos derechos de acceso, con lo que se salvaría el aspecto patrimonial ya que así no entrarían a participar en ese supervalor del patrimonio de la Sociedad gratuitamente, puesto que no tenía ese derecho a la subcuota contravalor de reservas que defiende el derecho de suscripción preferente.

Con ello, ese derecho de acceso distinto del de derecho de suscripción preferente tendría una razón de ser y una justificación perfectamente clara; serviría para interesar a personas extrañas en los aumentos de capital, recompensar el trabajo de Administradores, excitar el interés por la suscripción de obligaciones, obtener dinero por la enajenación de los títulos que incorporen ese derecho, etc.

Como ya dijimos, el legislador español no ha previsto el caso y no se ha pronunciado ni a favor ni en contra; y la doctrina tampoco, aunque en el problema de la negociabilidad o venta del derecho en abstracto, como luego veremos, tanto la española como la extranjera se han inclinado a la prohibición.

Pero el caso es distinto; el derecho de suscripción preferente con los rasgos que la ley le configura no puede pertenecer sino a los socios, pero estructurado como un privilegio especial, no como derecho de suscripción preferente de accionistas, no parece que sea imposible encaje en nuestro régimen de S. A.

Es cierto que es una figura extraña a nuestra práctica, pero eso no es razón bastante, sin duda, no sería fácil atacar la validez de un acuerdo unánime por el que, por ejemplo, se crearan obligaciones con derecho a participar en la suscripción de los aumentos de capital futuro, o se pusieran a la venta títulos que incorporaren un derecho a participar en esos futuros aumentos.

B. *Personas interesadas en la Sociedad.*—Dentro de este grupo, incluimos a todos aquellos que independientemente de que sean socios o no tienen un especial interés en la Sociedad y colaboran en su marcha o desarrollo; unos por razón de constitución de la Sociedad: fundadores y promotores; otros por razón de formar parte de su cuadro directivo: Consejeros, Administradores, Gerentes, Directores; otros por razón de prestar un trabajo a la Sociedad y colaborar en la producción: trabajadores o empleados; otros por aportar su dinero y estar interesados en la buena marcha de la Sociedad: obligacionistas.

Naturalmente son aplicables a todas estas personas las conclusiones del apartado anterior, pero lo que nos interesa ver es si por su especial situación la ley les atribuye algún derecho o alguna posibilidad más o menos expresa de que disfruten de un derecho de suscripción preferente.

a) Respecto a los fundadores o promotores, el artículo 12 de la L. S. A. dice que "los fundadores podrán reservarse remuneraciones o ventajas, cuyo valor en conjunto no exceda del 10 por 100 de los beneficios netos según balance, y por un período máximo de quince años. Estos derechos podrán incorporarse a títulos nominativos distintos de las acciones".

La ley permite, pues, un especial trato para los fundadores como premio o recompensa a su iniciativa, pero preocupada por antiguas prácticas que quitaban a las Sociedades su carácter igualitario, y sobre todo el interés para los socios que entraban simultáneamente o más tarde, pero sin el carácter de fundadores, tasa cuáles pueden ser esos beneficios o derechos especiales.

Parte de la doctrina italiana, sobre un precepto semejante, el 2.340 de su Código (94), ha entendido que podía consistir la ventaja en reservarse ese derecho con tal que cumpla esos dos requisitos de cantidad de tiempo (95). En cambio NOBILI (96) rechaza esa posibilidad tanto por razones exegéticas como sobre todo por razones sustanciales, ya que es muy difícil calcular el beneficio que entraña el disponer de un especial derecho de suscripción preferente. En efecto, la diferencia —dice— entre valor de mercado y valor de suscripción de las nuevas

(94) "Los promotores pueden reservarse en el acto constitutivo, independientemente de su calidad de socios, una participación no superior en conjunto a un décimo de los beneficios netos resultantes del balance y por un período máximo de cinco años. No pueden estipular a su valor ningún otro beneficio".

(95) FRE, *Società por azioni*, Bologna-Roma, 1956; p. 113.

(96) Obra citada, p. 156.

acciones no es exactamente igual al beneficio disfrutado o percibido con la tribución de ese especial derecho de suscripción preferente.

GARRIGUES (97), comentando el art. 12, afirma que "no pueden constituir ventaja particular, por ser contrarios a la ley... ni la concesión de un derecho preferente para la suscripción de acciones en las elevaciones de capital, que violaría el derecho reconocido solamente a los accionistas por el art. 39, quienes se sentirían defraudados si habiendo adquirido las acciones a un valor muy superior al nominal, tuviesen que ceder a los fundadores una parte de las plus-valías, que acaso excediera del límite cuantitativo establecido en el art. 12 y que en todo caso deben corresponder íntegramente al accionista".

Esta argumentación explica más bien que el precepto, la especial justificación que se necesitaría para admitir a ejercitar el derecho de suscripción preferente a personas que no sean socios o por otro carácter que el de ser socio, es decir, ilustra más bien el motivo que al legislador induce a excluir este beneficio de los que los fundadores se pueden reservar. Pero el principal argumento deducido del mismo artículo 12 es la casi imposibilidad de valorar para el futuro el derecho de suscripción preferente y, por lo tanto, decidir si encaja o no en los límites del artículo 12. Lo que esos límites y la misma forma de expresarse el precepto dejan claro es que el legislador no se refería ni pensaba en este tipo de ventajas, sino en las puramente patrimoniales, lo cual es aún evidente en el Código italiano, en el que propiamente se excluyen todas aquellas ventajas que no sean una participación en los beneficios.

En el Derecho español, aunque no se diga tan explícitamente, es evidente que, dada la norma del artículo 39 y la falta de una excepción comprensiva a favor de los fundadores, no pueden éstos, en cuanto tales, reservarse en el acto constitutivo un derecho de suscripción preferente, puesto que en ningún caso ese derecho es valorable con seguridad *a priori*, y menos para todos los posibles aumentos de capital durante un período de tiempo, ya que el valor de ese derecho de suscripción preferente dependerá absolutamente no sólo de la marcha de la Sociedad, sino del número de veces que se aumente ese capital y hasta de las imprevisibles coyunturas del mercado.

GARRIGUES entiende que la limitación de ventajas que establece el artículo 12 sólo se refiere al momento constitucional de la Sociedad, y que durante la vida de ésta la Junta General puede conceder a los fundadores cualquier ventaja con tal que el acuerdo de Junta sea adoptado con los requisitos legales y estatutarios.

Afirmación esta última que hace pensar que el referido autor no excluye la posibilidad de atribución de beneficios por acuerdo de la Junta, con lo que desaparece el peligro de que se reserven esos derechos los fundadores en el acto constitutivo, con el perjuicio consiguiente de los socios que vayan entrando después en la Sociedad.

b) A los obligacionistas se les reconoce este derecho en la ley

(97) Obra citada, tomo I, p. 237.

alemana, y aunque en caso de emisión de estas obligaciones se establece un derecho de suscripción preferente de ellas a favor de los accionistas antiguos, si acuerdan su emisión y renuncian por unanimidad a ese derecho, pueden suscribirlas terceros; en la ley suiza y en Francia se ha defendido que la emisión de estas obligaciones puede salvar este tipo de títulos en las épocas de inflación, en que el estímulo es menor para la suscripción de obligaciones.

En Derecho español, no hay ninguna norma que impida unir a las obligaciones diversos tipos de derechos, ya que los requisitos de la escritura y de las obligaciones que impone el artículo 116 L. S. A. son los mínimos.

El artículo 95 permite la emisión de obligaciones convertible o el acuerdo de conversión tomado *a posteriori*. En el primer caso la obligación lleva un derecho preferente, y en el segundo aparece en un momento determinado. Lo que falta en la ley es la posibilidad de unir un D. S. P. propiamente dicho a las obligaciones; pero es sin duda el caso más próximo en nuestro Derecho, ya que, permitiéndose la suscripción de acciones de valor superior al de las obligaciones pagando la diferencia, si se emiten series de obligaciones de pequeño valor nominal convertibles en acciones, en realidad se están poniendo a la venta títulos que incorporen un derecho de suscripción preferente, y eso se puede hacer simplemente por acuerdo de la Junta. Es decir, que, de una parte, se protege mucho el derecho de suscripción preferente, pero de otra parte se deja abierto un portillo que el Derecho alemán, donde, como sabemos, la Junta puede excluir simplemente el derecho de suscripción preferente con mayorías especiales, no ha dejado.

c) En cuanto a los directores y administradores, no contiene nuestra ley más excepción que la posibilidad de que tengan derecho de voto aún sin ser socios. Es sin duda esto un reconocimiento a su especial situación en la Sociedad, pero nada decisivo a favor de una equiparación con los socios. Creemos, pues, que sólo a través de los argumentos esgrimidos antes se puede crear un derecho de acceso a las nuevas acciones que se emitan, y que, por tanto, en ningún caso nuestra ley da base para unir un propio derecho de suscripción preferente al ejercicio del cargo, pudiéndose solamente si ese derecho de acceso se admite hacerle inherente al desempeño de uno de esos puestos.

d) A los tenedores de bonos de disfrute, posible en nuestro ordenamiento (art. 39 L. S. A.), se les reconoce este derecho por la doctrina italiana (98), por la francesa (99) y por la suiza y alemana. En Derecho español, sin entrar en la discusión de si son verdaderas acciones o no, el titular de los bonos de disfrute conserva su derecho a participar en las utilidades y en la cuota de liquidación (100), y

(98) NOBILI, *ob. cit.*, p. 141.

(99) MOREAU, *La société anonyme*, vol. I, París, 1955; p. 618.

(100) URÍA, *ob. cit.*, tomo I, p. 423.

aún puede, por disposición expresa de los Estatutos, conservar el derecho de voto. De acuerdo con todo ello, parece lógico entender que si conserva ese derecho a los beneficios, a las reservas y a la eventual cuota de liquidación, deba retener asimismo el derecho de suscripción preferente. No hay duda ninguna cuando los Estatutos así lo dispongan; pero incluso creemos que, salvo que éstos dispongan lo contrario o que el acuerdo de entrega de los bonos excluya el derecho de suscripción preferente, les pertenecerá este derecho a sus titulares.

c) A los trabajadores o empleados de la empresa se les podría atribuir ese derecho y puede ser este un medio hábil para hacer posible la combinación de los derechos del capital con los del trabajo, para llamar a éste a interesarse directamente en la marcha de la Sociedad, para activar la socialización de la empresa y para coordinar las dos partes del proceso productivo. En Derecho italiano se atribuye el derecho de suscripción preferente a los tenedores conforme al artículo 2.349 de su Código (101), y se permite, por otra parte, excepcionar el derecho de opción atribuyéndolo en cuanto a un cuarto de las nuevas acciones a los dependientes de la Sociedad por acuerdo de la Junta con las mayorías normales.

En Derecho español no existe, en cambio, ninguna norma y, por tanto, salvo el caso de que los Estatutos lo permitan o los socios por unanimidad acuerden este derecho, no podrán los trabajadores ejercitárselo, ya que no existen acciones semejantes a las del 2.349 italiano, y se prohíbe la creación de acciones que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a la Sociedad, pudiendo únicamente atribuirles ese derecho de acceso que hemos sugerido, que en este caso tendrá aún mayor justificación que cuando se trate de personas extrañas.

3. SOCIEDAD TITULAR DE SUS PROPIAS ACCIONES.—La Sociedad puede, excepcionalmente, adquirir sus propias acciones (art. 47 L.S.A.) y, como consecuencia, puede darse el caso de que se realice un aumento de capital estando en poder de la Sociedad acciones que llevan consigo un derecho de suscripción preferente.

El Derecho alemán prohíbe en este caso (art. 65. VII, de la ley de 1937) que la Sociedad disponga de ninguno de los derechos que corresponden a las acciones. El único interés de esta adquisición es poderlas revender o reducir su capital anulándolas (102).

En Derecho americano las acciones llamadas de tesorería pueden ser de nuevo cedidas por ella, y pueden no tener limitación en cuanto al ejercicio de los derechos de ellas (103).

En Derecho suizo, se prohíbe a la Sociedad adquirir sus propias acciones (arts. 628 y 639 CO) a título oneroso, salvo en casos excepcionales. En el tiempo en que la Sociedad posee sus propias accio-

(101) NOBILI, *ob. cit.*, p. 141.

(102) DUROUDIER-KUHLEWEIN, *ob. cit.*, p. 71.

(103) LEPARGNEUR, *ob. cit.*, p. 218.

nes, los derechos de ella están en suspenso y reviven en caso de venta, y no pueden ejercitarse, por tanto, el derecho de suscripción preferente (104).

El Derecho italiano permite en su artículo 2.357 la adquisición por la Sociedad de sus propias acciones en determinadas circunstancias. Se ha discutido mucho sobre el ejercicio de los derechos de esas acciones por la Sociedad. La mayoría de la doctrina considera que están suspendidos esos derechos [FRE (105), GRAZIANI (106)]. Otros autores entienden que no puede suscribir acciones, pero sí ceder el derecho de suscripción preferente. NOBILI (107), aunque con dudas, se inclina a negar aún esta posibilidad.

La función del aumento de capital por medio de nuevas aportaciones es la de traer medios económicos nuevos a la Sociedad. Si la Sociedad suscribe esas acciones, con cargo a las reservas o beneficios libres, que es con lo único que lo puede hacer (art. 47 L. S. A.), es decir, con cargo al patrimonio, no se logra esa función.

En Derecho español, el último párrafo del artículo 47 dice que "las acciones que no hayan de amortizarse deberán ser vendidas en el más breve plazo posible y entretanto quedará en suspenso el ejercicio de los derechos incorporados a las acciones que posea la Sociedad". URÍA (108), sin plantearse ninguna distinción, afirma que no confieren el derecho de opción para suscribir acciones nuevas.

En cuanto a la posible cesión de esos derechos de suscripción preferente, parece preferible también negar ese derecho a la Sociedad. El derecho de suscripción preferente está establecido para tutelar el derecho de los accionistas, que son preferibles a los terceros, en el reparto oculto de reservas que implica la suscripción, y protegidos para que mantengan su proporción en la administración y en el voto. La venta de los derechos de suscripción preferente de las acciones detentadas por la Sociedad nunca depará a salvo este segundo aspecto, y tampoco perfectamente el primero, ya que no siempre el valor del cupón equivale a la diferencia por acción entre el patrimonio y el capital.

El posible interés de la Sociedad por incrementar su patrimonio frente al de los socios en particular, tampoco debe prevalecer dada la forma en que está redactado el artículo 47. La cesión del derecho de suscripción preferente es una de las formas de ejercitarse éste y, como consecuencia, hay que considerarle suspendido mientras las acciones están en poder de la Sociedad, en beneficio por acreditamiento de los derechos de las demás acciones en circulación.

#### 4. NO EJERCICIO PARCIAL DEL DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE A LAS ACCIONES EMITIDAS.—Todas las legislaciones tienen un

(104) STEIGER, *ob. cit.*, p. 158.

(105) *Società per azioni*, Bologna-Roma, 1956, p. 228.

(106) Obra citada, p. 300 y ss.

(107) Obra citada, p. 147.

(108) Obra citada, tomo I, p. 486.

plazo necesario, y generalmente corto, durante el cual se ha de ejercitarse el derecho de suscripción preferente. En Derecho italiano son quince días (art. 2.441 C. c.), dos semanas en derecho alemán (art. 153 de la ley de 1937), quince días en Derecho francés (art. 1.º de la ley de 1935). El artículo 92 marca el de treinta días y es uno de los más largos de la legislación comparada.

Las razones de esta brevedad son claras. Entre el momento en que la Junta acuerda el aumento de capital y aquel en que tal aumento se consolida, que es el de la suscripción y desembolso de las acciones, debe mediar poco tiempo, ya que se trata de un período imperfecto y provisional en el que uno de los datos más importantes de la Sociedad: el capital, está en trance de modificación. Los problemas que pueden suscitarse en ese período para la Sociedad, para los acreedores para los titulares del derecho de suscripción preferente, etcétera, son muy complicados y debe, por interés general, abreviarse ese plazo. Por ello, a los socios viejos se les debe dar la oportunidad de suscribir, pero han de decidirse rápidamente.

Sucede, con mucha frecuencia, que durante ese tiempo no todos los socios ejercitan el derecho de suscripción preferente ni lo venden. Por olvido, por desinterés, por falta de dinero, por encontrarse en herencias yacentes, sujetas a litigios judiciales o sencillamente perdidas, hay acciones que no ponen en juego, que no actúan su derecho de suscripción preferente. Al cabo del plazo quedan así una serie de acciones nuevas que no han sido suscritas. ¿A quién corresponde el derecho a suscribir esas acciones?

El decreto francés de 1935 dispone que las acciones disponibles serán atribuidas a los accionistas que hayan solicitado un número de acciones superior al que por su derecho preferente podrían suscribir, proporcionalmente a su parte en el capital y al límite de sus demandas.

En Derecho italiano no existe ninguna norma semejante. NOBILI (109) cree que las acciones no suscritas pueden ser ofrecidas libremente por la Sociedad.

En Derecho español, URÍA (110) estima que cuando el accionista haya suscrito el número de acciones nuevas proporcional al de las que posea, su derecho se habrá agotado.

En favor de esta solución creemos que existen una serie de razones. La norma francesa defiende a los accionistas quizá más allá de lo que sus derechos exijan.

Especialmente en las legislaciones que, como la española, establecen un derecho de suscripción preferente rígido, del que apenas el socio puede ser privado, esa libertad de la Sociedad sobre las acciones sobrantes le permite facilitar la entrada de nuevos socios.

Desde el punto de vista de la esencia y justificación del derecho de suscripción preferente esa libertad tampoco se opone a éste. Desde

(109) Obra citada, p. 169.

(110) Obra citada, tomo I, p. 414.

el punto de vista de los socios que no lo han ejercitado, porque se pueden considerar decaídos de su derecho, que ellos mismos han dejado de ejercitar, y, por tanto, no se les produce ningún perjuicio, sino que la Sociedad toma por razones de bien social y para lograr que se haga efectiva o se suscriba íntegramente el aumento de capital, lo que ellos habían abandonado. Desde el punto de vista de los otros socios, su derecho de suscripción preferente ha quedado a salvo al suscribir la parte proporcional de las acciones nuevas, manteniendo así su posición política y económica de la Sociedad, y tal derecho no les atribuye la facultad de exigir una parte superior, ya que eso significaría un derecho nuevo distinto del de S. P. RODRÍGUEZ (111) se basa en un pretendido derecho de acrecer conatural a todas las comunidades; pero creemos que, aparte de lo discutible de esa inherencia entre comunidad y acrecimiento, más propia de la comunidad germánica que de la romana, la Sociedad no se puede resolver en una comunidad, ni olvidar que entre socio y socio no existe relación directa, sino a través de la Sociedad, ni que el patrimonio es de la Sociedad y no de los socios (ni que la acción es independiente y sustantiva, nunca igual a una cuota extensible).

Prácticamente la extensión de ese derecho de los socios haría mucho más larga y laboriosa la suscripción de los aumentos de capital. Cerrado el plazo del derecho de suscripción preferente, habría que abrir uno nuevo para los accionistas que ejercitaron el suyo, o adjudicar automáticamente las sobrantes a los suscriptores en proporción a sus derechos.

El artículo 92 presupone que el derecho de suscripción es proporcional al número de acciones que se tienen, y, por lo tanto, ejercitado así el derecho, queda satisfecho. La letra del precepto así ha sido entendida siempre y prácticamente las acciones sobrantes las coloca la Sociedad.

Una inteligencia contraria del precepto privaría absolutamente a la Sociedad de la posibilidad de admitir nuevos socios, pues aunque renunciaran algunos a su derecho de suscripción preferente, ese acrecimiento haría que un solo socio podría exigir la suscripción de todas las acciones, impidiendo entrar a terceros.

Sin embargo, el artículo citado no excluye esta postura y cabrá, por tanto, la norma estatutaria que establezca (o amplíe) el derecho de los socios, ya no al número proporcional de acciones nuevas respecto a las viejas que se posean, sino al número de acciones nuevas proporcional a las que se posean y a las que soliciten suscribir los demás socios.

En cuanto al órgano que puede decidir sobre la colocación de esas acciones, no cabe duda que es, en primer lugar, la Junta General.

La Junta es la única autorizada para decidir el aumento de capi-

(111) Citado por URÍA, p. 414.

tal y la forma de realizarlo. Fija los plazos de ejercicio del derecho de suscripción preferente (los treinta días son un mínimo), y puede prever ya el destino que se ha de dar a las acciones no suscritas: puede reducir el capital por suscripción parcial, o decidir que se coloquen en el mercado.

Cuando el Consejo de Administración acuerda el aumento de capital, lo hace siempre por vía de delegación (art. 96 L. S. A.) o de ejecución (arts. 115 y 116 RRM). Su libertad de actuación dependerá de los términos en que se le haya autorizado por la Junta. Pero cabe perfectamente que la delegación comprenda la facultad de decidir sobre la colocación de las acciones sobrantes.

En el caso de acuerdo de Junta lo que sí será aconsejable es que ésta, si decide colocar las acciones sobrantes, faculte al Consejo, aunque éste no haya intervenido en el aumento propiamente dicho para realizar los actos precisos para ofrecer esas acciones, sin necesidad de una nueva reunión de la Asamblea, pues con ello se logrará una mayor facilidad y rapidez en la resolución de todos los problemas que el aumento de capital trae consigo, y una más pronta suscripción total, requisito para que se pueda considerar completamente terminada la operación.

5. EL DERECHO DE SUSCRIPCIÓN PREFERENTE Y LA PARTICIPACIÓN DE CAPITAL EXTRANJERO EN LA SOCIEDAD.—Como es sabido, la legislación española contiene una serie de normas que señalan el límite en que pueden participar los extranjeros en el capital de las Sociedades.

La Ley de Protección a la Industria Nacional de 1939 señaló una serie de industrias en las que no se admitía capital extranjero, y en las demás sólo podía llegar hasta el 25 por 100. A partir del año 1959 se inicia una tendencia liberalizadora; se admite el 50 por 100 de capital extranjero, y con autorización de la Presidencia del Gobierno un porcentaje superior. Y por fin, esta tendencia desemboca en el Decreto de 18 de abril de 1963, en el que se autoriza para una serie de industrias productivas de diversos sectores la inversión de capital extranjero sin límite de cuantía.

El derecho de suscripción preferente actúa, como es natural, igual tratándose de acciones en poder de extranjeros que de españoles; únicamente en dos casos presenta particular interés su estudio:

1.º En el caso de que en un aumento de capital se pretenda la aportación de capital extranjero, el derecho de suscripción preferente de las antiguas acciones puede dificultar extraordinariamente la inversión extranjera, que es uno de los fines pretendidos por toda la legislación dictada sobre esta materia desde el año 1959. Nos encontramos con dos leyes que aunque en su letra son perfectamente compatible, su espíritu choca abiertamente.

De un lado, los artículos 92 y 39 de la L. S. A., que reconocen el derecho individual del socio y tienden a defender a éste; de otro toda la legislación citada que tiende a facilitar el interés so-

cial y general del país permitiendo la entrada de capital extranjero. A pesar de que esta legislación es posterior, no creemos que pueda defenderse la derogación de las normas anteriores, porque en realidad no son contradictorias, sino más bien se excluyen recíprocamente en cuanto a sus fines. No cabe duda, vg.: que en Derecho italiano, al amparo del 2.441, constituiría una caso justificado de exclusión del derecho de opción la suscripción por capital extranjero que no podría ser sustituido por capital nacional. En Derecho español ya vimos que no existe una norma semejante y, por tanto, el pretendido suscriptor extranjero habrá de recibir el mismo trato que el español. Sólo tratándose de aportaciones no dinerarias no habrá dificultad de admisión de los partícipes extranjeros dado que en este caso no rige el derecho de suscripción preferente.

2.<sup>o</sup> El segundo caso es un típico problema de derecho transitorio. Antes del año 1939 existió una libertad casi absoluta para la participación de los extranjeros en Sociedades españolas, y al amparo de ellas se constituyeron Sociedades en las que el capital extranjero participaba en porcentajes superiores a veces al 25 y al 50 por 100. o en incluso con nacionalidad española (pues el sistema español es el de atribuir la nacionalidad por el domicilio o sede social y no ha llegado nunca a introducirse el sistema de control o de la nacionalidad de los socios (112), el capital era totalmente extranjero.

Es más, aun después del año 1939, y puesto que la ley se refería a industrias, se siguió entendiendo que esas limitaciones se referían a sociedades industriales, pero que en las sociedades puramente comerciales la aportación de capital extranjero no tenía límites. La práctica española fué ésta hasta que, paradójicamente, a partir de 1959, y como consecuencia de que las modernas disposiciones no distinguían entre sociedades industriales y comerciales, se empezó a mantener por los organismos oficiales, fundamentalmente la Presidencia del Gobierno, que es quien, a través de la O.C.Y.P.E., concede las autorizaciones precisas, que las sociedades comerciales están sujetas a las mismas limitaciones; sobre todo a partir de la Orden de 15 de marzo de 1962, que limita la compra de valores mobiliarios de Empresas españolas, sin distinguir si se trata de comerciales o industriales, al cincuenta por ciento.

En ambos casos nos encontramos con sociedades que tienen lícitamente un capital extranjero superior a los límites permitidos por la legislación posterior. En el caso de un aumento de capital con aportaciones dinerarias, se plantea el dilema de qué disposición debe prevalecer si la de respeto del derecho de suscripción preferente y como consecuencia que los socios extranjeros tengan en el aumento de capital la misma participación que en éste, con violación de las normas que prohíben las participaciones extranjeras superiores a los mínimos establecidos, o la de respetar estas normas que se pueden incluso con-

(112) Sobre este tema Vid. H. BATIFFOL, *Droit international privé*, 3.<sup>a</sup> edición, París, 1959; p. 235.

siderar de orden público y limitar ese derecho de suscripción preferente a la cuota que según las nuevas leyes pueden suscribir los extranjeros, concediendo respecto al exceso la posibilidad de vender ese derecho y resarcirse así del perjuicio sufrido.

GARCÉS BRUSES, en un libro reciente (113) sobre el régimen jurídico de las inversiones extranjeras en España, en base al artículo 3.<sup>º</sup> del C. c., que dispone que "las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario", cree que los titulares extranjeros tienen asegurada la continuidad de su actual porcentaje en el capital por consecuencia de la perfecta vigencia del artículo 92 de la I. S. A.

La Presidencia del Gobierno, como es normal en todos los organismos administrativos, que no pueden reprimir una tendencia a intervenir en todo lo que les conviene no sólo por razones públicas, sino aun puramente de aumento de la importancia propia, ha entendido, en respuesta a diversas consultas, que es precisa la autorización suya para que los extranjeros suscriban en el aumento más de la cuota que legalmente se fija, aunque tuvieran antes más participación y, por tanto, un derecho de suscripción preferente proporcional, aunque hay que decir que concede casi siempre esas autorizaciones cuando se le solicitan.

Desde un punto de vista técnico no creemos que la solución sea tan simple como pretende el autor citado al aplicar el artículo 3.<sup>º</sup> del C. c.

No vamos a exponer ahora toda la teoría española de la retroactividad de las leyes; pero aunque el principio general es el expresado, no se trata aquí de una retroactividad absoluta, sino de un caso que se produce una vez entrada en vigor la nueva ley y por un acto posterior a ella: el aumento de capital. Se trata de una colisión con un derecho anterior, el derecho de suscripción preferente, pero para un ejercicio posterior a la ley.

El profesor DE CASTRO (114) distingue tres tipos de retroactividad:

De grado máximo. Cuando la nueva ley se aplica a la relación jurídica y a sus efectos, aunque aquélla fuera creada o éstos ejecutados bajo el imperio de la ley anterior.

De grado medio. La nueva ley se aplica a efectos nacidos durante la vigencia de la ley derogada, pero que hayan de ejecutarse después de la nueva ley.

De grado mínimo. La nueva ley se aplica, de los efectos de una relación jurídica regulada por la ley anterior, sólo a los que nazcan después de la entrada en vigor de la ley nueva.

El caso que nos planteamos está dentro de los dos últimos tipos, pudiéndose discutir su encuadramiento en ellos según se entienda

(113) *Régimen jurídico de las inversiones extranjeras en España*, Madrid, 1962; p. 159.

(114) DE CASTRO, *Derecho civil de España. Parte General, I*, Madrid, 1955; página 723.

que el derecho de suscripción preferente nace en el momento del aumento del capital o que nace en el momento de la suscripción de la acción y se ejecuta cuando se aumenta.

Como se ve, aplicar la nueva legislación no supone una retroactividad absoluta. El art. 3.<sup>º</sup> deja un gran margen de interpretación con la frase "si no dispusieren lo contrario". Como dice el profesor citado, habrá que considerar el valor de las dos leyes, en el momento de su aplicación dentro del ordenamiento jurídico, y tener en cuenta sobre todo el fin propuesto por la ley nueva, desechar los sistemas dogmáticos y poco prácticos que ha construido la doctrina, que es el criterio seguido por la jurisprudencia española.

Se entiende en derecho español que puede darse cierto tipo de retroactividad aunque la ley no lo diga expresamente, cuando así lo requiera el sentido, carácter y fin de la ley. Y con este criterio DE CASTRO señala entre las leyes que por su propia naturaleza lo exigen: las disposiciones que condonen como incompatibles a sus fines sociales las situaciones anteriormente constituidas, y las disposiciones que tengan por objeto establecer un régimen general y uniforme.

La legislación de inversiones extranjeras no cabe duda que reúne esas dos condiciones, que tiene cierto carácter de orden público y que aunque no deroga los preceptos de la ley de S. A. es complementaria y aclaratoria de ella como se ha visto siempre en las normas de formación de Consejos, distribución del capital, distribución de dividendos, etc., etc.

Para terminar de resolver esta situación, se pueden tener en cuenta tres criterios más:

a) Las normas transitorias del C. civil, que conforme a la norma 13.<sup>ª</sup> son de aplicación general extrayendo los principios que le sirven de fundamento. La norma 1.<sup>ª</sup> dice que se regirán por la legislación anterior los derechos nacidos según ella de hechos realizados bajo su régimen, y la 4.<sup>ª</sup> que los derechos nacidos y no ejercitados antes de la ley nueva subsistirán con la extensión y en los términos que les reconozca la legislación precedente, pero sujetándose en cuanto a su ejercicio, duración y procedimientos a lo dispuesto en la Ley nueva.

Es decir, que se respeta el derecho nacido antes, en este caso el derecho de suscripción preferente —siempre entendiendo que no surge al decidir aumentar el capital, pues en este caso la solución sería obvia—, pero se debe ejercitar de acuerdo con la nueva ley. Y por tanto debe procurarse armonizar la forma de ejercicio con la nueva ley, lo cual puede lograrse ejercitando hasta el límite legal el derecho de suscripción preferente y negociando el exceso.

b) Las normas transitorias de la L. S. A. Aparte de las normas especiales, esta ley como criterio general en materia de S. A. establece en su norma 1.<sup>ª</sup> que la ley se aplica a las S. A. cualquiera que sea el momento en que fueron creadas y el contenido de sus Estatutos cuando se trate de regular actos o contratos que se produzcan a partir de su publicación, o que originados con anterioridad no se hubiesen

totalmente ejecutado bajo el imperio de la legislación anterior. El criterio pues, es de retroactividad no sólo de grado mínimo, sino aún comprendiendo el grado medio, ya que aunque los derechos se hubieran originado antes (caso del derecho de suscripción preferente) se aplicará la nueva ley sino se hubieren ejecutado bajo el imperio de esa ley (que es lo que sucede con el aumento de capital).

c) Que tal solución de retroactividad no absoluta no produce perjuicio de derechos adquiridos, pues al socio antiguo extranjero se le respeta todo el derecho de suscripción preferente, que, primero es un derecho que en la mayoría de los casos la ley ha reconocido con posterioridad a su suscripción inicial, y que por tanto aunque cuando se constituyó la Sociedad estuviera reconocido en los Estatutos no tenía el carácter de derecho mínimo e individual inmodificable por la Junta, y segundo lo único que se llevaría es la forma de su ejercicio y sólo parcialmente, ya que podrá suscribir las acciones hasta el límite legal, y respecto al resto pedir autorización de la Presidencia del Gobierno o ceder sus derechos por precio. En el caso de que se le conceda no hay problema, pero es que en caso contrario que sin pedir autorización decida vender, se respeta su derecho patrimonial íntegramente, y únicamente se podría decir que se atenta al aspecto político del derecho de suscripción preferente al disminuir su cuota en el control de la Sociedad, que es, no lo olvidemos, precisamente al fin perseguido por la legislación especial a que nos hemos referido y que debe entenderse que la ley ha querido que se obtenga. Limitación mínima y muchísimo más respetuosa con el derecho de los extranjeros que las tomadas por países aparentemente tan liberales como Inglaterra y Francia que por el camino de la teoría del control perjudicaron derechos adquiridos importantísimos al amparo de los criterios de determinación de la nacionalidad por la sede social o el lugar de explotación, como por ejemplo la ley francesa de 28 de octubre de 1946 que consideró a los efectos de reparaciones de guerra como extranjeras a las Sociedades a las que había concedido antes la nacionalidad francesa cuando la mitad del capital era extranjero o la mitad de los cargos de dirección eran ostentados por extranjeros.

6. ACCIONES EN USUFRUCTO.—Antes de la ley de 1951 se había discutido mucho en España sobre quién podía ejercitar el derecho de suscripción preferente. Sobre la base de que este derecho venía a compensar los beneficios no distribuidos, se había defendido que el usufructuario a quien se había sustraído esa ventaja era, en el momento del aumento de capital quien debía ser compensado, alquriendo las acciones a su valor nominal, puesto que el valor superior que tales acciones en realidad tenían era fruto de sus anteriores sacrificios.

La doctrina se había dividido. LARRAZ (115) creía que el derecho

---

(115) *El usufructo y la sustitución fideicomisaria sobre títulos valores*, RDM, enero-febrero 1947, p. 24.

pertenecía a ambos. MARTÍNEZ DE LA FUENTE (116) y BORRELL (117) lo atribuían al usufructuario. SÁNCHEZ TORRES (118) en el trabajo más extenso consagrado a este asunto, antes de publicarse la ley de 1951, atribuía el derecho al nudo propietario.

El Tribunal Supremo en S. de 23 de enero de 1947, después de rechazar el carácter de fruto del derecho de suscripción preferente que tantas dificultades había originado en el problema que tratamos, afirmó que si bien el derecho de suscripción preferente pertenecía al nudo propietario, el derecho del usufructuario se extiende a los frutos de las acciones nuevas y por tanto el usufructuario debe pagar el interés legal de las sumas desembolsadas por el nudo propietario.

La ley de 1951 en su artículo 41, afirma que "la cualidad de socio reside en el nudo propietario; 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 corresponden, salvo disposición contraria de los Estatutos al nudo propietario de las acciones".

Con ello el problema principal queda claramente resuelto. El derecho de suscripción preferente pertenece al nudo propietario. Se admite, sin embargo, cualquier otra solución con tal que sea recogida en los Estatutos, y esto, al no distinguirse, tanto por vía de creación como de modificación de éstos.

Pero a pesar de la utilidad del art. 41 L. S. A., hay todavía una serie de problemas que la norma no resuelve.

1. En la emisión de acciones por traspaso de reservas o plusvalías a la cuenta de capital, no juega el derecho de suscripción preferente, y por eso no vamos a tratar de esta situación. VILLAVICENCIO (119) opina que al usufructuario corresponde el derecho a disfrutar de las nuevas acciones, o de su aumento de valor nominal, tanto por el principio de accesión del C. c., cuanto porque el aumento de capital no hace sino reflejar el verdadero valor de la acción como cuota del patrimonio y sobre esa acción íntegra recaía el usufructo.

2. Caso de que el nudo propietario no ejercite el derecho de suscripción preferente.

En la posición de la ley española el nudo propietario es libre de ejercitar o no el derecho de suscripción preferente. Pero en este caso cabe plantearse si el usufructuario se ve perjudicado en sus derechos, y si por ello o simplemente como cotitular tiene un derecho subsidiario a ejercitar el derecho de suscripción preferente.

El segundo punto de si al no ejercitarse el derecho de suscripción

(116) *El derecho de usufructo de acciones de Sociedades sobre las reservas sociales y sobre la preferencia para suscribir nuevas acciones*, RDM, número 1.º, página 121.

(117) *Algunas consideraciones sobre la conservación de la sustancia en el usufructo*, RDP, 1949, p. 1061 y ss.

(118) Obra citada, p. 77 y ss.

(119) *Usufructo de acciones de Sociedad Anónima*, ADC V-N, p. 1200.

pasa al cotitular (usufructuario), a los otros socios o se pierde plenamente, ya encaja plenamente en el tema tratado.

La disyuntiva que interesa es si el usufructuario puede ejercitar o no el derecho de suscripción preferente.

La solución más tajante es entender que el usufructuario no puede ejercitar el derecho de suscripción preferente. Tal solución es extremadamente sencilla, pero tiene el inconveniente de olvidar que la acción no es exclusivamente del nudo propietario. En nuestra ley lo que se le reconoce es la cualidad de socio y, por tanto, el ejercicio de los derechos, pero la acción no es plenamente suya y el derecho de suscripción es parte de la acción, como vimos al principio.

Coordinar ese derecho del usufructuario a la acción con la posición del nudo propietario como socio, es una faceta del constante problema que plantea la concurrencia de nuda propiedad y usufructo sobre acciones, y arrastra todo el lastre de la discusión de si el usufructuario tiene derecho a las ganancias acumuladas que se reflejan en el ejercicio del derecho de suscripción preferente y la suscripción a precio más bajo que el real de las acciones nuevas, derecho que se perdería para el usufructuario si no se le permite usar subsidiariamente el derecho de suscripción preferente.

Para resolver esta colisión de derechos se han propuesto varias soluciones:

a) Entender que subsidiariamente el usufructuario puede ejercitar el derecho de suscripción preferente como siguiente interesado. Es la posición que sostiene MOREAU (120) en derecho francés; usufructuario puede ejercitárselo suscribiendo o aún vendiéndolo, con la obligación de rendir cuentas al fin del usufructo por el beneficio obtenido.

La idea es justa y lógica, pero choca con la norma contenida en el artículo 41, y con la interpretación que de él da URÍA en el lugar últimamente citado. El usufructuario en principio no ostenta la cualidad de socio ni le corresponde el ejercicio de los derechos de tal. Esta es la solución legal.

Sin embargo a favor del derecho subsidiario del usufructuario se pueden aportar bastantes razones: su carácter de cointeresado y cotitular; su interés presente y futuro en las nuevas acciones, presente porque su menor valor representa las ganancias no repartidas y las reservas acumuladas, la diferencia creada con el sacrificio de los accionistas entre capital y patrimonio, y futuro porque entrarán a participar en los beneficios que se repartan en lo sucesivo, aunque existieran ya antes, con la consiguiente influencia y probable disminución de los derechos del usufructuario; la falta de perjuicio a la Sociedad o a los demás socios ya que nadie acredita derecho a ese derecho de suscripción preferente no ejercitado por el nudo propietario, etc.

Todas estas razones podían haber inclinado el ánimo del legislador a adoptar esa solución, pero ya que no lo han hecho lo que sí es posible es que dentro de la libertad que el art. 41 concede a los Estatú-

(120) Obra citada, tcmo III, p. 244.

tos podrán éstos prever que en caso de no ejercicio del derecho de suscripción preferente por el nudo propietario se abra un plazo, más corto si se quiere, para no retrasar la marcha de los aumentos de capital, para el usufructuario.

b) Entender que hay que convertir en valor el derecho de suscripción preferente y repartirlo en la proporción que ambos interesados son titulares de la acción, puesto que ese derecho es una parte de ella. Es la tesis que defendió MONTESSORI y que ha aceptado el artículo 2.352 del Código italiano, tal como lo interpreta su doctrina (121).

Esta es la solución que propugna para el derecho español GARCÍA CANTERO (122). Con ella cree que se evita que una actitud descuidada o francamente dolosa del nudo propietario origine quebrantos al usufructuario.

Desde un punto de vista nomotético, la solución nos parece bien, pero no creemos que con nuestra legislación vigente se pueda defender que la Sociedad esté autorizada para vender el derecho de suscripción preferente y distribuir su precio. Primero porque no hay ninguna norma semejante a la del Código italiano, y luego porque la distribución del precio obtenido es difícilísima o casi imposible. Desechado cualquier sistema de reparto, incluso naturalmente el de aplicación analógica de las normas fiscales, no cabría sino conceder al usufructuario el usufructo del precio obtenido, extendiendo así esa relación de continuidad a bienes distintos ya propiamente de las acciones.

c) A nuestro entender, si no se ha previsto en los Estatutos el ejercicio del derecho de suscripción preferente por el usufructuario, en caso de no ejercicio por el nudo propietario, se pierde aquel derecho, quedando la Sociedad en libertad para ofrecer esas acciones a terceros. No creemos que sea posible ninguna solución de subsidiariedad; el que el artículo 41, al final, admite una situación de este tipo para el pago de los dividendos pasivos cuando no los satisface el usufructuario no puede ser argumento bastante, pues se trata de dos hipótesis distintas; en un caso el ejercicio de un derecho, en otro el cumplimiento de una obligación.

En este caso, lo que podría admitirse es que el usufructuario tenga derecho a ejercitarse una acción de indemnización contra el nudo propietario por el montante de los perjuicios causados. Tal es la tesis de VILLAVICENCIO (123), como consecuencia de entender que al ser un derecho el de suscripción preferente integrante de la acción, si bien su ejercicio pertenece al nudo propietario, su disfrute le corresponde también al usufructuario. URÍA no toca este punto, pero al negar este último el derecho a disfrutar de las acciones nuevas, deberá llegar lógicamente a que tampoco tiene el disfrute del derecho y, por tanto, que no puede haber daño para él al no ejercitarse el derecho por el nudo propietario.

(121) GRAZIANI, *ob. cit.*, p. 271.

(122) *Notas sobre el usufructo de acciones*, ADC V-III, p. 1002.

(123) Obra citada, p. 1201.

En nuestra opinión el derecho de suscripción preferente es parte integrante de la acción y como tal no debía estar excluido el usufructuario de él, por lo que teniendo en cuenta los artículos 470 y 489 del Código civil, podría éste, siempre que pruebe la existencia de daños, exigir la correspondiente indemnización; pero la forma en que ha regulado el artículo 41 el usufructo de acciones, concediendo a su titular exclusivamente el derecho "a participar en las ganancias sociales obtenidas durante el período de usufructo y que se repartan dentro del mismo", nos hace dudar mucho del éxito de esa posible acción de indemnización, si los Estatutos no han cumplido o aclarado el derecho del usufructuario.

### 3. Caso de que el nudo propietario ejercite el derecho de suscripción preferente.

Es la situación más frecuente. Sobre todo cuando las acciones nuevas se emiten por debajo de su valor real, el nudo propietario ejerce su derecho suscribiendo o vendiendo el cupón; en ambos casos, para el aspecto que a nosotros nos interesa, la situación es idéntica, ya que se trata de unas acciones suscritas con su desembolso nuevo, pero a un precio más barato por la existencia de un derecho de suscripción preferente que es parte de una acción sometida a usufructo, por lo que el valor real de la acción nueva se puede descomponer en desembolso + valor del derecho de suscripción preferente.

En Derecho francés, MOREAU (124) afirma que el nudo propietario es dueño de las acciones nuevas, pero debe abonar al usufructuario el valor del derecho de suscripción preferente; si lo vende, es el dinero obtenido el que quedará sometido a impuesto.

FERRI, MESSINEO y BIGIAVI han defendido en la doctrina italiana la no extensión del usufructo a las acciones nuevas, aunque los dos primeros han cambiado luego de postura.

BIGIAVI (125) afirma que el socio que ejerce su derecho de opción adquiere a título oneroso, y que es irrelevante el hecho de que se entremezcle una cierta ventaja previa, pues el elemento de onerosidad en un título de adquisición nuevo es bastante para excluir la participación del usufructuario en las acciones viejas. Y rechaza los argumentos de que se perjudica el derecho del usufructuario, y con ello se ofende a una distribución justa, ya que en el campo de las Sociedades existen unas normas especiales, por razón de la personalidad jurídica de la Sociedad y de los mismos intereses en juego, distintas de las del derecho civil.

ASQUINI (126) ha defendido, en cambio, la posición contraria. Para él si el derecho de opción es un elemento patrimonial de la acción, dirigido a asegurar al accionista la integridad de la cuota en el patrimonio, en el caso de aumento de capital no puede dudarse que el

(124) Obra citada, tomo III, p. 244.

(125) Riv. trimestrale de Diritto e Procedura 1947, p. 584.

(126) Obra citada, p. 12 y ss.

usufruto sobre la acción se extiende también a ese elemento patrimonial.

En la doctrina española, S. TORRES (127), antes de la ley, y ahora URÍA (128) han negado esta opinión. En cambio, BORRELL, LARRAZ y la S. T. S. de 1947, todo ello ya citado antes, defendieron la extensión del usufructo con la obligación de abonar al nudo propietario intereses legales del dinero invertido en la suscripción mientras dure el usufructo.

Después de la ley, GIRÓN TENA, GARCÍA CANTERO y VILLAVICENCIO creen que el derecho del usufructuario se extiende a las nuevas acciones. Su posición es muy parecida.

GIRÓN TENA (129) se limita a afirmar la extensión del usufructo a las nuevas acciones, sin tratar del tema más.

VILLAVICENCIO (130) cree que el usufructo recae sobre una cuota de cada acción de las adquiridas, equivalente al valor que corresponde al derecho de suscripción.

G. CANTERO (131) cree que quedan sometidas al usufructo en la parte que corresponde al derecho de preferencia, y que la solución preferible es sujetar una parte de las acciones, que corresponda al valor de ese derecho de suscripción preferente, a usufructo, y dejar las demás en plena propiedad al suscriptor.

URÍA se basa para defender su tesis en la letra del artículo 41, y cree que el usufructuario "no puede pretender hacer suyos los beneficios correspondientes a las acciones nuevas que en ejercicio de un derecho privativo suscriba el nudo propietario". El argumento de que se perjudica al usufructuario porque la diferencia entre el valor real y el de suscripción se nutre de los dividendos futuros en los que tendría derecho el usufructuario, lo rechaza porque el usufructuario no tiene derecho a las ganancias, sino a las ganancias que se repartan, y la Junta es dueña de repartirlas o no, y porque la prima de las acciones debe incorporarse a la reserva legal hasta que ésta alcance el límite legal (art. 106 L. S. A.), sin que antes pueda ser repartida a los accionistas.

G. CANTERO, en cambio, cree que no es que el derecho de suscripción preferente sea un fruto de las acciones, sino que se da también para salvaguardar la integridad del derecho de usufructo.

El problema, a nuestro juicio, tiene dos vertientes, una legal y otra teórica. Desde este último punto de vista para nosotros, dado que entendemos que el derecho de suscripción preferente es parte integrante de la acción, es obvio que, puesto que el usufructo recae sobre ésta, se ha de entender a aquél igualmente. Así se deduce de la función del derecho de suscripción preferente y de la natu-

(127) Obra citada, p. 103 y ss.

(128) Obra citada, tomo I, p. 433.

(129) Obra citada, p. 258.

(130) Obra citada, p. 120.

(131) Obra citada, ps. 1006 y 1007.

raleza del usufructo (art. 479 del Código civil). No es que se trate de un fruto o un beneficio, sino de que cuando el usufructo recae sobre una cosa se extiende a ésta enteramente y a todas sus manifestaciones. No se trata tampoco de que los beneficios acumulados y no repartidos se repartan ahora por esta vía indirecta, sino de una consecuencia natural del carácter del derecho de suscripción preferente, que es indudablemente una ventaja, pero más, y antes que eso, parte de la acción misma o una de sus manifestaciones.

Desde el punto de vista legal, todo depende de la interpretación que se dé a la frase del artículo 41: "El ejercicio de los demás derechos de socio corresponde, salvo disposición contraria de los Estatutos, al nudo propietario de las acciones." No cabe duda que en cuanto a las ganancias que percibe el usufructuario son sólo las obtenidas durante el usufructo y que se repartan dentro del mismo. Pero ¿y en cuanto a los otros derechos? El derecho de voto por su propia naturaleza se consume en su ejercicio y, por tanto, es exclusivo del nudo propietario. Pero el derecho a la cuota de liquidación y el de suscripción preferente permiten distinguir entre el ejercicio y el resultado de ese ejercicio.

Existen dos tipos de relaciones en el usufructo de acciones: las de los cotitulares con la Sociedad y de los cotitulares entre sí. A la ley de S. A. compete regular aquéllas, pues lo que le interesa es que no enturbien la buena marcha de la Sociedad los posibles conflictos de intereses entre cotitulares (es el mismo criterio que se sigue para la comunidad); por eso determina quién ejerce los derechos, o lo que es lo mismo, quién está legitimado frente a la Sociedad y quién ostenta la cualidad de socio. Tan obvio es que lo único que le interesa es la claridad frente a ella, que permite que los Estatutos lo regulen de forma distinta; que sea uno u otro el socio le da igual; pero que ella sepa quién es, que haya alguien legitimado frente a ella. La relación de los cotitulares entre sí ni le afecta ni lógicamente la quiere ni debe regular, sino que esto corresponde a las normas generales sobre el usufructo.

Por ello la ley determina a quién corresponde el ejercicio de los derechos: aspecto frente a la Sociedad; pero no pasa de ahí para decir cómo deben distribuirse el contenido del derecho entre usufructuario y nudo propietario: aspecto interno entre los titulares.

En la cuota de liquidación el nudo propietario actúa frente a la Sociedad, él tiene derecho a intervenir en la división, a él se adjudica esa cuota; pero luego ni la Sociedad ni la ley disponen nada sobre el usufructo de esa cuota pagada por la acción. Pero URÍA mismo (132) reconoce que "el usufructo continúa sobre la cuota total de liquidación correspondiente a cada una de las acciones usufructuadas, sea mayor o menor que el nominal de la acción. Juegan en este punto los preceptos civiles reguladores del usufructo".

En el derecho de suscripción preferente no hay razón para que

---

(132) Obra citada, tomo I, p. 436.

se actúe de manera diferente. El ejercicio le corresponde al nudo propietario, es a él al único que la Sociedad reconoce como socio: es él el que decide si se suscribe, se vende el cupón, o no se hace nada. Pero la ley ya no dice qué es lo que se debe hacer respecto a las acciones nuevas en cuanto al usufructo: a la Sociedad no le interesa. Esto es una cuestión interna, de actuación del usufructo, que no regula el artículo 41 y que, por tanto, no se puede resolver exclusivamente con este precepto.

Y con las normas generales del usufructo la solución parece que debe ser la de extensión del usufructo al resultado de ese derecho que formaba parte de la acción, y sobre el que, por lo tanto, recaía dicho disfrute. Nada se opone a ello en la L. S. A., y lo único será determinar a qué parte se debe extender el usufructo, dado el desembolso hecho por el nudo propietario al suscribir.

Es decir, determinar en las nuevas acciones qué parte representa el ahorro por el uso del derecho de suscripción preferente, que es sobre lo que debería extenderse el usufructo.

Como ya hemos dicho, hallar el valor del derecho de suscripción preferente es muy difícil, sobre todo cuando las acciones no se cotizan en Bolsa, y entonces, determinar en la tesis de VILLAVICENCIO, a qué parte de la acción se extiende el usufructo lo es también, pues se sabe lo que se pagó al suscribir, pero no lo que se dejó de pagar por el uso del derecho de suscripción preferente, que necesariamente no tiene que ser ni igual a la prima, si la hay, ni igual al valor del cupón en el mercado. La tesis de G. CANTERO, que parece seducir por su sencillez, es también difícil, porque significa valorar el derecho de suscripción preferente y acumularlo en unas pocas acciones, lo cual requerirá, como él mismo reconoce, o común acuerdo o intervención judicial.

Probablemente por eso la tesis del T. S. de que el derecho del usufructuario se extienda sobre toda la acción pagando un interés al nudo propietario por el dinero invertido, que sin duda no es la más justa idealmente, es la más equitativa, conveniente y pacífica en la práctica, ya que, al cambiar los términos, opera no con un valor variable —el del derecho de suscripción preferente—, sino con un valor fijo —el del precio de suscripción—, con lo que incluso, aunque no se hubieran suscrito a la par, sino con alguna prima, inferior, por ejemplo, al valor del derecho de suscripción preferente, la solución seguiría siendo igualmente válida. Lo único que choca en este caso es que el nudo propietario cobre sólo el interés legal, notablemente inferior al normal del dinero, con lo que sufre éste un perjuicio práctico, cuya solución podría estar en una norma estatutaria que diera una solución más justa, al amparo de la libertad que el artículo 41 L. S. A. concede en este punto.

7. ACCIONES DE LOS CÓNYUGES EN RÉGIMEN DE GANANCIALES.— Hemos tratado el problema del derecho de suscripción preferente

de las acciones de los cónyuges más extensamente en otro lugar (133) y por ello nos limitamos aquí a referirnos someramente al ejercicio de este derecho (134).

En todo caso, ha de corresponder a quien ostente la cualidad de socio. Si las acciones son de la Sociedad de gananciales, será el representante de ella, normalmente el marido, el legitimado para el ejercicio del derecho de suscripción preferente, y caso de no uso por su parte no creemos que la mujer pueda suplirle salvo en los casos previstos por la ley en el artículo 1.441 C. c., y mucho menos decidir sobre el ejercicio de ese derecho cuando él haya optado por la solución contraria, ya que encaja dentro de los actos de administración que a él corresponde (art. 1.412).

Si las acciones son del marido o de la mujer, aunque los frutos adquieran la condición de gananciales (art. 1.401), las acciones no se pueden considerar usufructuadas por ésta, sino que pertenecen a su titular en plena propiedad, y a él le corresponde la decisión sobre el ejercicio del derecho, y sobre la forma de usarlo: suscripción o venta (135).

Si son del marido, podrá libremente actuar; si son de la mujer, necesitará la licencia de su esposo (art. 60 C. c.), y si éste se la niega, no tendrá otro remedio sino acudir a la habilitación judicial, lo cual no cabe duda que es inconveniente dada la cortedad del plazo de suscripción, por lo que nos inclinaríamos a aconsejar la suscripción condicional por la mujer para evitar la caducidad de su derecho. Entender concedida la autorización tácita para ejercer el comercio, o al menos ejercitar los derechos que nacen de las acciones por el hecho de ser titular de éstas al amparo de los artículos 7 y siguientes del Código de Comercio, nos parece muy atrevido.

El ejercicio del derecho lo podrá hacer la mujer con licencia de su esposo, o éste en representación de ella al amparo de la amplia interpretación doctrinal y jurisprudencial (136) de la administración tácita de los bienes parafernales por el marido.

8. ACCIONES EN SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA.—Si las acciones han sido sometidas a sustitución fideicomisaria, entretanto no pasen a los fideicomisarios, el titular de ellas es el fiduciario, si bien con la obligación general del artículo 781 C. c. de conservarlas y transmitirlas a aquéllos.

La posición del fiduciario en orden al derecho de suscripción preferente dependerá de la idea que se tenga de sus derechos. Es

(133) Anales de la Academia Matritense del Notariado, tomo XIII, p. 230.

(134) Es muy interesante la jurisprudencia y comentarios recogidos sobre el Derecho francés por MOUREAU, *ob. cit.*, tomo I, p. 613 y ss.

(135) Dejamos aparte también el problema de si en este caso el precio obtenido por la venta del cupón es privativo o ganancial, lo que dependerá del concepto que se tenga del derecho de suscripción preferente.

(136) Ss. T. S. de 24 de febrero 1926, 9 de junio de 1933, 15 de febrero de 1941, 16 de marzo de 1954 y 10 de abril de 1956.

opinión superada la de equipararle al usufructuario, y por lo tanto, no podemos encontrar la solución del problema en el artículo 41 L. S. A.; el fiduciario se considera como heredero en la doctrina más reciente (137).

Como tal tiene la condición de titular de los bienes sustituidos, con las más amplias facultades, limitadas únicamente por el encargo de conservar y transmitir que normalmente se cristaliza en la prohibición de disponer de los mismos bienes.

Por lo tanto, el fiduciario, descomponiendo sus facultades, se puede decir que es administrador, usufructuario y propietario temporal, y desde luego titular. Referido a las acciones, no cabe duda que el fiduciario tiene la condición de socio, y que su única limitación clara es la prohibición de disponer de ellas.

Y aun esto, referido a una masa de acciones ha de entenderse con cierta parsimonia, pues si administrar es conservar, la conservación puede imponer en ciertos casos la sustitución de acciones. FIGA FAURA (138) define la administración como actividad que permitiendo la conservación de lo administrado, persigue la obtención de su máximo rendimiento económico y considera como administraciones especiales, en las que la facultad de sustituir unos bienes por otros no es propiamente disposición, sino administración, la de las cosas que admiten la sustitución de sus partes integrantes por otras de la misma especie y calidad, o la que se refiera a la totalidad de los bienes del administrado o a un patrimonio en conjunto.

Ahora bien, admitiendo esta amplia manera de entender al fiduciario, podrá éste, desde luego, ejercitar el derecho de suscripción preferente, sin que la sociedad pueda oponerse a ello.

Los problemas comienzan aquí; una vez ejercitado le derecho de suscripción preferente, ¿a quién pertenecerán las nuevas acciones?

1.º Si las acciones se suscriben como consecuencia de la venta o amortización de otros valores igualmente fideicomitidos, nos encontraremos con que en realidad el fiduciario en función de su encargo de conservar ha sustituido unos bienes por otros, por lo que en principio se deben considerar esas nuevas acciones sujetas a la sustitución, y el único problema es el de si el fiduciario acredita algún derecho por el uso del derecho de suscripción preferente en beneficio de los fideicomisarios.

2.º Más corriente será que el fiduciario ejerza el derecho de suscripción preferente y suscriba con dinero, o bien propio, o bien producto de los bienes fideicomitidos. En este caso, puesto que el dinero empleado es propio e igualmente el derecho de suscripción preferente pertenece durante ese tiempo al fiduciario, parece lógico que esas acciones le pertenezcan a él exento de la obligación de restituir, ya que ésta debe referirse a los mismos bienes o a los que

(137) OSSORIO MORALES, *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1957; p. 289.

(138) *Administración de la Sociedad Anónima*. Conferencias del Colegio Notarial de Barcelona. Cursillo de 1952, p. 65 y ss.

los hayan sustituido, pero en ningún caso a los beneficios obtenidos por la tenencia y disfrute de ellos, que no aminoren su sustancia, y no se puede considerar que se produzca este efecto por el ejercicio en beneficio propio del derecho a suscribir que nace y muere durante el tiempo de titularidad del fiduciario.

3º Es evidente que el fiduciario tiene el ejercicio del derecho de suscripción preferente; pero este mismo derecho, en cuanto a su sustancia y valor, ¿le pertenece a él o a los fideicomisarios?

El fiduciario es absolutamente libre de suscribir o de vender el cupón, y en el primer caso de suscribir con dinero propio, o con dinero de la masa fideicomitida. Dejando a un lado este último caso, que, como hemos dicho, se resuelve por la misma actuación del fiduciario y por el juego de principios como el de subrogación, en los otros dos casos el problema es si el dinero obtenido por la venta es del fiduciario, o si las nuevas acciones le pertenecen en pleno dominio y sin limitación.

LARRAZ en un estudio anterior a la ley (139) se preocupó más bien de las relaciones entre el Banco depositante de los títulos y el fiduciario tratando de fijar cuál debe ser la actitud de aquél y por tanto, sobre todo del problema del ejercicio del derecho; pero aunque no trata del asunto que nos ocupa sienta unos criterios que corresponden a la idea que hemos dado del fiduciario.

Para él (140), a) todos los derechos y obligaciones atribuidos al usufructuario corresponden al fiduciario, mas el derecho al abono de mejoras y menos la prestación de fianza y b) todos los derechos y obligaciones inherentes a la nuda propiedad, corresponden al fiduciario mientras lo sea, pero con la carga de la restitución.

De acuerdo con nuestros punto de vista de que el fiduciario es titular de los bienes con la única obligación de conservar y transmitir, todo lo que no se comprenda en estas limitaciones puede hacerlo en beneficio propio. El derecho de suscripción preferente ya lo hemos visto, no es un fruto, sino parte integrante de la acción, pero el fiduciario tampoco es un usufructuario sólo. El derecho de suscripción preferente es un elemento de acción que produce un beneficio en momentos determinados —con ocasión de cada aumento de capital—, sin que ese beneficio agote la fuente. Es decir, distinguiendo, el derecho de suscripción en abstracto es algo inherente a la acción, y no negociable ni perceptible separadamente, mientras que el derecho de suscripción preferente en concreto es negociable, de vida limitada en el tiempo, que nace y muere aunque la acción perdure.

Como consecuencia, la acción despojada de su derecho de suscripción preferente en abstracto no sería la misma y habría incumplido el fiduciario su obligación de restituir; pero el hecho de que durante la vida del fiduciario haya éste ejercitado y consumido

(139) Obra citada, p. 47.

(140) Obra citada, p. 32.

en su propio beneficio ese derecho de suscripción preferente, cada vez que ha surgido, para suscribir acciones con desembolso efectivo, no es sino una ventaja más, que lógicamente pertenece al fiduciario, cuya situación excede mucho de la del usufructuario, y a quien no cabe pensar en aplicarle el art. 41 L. S. A.

Lo mismo que el fiduciario se beneficia, vg.: de la producción maderera de un monte aunque exceda del concepto de frutos, siempre que no exista daño, a la sustancia de éste; del descubrimiento de un procedimiento o patente que sea consecuencia de una empresa que esté dentro de los bienes fideicomitidos; del derecho de retracto que corresponde respecto de una finca colindante, porque todo ello no estorba la obligación de restituir, se beneficia del derecho de suscripción preferente.

Como conclusión, sólo en el caso de suscribirlas con dinero de la masa fideicomitida se puede considerar que las acciones nuevas están a la vez sujetas a la sustitución por merecer el mismo trato que los bienes que se emplean para adquirirlas, y en este caso no creemos, incluso, que el fiduciario tenga derecho a reclamar nada por el menor coste de las acciones al usar el derecho de suscripción preferente, puesto que lo que sucede es que no ha querido ejercitarse para sí el derecho de suscripción preferente y, por renuncia implícita, lo ejerce en beneficio de los fideicomisarios.

La solución contraria parece deducirse de la codificación si se trata de una sustitución fideicomisaria catalana. Su art. 182 dice que además de hacer suyas las rentas y frutos, el fiduciario goza de los demás derechos que la ley atribuye al propietario, incluso respecto de tesoros, minas, bosques y acciones o participaciones sociales, pero lo que adquiera que no sea frutos o rentas quedará incorporado al fideicomiso, y el art. 208, 3.<sup>o</sup> dice que el fiduciario o sus herederos tienen, deferido el fideicomiso, derecho a exigir del fideicomisario "el reintegro de las cantidades que el fiduciario haya satisfecho a sus expensas por razón de ampliaciones de capital social y otros conceptos análogos".

Estos dos preceptos conceden, pues, al fiduciario, el derecho de ejercitarse el derecho de suscripción preferente, pero las acciones nuevas se integran en el fideicomiso, teniendo únicamente el fiduciario o sus herederos derecho a reclamar lo pagado por esas acciones. Solución bastante clara, pero que atribuye el derecho de suscripción preferente a los fideicomisarios, tratando al fiduciario como un nuevo usufructuario que ejerce el derecho de suscripción preferente para el fideicomisario, por su carácter de titular interino, y que únicamente disfruta de los frutos de esos bienes, a pesar de haberse suscrito con cargo a fondos propios.

9. ACCIONES EN PRENDA, COMUNIDAD, O SUJETAS A RESERVA, TRANSMITIDAS CONDICIONALMENTE O SUJETAS A RESERVA.—Todos estos casos se resuelven de acuerdo con la norma principal que rige la titu-

laridad del derecho de suscripción preferente; éste pertenece al socio, a aquél a quien pertenece la acción; la constitución de derechos sobre ésta no traspasa a otra persona la condición de socio.

Si las acciones están dadas en prenda, el art. 42 L. S. A. dispone expresamente que corresponde al propietario el ejercicio de los derechos de accionista. Aquél podrá, por tanto, usar o no el derecho de suscripción preferente, sin que el acreedor pignoraticio tenga ni derecho a reclamar al accionista por el no uso, ni a sustituirle en el uso. Los frutos de la cosa pignorada no pertenecen al acreedor (arts. 1.867, 1.868 y 1.870 C. c.) ni menos la administración. Lo que se pignora es el valor de la acción, nunca el ejercicio de sus derechos aunque repercutan en éste. Cabrán los pactos particulares entre acreedor y deudor, pero frente a la Sociedad siempre será éste el legitimado para el ejercicio del derecho de suscripción preferente; salvo el caso de que los Estatutos hayan establecido otro régimen, lo cual está permitido y previsto por el art. 42.

Si las acciones están en comunidad, tal posición es irrelevante para la Sociedad. El art. 40 L. S. A. impone que los copropietarios designen una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio. Ni aún en el caso de que una acción atribuya derecho a la suscripción de varias, se podrá dividir este derecho y ejercitarse por los diversos copropietarios.

Serán lícitos los pactos entre ellos, la cesión de la parte de derecho de suscripción preferente para que uno sólo suscriba las nuevas acciones para sí. La decisión de ejercitarse o no el derecho de suscripción preferente es un acto de administración, y se deberá decidir como consecuencia por mayoría, y esto, tanto se refiere a suscribir, como a ceder el derecho de suscripción preferente. Como consecuencia de la suscripción de más acciones podrá disolverse la comunidad por adjudicación de unas a unos y otras a otros, por medio de cesiones, pero todo ello es extraño al ejercicio del derecho de suscripción preferente que ha de ser siempre frente a la Sociedad hecho por un representante de la acción.

Si se trata de comunidades especiales, las normas son las mismas. El caso más interesante y frecuente será el de comunidad hereditaria. Si existe un administrador, albacea o contador con facultades de administración de la herencia, a él le corresponderá la decisión y el ejercicio del derecho; si no existe, mientras esté indivisa, el acuerdo habrá de tomarse por mayoría.

En caso de que las acciones estuvieran en la masa del quebrado, corresponderá igualmente a los síndicos administradores decidir sobre el ejercicio del derecho; y si la accionista es una Sociedad en liquidación, creemos que podrán los liquidadores si lo consideran beneficioso suscribir las nuevas acciones—que serán luego vendidas o adjudicadas—conforme a las facultades que el art. 160 L. S. A. les atribuye.

Si las acciones han sido transmitidas condicionalmente, el ejercicio

del derecho de suscripción preferente corresponderá tratándose de condición resolutoria al adquirente. El único problema es, en el caso de cumplimiento de la condición, y consiguiente retroactividad, a quién pertenecerán las nuevas acciones. Estimamos que la solución más ortodoxa será reconocer la eficacia de la retroactividad, incluso respecto a las acciones nuevas, previo abono del desembolso hecho para la suscripción al titular interino que no lo ha llegado a ser definitivamente.

Si las acciones están sujetas a reserva, bien sea la vidual de los artículos 968 y ss., bien sea la reserva lineal del art. 811, no cabe duda que el reservista es el pleno propietario de dichas acciones (141). Únicamente el reservista tiene las limitaciones que en garantía de los reservatarios establece la ley.

Tratándose de acciones que son bienes muebles, es indudable que el reservista, si bien tendrá que garantizar la restitución, en su caso, del valor de dichos bienes (art. 978), puede incluso disponer de ellas a título oneroso (art. 976), y como consecuencia ejercitar todos los derechos incorporados a ellos.

Es él quien en caso de actuación del derecho de suscripción preferente debe decidir si lo ejercita o no y la forma de hacerlo; es decir, si suscribe las nuevas acciones, vende el cupón o adopta una actitud inactiva.

El único problema es el de si esas acciones nuevas caso de optar por la suscripción se encontrarán afectadas por la reserva.

No cabe duda que si vende el cupón dada su obligación de restituir los bienes o su valor, ese beneficio quedará en su favor, y que si no ejercita el derecho de suscripción preferente tampoco se podrá exigir responsabilidad por esa omisión. Pero si las nuevas acciones han sido suscritas, son unos bienes que tienen su origen en otros reservables y en el ejercicio de una facultad inherente a ellos, y cabe pensar entonces que el reservatario tenga algún derecho sobre ellos.

VALLET DE GOYTISOLO (142), aunque refiriéndose sólo a la reserva lineal, entiende: a) Que esas nuevas acciones no deben tener carácter reservable por el carácter restrictivo con que debe interpretarse la limitación que impone el 811 C. C. y porque si el riesgo de la suscripción es del reservista, de él debe ser también el beneficio; b) que si el reservista efectúa la adquisición con bienes reservables atribu-

(141) Sobre la vida vidual u ordinaria vid. MARÍN MONROY, *La reserva llamada tradicional u ordinaria. Su evolución*, RCDI 1931, p. 9 y ss. SÁNCHEZ ROMÁN Y DE DIEGO, en R. G. de Ley y Jurisprudencia 1926, junio, p. 681, y AZURZA, *Sobre la naturaleza y disponibilidad de la posición del reservatario*. R. G. de Leg. y Jurisprudencia, julio y agosto 1946; CAPÓ BONNAFOUS, RCDI 1942, p. 446. CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, sexta edición, tomo IV, p. 187; ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, tomo II, p. 303.

Sobre la reserva lineal vid. por todos: VALLET DE GOYTISOLO, *La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el art. 811 del Código civil*, ADC, tomo XI-3, página 649; tomo XII-3, p. 753, y tomo XIII-3, p. 679.

(142) Obra citada, p. 795 del tomo XII-3.

yendo a la adquisición efectos subrogatorios entonces tendrán carácter reservable las acciones nuevas, y c) que en el caso de que la suscripción se haga a un valor inferior del real de la acción nueva por virtud de ese derecho de suscripción preferente, existe una transfusión de valor de la acción que ha determinado el ejercicio del derecho de suscripción preferente a la acción nueva, y que ese valor transfundido, concretado en el número de acciones o participaciones que lo representen con relación al total adquirido, debe tener carácter reservable.

Nuestro punto de vista sobre el carácter de las acciones nuevas se deduce ya de lo dicho para otras situaciones similares.

El reservista es dueño de los bienes reservables, con la limitación de que estos bienes tienen destinatario forzoso al fallecimiento del reservista y de que la ley procura que se les asegure a los reservatarios los bienes o su valor. Por tanto, con estas únicas limitaciones, el reservista es propietario y puede beneficiarse de todos los frutos, productos y ventajas de esos bienes.

Por tanto, salvo que se trate de una suscripción que implique una subrogación con otros bienes, aquí, metálico, sujeto a reserva, en cuyo caso, lo mismo que vimos en la sustitución fideicomisaria, la misma intervención del reservista hace evidente la aplicación de la reserva a esas acciones (pero no porque estuviera afecto el ejercicio del derecho de suscripción preferente, sino el dinero invertido, que ha hecho que se produzca una *subrogatio* de la cosa en lugar del precio), en todos los demás las acciones suscritas pertenecen al reservista sin carácter reservable.

Estamos, pues, de acuerdo con VALLET en el carácter de las acciones. Unicamente, y sin perjuicio de reconocer las indudables razones que pueden abonar la solución por él apuntada, creemos que en este caso los reservatarios no tienen derecho a ese valor con el que se ha enriquecido el reservista al ejercitarse el derecho de suscripción preferente, valor transfundido, con mucha exactitud y eficacia descriptiva lo llama él, por las mismas razones que se lo negábamos a los fideicomisarios en la sustitución.

El reservista tiene una posición mucho más fuerte que el usufructuario; no es un puro perceptor de los frutos, sino que es un titular, sometido si se quiere a condición resolutoria (143), pero verdadero dueño, por lo menos temporal, dotado de todas las facultades, limitado únicamente a restituir el valor de dichos bienes. Y aunque ese valor se vea realmente afectado por el aumento de capital es éste, creemos, un perjuicio que no ataca a la esencia de la cosa, que se provoca como consecuencia de un derecho que pertenece al reservista y que se puede considerar compensado por la detacción que de los beneficios o dividendos ha supuesto esa acumulación de reservas que supone el valor patrimonial del derecho de suscripción preferente.

(143) CASTÁN, *ob. cit.*, p. 188.

## IV

## NEGOCIABILIDAD DEL DERECHO DE SUSCRIPCION PREFERENTE

El derecho de suscripción preferente, hemos repetido a lo largo de este trabajo, es una parte de la acción que, con ocasión del aumento de capital, se desmembra y adquiere independencia, que representa la subcuota contravalor de reservas y que persigue evitar al socio la pérdida de ese valor.

La prima protege más a la Sociedad, procurando su fortalecimiento, que al socio; el derecho de suscripción preferente protege más al socio que a la Sociedad, a quien en principio le es indiferente que lo ejerçite una u otra persona, pues no existe interés ni perjuicio en que la acción vaya a parar a uno u a otro, lo mismo que no existe normal intervención de la Sociedad en la transferencia de las acciones que puede hacerse libremente y pasar de unas personas a otras.

Dada la naturaleza del derecho de suscripción preferente, su valor patrimonial y su fundamento, no cabe duda que la consecuencia lógica es admitir su negociabilidad.

La diafanidad de esta solución es tal que la práctica y la doctrina de todos los países han admitido la negociabilidad de este derecho. Algunas legislaciones la han reconocido expresamente, como la francesa (art. 1.º del Decreto-Ley de 1935), la italiana (art. 2.352 C. c.), la brasileña (art. 111 de la Ley de Sociedades por acciones); pero aun en las que no se formula expresamente, se reconoce también tal posibilidad.

En España, aun antes de que la Ley de 1951 reconociese la existencia legal del derecho de suscripción preferente, tal era la manera normal de proceder; el T. S. reconoció en la S. de 23 de enero de 1947 tal negociabilidad, y la doctrina ha mantenido que "es transmisible como la acción misma" (144); que "tiene contenido económico patrimonial, no es personalísimo y puede cederse a tercera persona, accionista o no, porque es un derecho esencialmente negociable" (145); y que se puede recurrir a su enajenación para compensarse su titular del quebranto económico que el aumento de capital le proporciona.

Reconocida, pues, como pacífica su negociabilidad, no interesa detenerse en la forma de hacerlo—normalmente mediante la transmisión del cupón al que se incorpora y del que la doctrina ha discutido si es título-valor o título de legitimación (146)—, ni en la posibilidad de transmisión a título gratuito u oneroso, ni en otros aspectos suficientemente conocidos, sino que nos vamos a referir sólo a algunos puntos oscuros o menos estudiados de esta negociabilidad. .

(144) GIRÓN TENA, *ob. cit.*, p. 491.

(145) URÍA, *ob. cit.*, tomo I, p. 415 y 416.

(146) NOBILI, *ob. cit.*, p. 104. SENA, *Le cedole di azioni di società*. Riv. trim. *diritto e procedura civile*, 1957, p. 792 y ss.

1. Privación de tal posibilidad al derecho de suscripción preferente.

Ya hemos visto que la solución normal es que el derecho de suscripción preferente sea transmisible. ¿Este principio es inalterable, o depende de la naturaleza de las acciones, de las normas estatutarias o de los acuerdos de la Junta?

Casi todas las legislaciones admiten con mayor o menor amplitud las limitaciones a la transmisiabilidad de las acciones. El Código italiano permite la limitación en las acciones nominativas en su artículo 2.355. El artículo 46 de la ley española parece admitir las limitaciones a toda clase de acciones, y únicamente la doctrina no está de acuerdo en que se puedan imponer estos límites a las acciones al portador por modificación de estatutos, dados los términos del artículo 85, párrafo tercero (147). La ley francesa de 1937 afirma incluso que el derecho es negociable en las mismas condiciones que la acción.

a) Si los Estatutos no disponen nada sobre el derecho de opción, lo normal es entender que éste sigue el mismo régimen que la acción. Si aquél es parte de ésta, nos parece indudable que la parte debe seguir el régimen del todo y que, por tanto, las limitaciones de transmisiabilidad e los requisitos (de preaviso, fijación de precio, etc.) que haya que cumplir para la venta de las acciones son igualmente aplicables a los cupones. Tal es también la opinión de URÍA (148) para el derecho español y de DALMARTELLO (149) para el italiano.

Además existe para nosotros una razón fundamental para mantener esa idea, que es que normalmente esas limitaciones a la venta de acciones se ponen en las pequeñas sociedades, familiares o no, para evitar que entren personas extrañas en la sociedad. Para ello se concede un derecho de preferente adquisición a los socios antiguos, de forma que, sin detrimento del que quiere vender, no se obligue a los otros accionistas haciéndoles co-socios de personas totalmente extrañas. Tal fin no se conseguiría si en el aumento de capital cualquiera de los socios pudiera negociar sus cupones, acudiendo así extraños a la suscripción. E incluso de acuerdo con la accesibilidad del derecho de suscripción preferente respecto a la acción no se puede admitir que aquél atribuya mayores derechos que ésta, de la cual deriva.

Por ello, entendemos que las limitaciones a la transmisiabilidad de las acciones son directamente aplicables al derecho de suscripción preferente, sin necesidad de que los Estatutos ni la Junta se pronuncien sobre ello. Únicamente en el momento del aumento de capital la Junta habrá de tener presente la armonización de los plazos fijados para la suscripción con los del ejercicio de ese derecho de preferente adquisición, de manera que los socios usen de este derecho de forma que

(147) Sobre este punto véase la reciente obra de BROSETTA PONS, *Restricciones estatutarias a la libre transmisiabilidad de acciones*, Madrid, 1963, en especial sobre las acciones al portador y nominativas, ps. 80 y ss. y 94 y ss.

(148) Obra citada, tomo I, p. 416.

(149) *Limitazioni statutarie alla circolazione delle azioni e regime di circolazione dei "diritti d'opzione"*, en Temi, 1949, p. 90 y ss.

no hagan imposible o más difícil, por falta de tiempo, la venta de los cupones, del socio que no quiere ejercitar su derecho de suscripción, a extraños.

*b)* Si las acciones no son transmisibles o lo son con limitaciones, puede darse el caso de que los Estatutos, en vez de callar sobre el tema de la transmisibilidad del derecho de suscripción preferente, contengan alguna norma sobre ese punto.

*a')* Pueden disponer que el derecho de suscripción preferente sea negociable en los mismos términos y con idénticas limitaciones que las acciones. Es ésta la solución más lógica y la más de acuerdo con la naturaleza del repetido derecho; será una previsión estatutaria acertada y que viene a eliminar las posibles dudas que sobre el tema pudieran suscitarse en la Sociedad. En cuanto a su licitud es clara en nuestro Derecho, porque si se puede imponer limitaciones a la transmisibilidad de las acciones, con mayor razón se podrán imponer a una de sus partes.

*b')* Pueden asimismo establecer mayores o menores limitaciones para la venta del cupón que para la de las acciones. Ambas normas las creemos igualmente posibles si vienen establecidas en los Estatutos como parte del sistema libremente establecido en cuanto a la transmisión de acciones, ya que dentro de los amplios términos de nuestra legislación cabe elegir el sistema que se quiera en cuanto a la transmisibilidad de las acciones en el momento inicial de regular el régimen de la Sociedad.

*c)* El tercer supuesto interesante es si cabe con ocasión del aumento de capital normalmente, o en otro acuerdo de Junta por vía de modificación de Estatutos, excluir expresamente la negociabilidad del derecho de suscripción preferente de acciones que son transmisibles, o imponer mayores limitaciones a esa transmisibilidad que la que las acciones tenían.

En los países en que los Estatutos o la Junta pueden excluir libremente el derecho de suscripción preferente, el problema ni se plantea; si pueden hacer lo más, que es eliminarlo, indudablemente pueden hacer lo menos, que es condicionarlo. Sin embargo, en los países, como Italia, en que la exclusión tiene que venir expresamente justificada, o como España, en que la exclusión por la Junta no resulta posible, la solución no es tan clara.

En Italia la doctrina se ha inclinado a reconocer la posibilidad de prohibir la transmisión; pero se ha planteado, en cambio, el problema de si tal prohibición constituye un caso de limitación del derecho de opción, que necesita, por tanto, los requisitos mismos que para la exclusión de éste impone el 2.441.

NOBILI (150), aunque cree que el caso es dudoso, parece preferir la idea de que cuando el derecho de opción no puede ser cedido, se está ante una limitación del derecho de opción, y se debe aplicar el artículo 2.441, porque, además de excepcionar una norma práctica de todas las principales sociedades, la transmisibilidad asegura una más

(150) Obra citada, p. 114.

amplia protección de los socios que, con la venta, pueden evitar el empobrecimiento posible derivado del aumento de capital.

En España, por nuestra legislación, el problema es más tajante. Puesto que la Junta no puede excluir el derecho de suscripción preferente, que es un derecho individual del accionista, si consideramos la prohibición de ceder como una limitación sustancial, habrá que concluir que no puede imponerla.

El derecho de suscripción preferente es parte de la acción y tiene dos posibilidades de ejercicio: o suscribir, o no suscribir y vender. Con las dos se deja a salvo el interés económico del socio, aunque suscribiendo se salvaguardan, además, los derechos políticos y de participación en el control de la Sociedad.

La exclusión de la primera posibilidad, es decir, la obligación, como único ejercicio posible, de vender, en mi opinión, ataca a la naturaleza del derecho de suscripción preferente, porque obliga a disminuir la proporción en la Sociedad, encierra el riesgo de no encontrar compradores al precio adecuado, y perjudica los derechos políticos del socio. Es por eso que en ninguna legislación se permite la exclusión de la suscripción, y cuando el interés social exige ésta, entonces o se elimina radicalmente, o se sustituye por la emisión con prima sin derecho de suscripción preferente, lo que evita el perjuicio económico del socio y el debilitamiento de la Sociedad.

La exclusión de la segunda posibilidad deja, a mi juicio, intocado el derecho individual de suscripción preferente. El socio antiguo puede suscribir y, por tanto, conservar todos sus derechos; el que no lo haga depende de él. Es cierto que es preferible para él tener la posibilidad de vender, porque se le permite así percibir, sin esperar a la disolución de la Sociedad, que quizás no llegue nunca para él, parte de su cuota en las reservas, y porque, sobre todo, si su situación económica no le permite hacer el desembolso preciso para la nueva suscripción, no sufre perjuicio ninguno.

Son éstas razones que abonan la negociabilidad, pero que no excluyen la posibilidad de una cláusula estatutaria o un acuerdo de la Junta contrario. Los límites de los Estatutos o las Juntas están en el artículo 39 y deben ser interpretados si no restrictivamente, al menos con objetividad, o sin afán extensivo, ya que suponen excepción al principio general de máxima autoridad de la Junta (art. 48), que es una de las bases sobre las que se asienta todo el Derecho de Sociedades.

El artículo 39 reconoce "el derecho preferente de suscripción en la emisión de nuevas acciones", pero en absoluto habla de su transmisibilidad, ni tampoco el artículo 92. La transmisión es una consecuencia lógica de su naturaleza de derecho patrimonial y con un mercado posible; pero la privación de una de sus consecuencias no es eliminación del derecho, que es lo que puede considerarse derecho individual del accionista.

Estas limitaciones no se oponen, por tanto, al derecho de sus-

cripción preferente, aunque disminuyan o limiten sus formas de ejercicio; también las acciones son transmisibles por naturaleza y caben en nuestro ordenamiento, amplísicamente, las limitaciones a ella. En los mismos términos, al menos, ha de admitirse la limitación de transmitir el derecho de suscripción preferente, puesto que la razón debe ser la misma, y si la Junta puede acordar, incluso por vía de modificación de Estatutos, la limitación de la transmisión de lo más importante, la acción, igualmente podrá limitar la de lo menos.

La Junta podrá, por tanto, al aumentar el capital determinar si el derecho de suscripción preferente es o no transmisible, siempre que el acuerdo sobre este punto se tome también con la mayoría precisa para modificar los Estatutos. Tal acuerdo no se opone: ni a los preceptos legales, puesto que el derecho a suscribir se respeta, y únicamente su negociabilidad, que es más que parte de su esencia, una consecuencia, se limita; ni a la razón de ser del derecho de suscripción preferente; ni a los derechos individuales del accionista.

Sólo si se privara del derecho de vender el cupón a los socios, en beneficio de alguno de los socios con perjuicio de la Sociedad, o como consecuencia de una maniobra de los administradores o de la mayoría, cabría la impugnación del acuerdo conforme a las normas generales de los artículos 67 y siguientes de la ley.

Únicamente habrá que tener en cuenta lo que dispone el artículo 85, párrafo tercero de la ley, y si se admite la interpretación de que no cabe imponer limitaciones a la transmisibilidad de las acciones al portador por acuerdo de modificación de Estatutos, será posible pensar en que tampoco se pueda imponer esa limitación a su derecho de suscripción preferente.

Sin embargo, no queremos dejar de advertir: *a)* que tal norma sobre las acciones al portador no es una opinión unánimemente aceptada por la doctrina; y *b)* que, aun en caso afirmativo, el derecho de suscripción preferente no plantea los problemas que las acciones; que éstos tienen un derecho adquirido y el derecho de suscripción preferente se actualiza o nace con ocasión del aumento de capital y, por tanto, puede regularse simultáneamente; y que la transmisibilidad es mucho más consustancial a las acciones, forma parte de su concepto, mucho más que del derecho de suscripción preferente.

**2. Dependencia del negocio de venta de la eficacia del aumento de capital.**

El derecho de suscripción preferente es una parte de la acción que está en estado potencial y que de potencia se convierte en acto como consecuencia del aumento de capital. Mientras no existe éste, no se puede ejercitar, y ya veremos que tampoco vender, ya que sin nuevas acciones no hay posible suscripción.

Una vez que el aumento de capital se acuerda, el derecho de suscripción se actualiza y llega a cobrar esa independencia que le hace negociable, pero que no le agota, pues permanece como derecho abs-

trato en las viejas acciones, y también en las nuevas suscritas por el viejo accionista o por el adquirente del cupón, ya que se va multiplicando progresivamente.

Pero el acuerdo de aumento de capital puede sufrir diversas vicisitudes. Puede ser un aumento condicionado de capital, admitido, por ejemplo, en el Derecho alemán. Puede ser que no se suscriba todo y que como consecuencia, a falta de este requisito, no llegue a realizarse, como sucede en el Derecho francés. Puede ser que el que el aumento de capital sea o no definitivo, si no ha sido totalmente suscrito, dependa del mismo acuerdo de Junta que decidió el aumento, como ordena el artículo 2.439, 2º, del Código italiano.

En todos estos casos, si el aumento de capital no llega a ser definitivo, el derecho de suscripción preferente ha tenido una eficacia relativa, ya que al fin al que iba dirigido: la suscripción de una parte de las nuevas acciones, no se ha podido cumplir.

En Derecho español no existe ninguna norma que imponga la necesaria suscripción de la totalidad del capital; cabe que el acuerdo de aumento condicione su eficacia total a la suscripción completa, y entonces nos encontramos con una situación semejante a la del Derecho italiano. Pero cabe que no se haya estipulado nada sobre este punto, y entonces quedará emitida únicamente la parte de capital suscrito, previo el correspondiente acuerdo de Junta de reducir el capital a esa cifra, caso que no es una verdadera reducción del capital porque no existe éste hasta que se suscribe y desembolsa; se trata más bien de una rectificación del acuerdo de aumento de capital que de una modificación del aumento mismo. Esta rectificación se puede reflejar en el Registro y acompañar o no de una facultad al Consejo para completar la cifra prevista por vía de ejecución del acuerdo de la Junta conforme al artículo 116. R. R. M. (151).

En el caso de que el aumento de capital no llegue a la cifra prevista por falta de suscripción, pero no se revoque, lo cual, como hemos visto, es una posibilidad admitida en Derecho español, no hay dificultad. Las acciones solicitadas en ejercicio del derecho de suscripción preferente se convierten en acciones de la Sociedad dentro de la parte aumentada y las acciones no suscritas lo son como consecuencia de un no uso del derecho de suscripción preferente, y, por tanto, aunque éste se haya perdido, es debido al no ejercicio por las personas que lo podían haber utilizado lo mismo que sucede en cualquier caso. El que después esas acciones no sean suscritas ni por terceros y la cifra no llegue a la prevista en el aumento no altera en nada los derechos de suscripción preferente concedidos y ejercitados.

En el caso de que el alcance de la cifra prevista sea requisito indispensable para la efectividad del aumento, bien por disposición legal bien por acuerdo estatutario o de la Asamblea, el problema que se suscita es éste: ¿qué sucede con los derechos de suscripción pre-

(151) Sobre este problema, muy interesante, véase GARRIGUES, *ob. cit.*, tomo II, p. 231.

ferente ejercitados, que después de haber suscrito las acciones, incluso desembolsado, se reintegra este importe y se extingue aquel derecho de suscripción preferente concreto? ¿Qué sucede, sobre todo, con los cupones negociados que ha adquirido un tercero que después de haber pagado un precio se encuentra con que no le han atribuido derecho a nada?

Respecto a los socios viejos, el problema no tiene demasiada gravedad. Su derecho de suscripción preferente abstracto se mantiene insitio en su acción. Su derecho de suscripción preferente concreto no se ha llegado a actualizar porque en realidad pendía de una condición: que se suscribiera la totalidad del capital, y las molestias que se les han ocasionado no repercuten de manera directa sobre su patrimonio. Su única posibilidad sería ejercitar una acción de responsabilidad contra los órganos de la Sociedad que con su mala previsión han dado lugar a unos gastos y a unas actuaciones que se han demostrado inútiles al prever un capital excesivo. En la práctica, al menos española, esta acción no sabemos que se haya ejercitado nunca; contra la Junta que es quien normalmente toma el acuerdo sería muy dudosa, ya que ha de haber decidido por mayoría cualificada, y difícilmente se podría por un socio disidente pretender ejercitar una acción contra la Sociedad por una medida de ese tipo; contra los administradores en el caso de capital autorizado sería más factible a través del art. 79 demostrando que había actuado con malicia o negligencia grave; a pesar de ello es difícil que se pretenda esa acción, ya que actúan dentro de los límites señalados por la Junta y la prueba de tal malicia o negligencia habría de revestir especiales dificultades.

Los adquirentes de cupones que han pagado un precio por ellos en el mercado, que han suscrito, y desembolsado quizás, las acciones a que les daba derecho su derecho de suscripción preferente adquirió, y que después ven que el aumento de capital no se lleva a cabo y por tanto frustradas sus esperanzas, son los que salen peor parados en el caso que estamos examinando. Ellos no han adquirido en absoluto el derecho abstracto de suscripción preferente sino sólo el derecho concreto para esa emisión determinada y como consecuencia de no llevarse ésta a efecto se quedan absolutamente sin nada, pues pierden normalmente hasta la expectativa, pues si se produjera tiempo después un nuevo aumento de capital, ya carecerían ellos de derecho para suscribir.

El T. de Comercio del Sena en S. 19 Nov. 1954 (152), ante un caso como el expuesto, afirma que la venta del derecho de suscripción preferente sirve al accionista para resarcirse de la pérdida sufrida por sus títulos como consecuencia de la disminución de su parte de activo social al entrar a tener parte en este las acciones nuevas, y que si no se llega a verificar el aumento no se produce esa pérdida y estaríamos por tanto ante un enriquecimiento injusto del cedente a costa del cessionario.

(152) *Revue trimestrelle de droit commercial*, 1955, p. 101 y ss.

La Corte de Apelación de París (S. 19 marzo 1957) dio la misma solución, pero argumentó además que el contrato de cesión del derecho de suscripción preferente es accesorio respecto a la efectiva suscripción de las nuevas acciones e inseparable de ellas, y que el derecho de suscripción y su cesión está unido a la efectividad del aumento de capital sin el cual carecería de sentido.

La solución justa no cabe duda que es la de que la cesión pende de la efectividad del aumento.

El negocio de cesión del derecho de suscripción preferente no se formaliza como un negocio aleatorio, sino como un negocio oneroso en la voluntad de las partes. Cabe expresamente atribuir el riesgo al cessionario por acuerdo de las partes, pero en defecto de él la causa de la operación está directamente relacionada con la participación del adquirente en las nuevas acciones. El comprador debe asumir sus propios riesgos, pero si la inutilidad del derecho de suscripción preferente no se debe a él, sino a que no llegue a realizarse el aumento de capital, no es un riesgo suyo.

El contrato se podría anular por falta de causa (art. 1.275) por vicio o defecto oculto del objeto al amparo de los arts. 1.484, 1.485 y 1.486 del C. c., o por vicio del consentimiento por error sobre la sustancia de la cosa, o sobre aquellas circunstancias que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo (art. 1.266 C. c.).

Creemos que una argumentación adecuada de cualquiera de estos preceptos llevaría a la misma solución de resolución del contrato con restitución al cessionario del precio pagado por el derecho de suscripción preferente, con mayor tecnicismo que el argumento genérico y puramente equitativo del enriquecimiento injusto. En el fondo lo que sucede es que la base del negocio ha desaparecido (153) y como consecuencia surge el derecho de resolución a favor del cessionario. Las partes han configurado la cesión como una operación tendente a resarcirse de un daño (el cedente) y a participar en una Sociedad (el cessionario); y ambas partes conocen que es circunstancia básica para la conclusión del contrato el efectivo aumento del capital y si hubieran tenido en cuenta la inseguridad de las circunstancia, hubiesen accedido a dar el carácter de condición a su falta. Es decir se dan los requisitos precisos para que a pesar de la norma general de respeto a los contratos, se pueda éste resolver por la alteración de las circunstancias principales.

Toda esta argumentación es válida al menos en el caso de que no se haya previsto expresamente la posibilidad de que el aumento de capital no llegue a realizarse, en cuyo caso lo procedente sería condicionar en forma expresa el negocio de cesión a la efectividad del aumento. Puede entenderse también que el negocio de cesión no se perfecciona hasta que el adquirente no suscribe las nuevas acciones si no también el de obtenerlas como formando parte del capital efectivo.

(153) Sobre este tema vid. BADENES, *El riesgo imprevisible*, Barcelona, 1946.

Esta es la tesis de RAULT (154), pero creemos que aunque con el ánimo de obtener un resultado equitativo, resulta un poco forzada técnicamente.

El negocio de cesión se perfecciona como verdadera venta que es, sin perjuicio de su resolución por alguno de los defectos expresados, pero no es que esté pendiente hasta el aumento, lo mismo que el animal se compra y no está pendiente la compra hasta pasado el plazo en el que se puede ejercitar la acción resolutoria.

En todo caso, para que esa resolución se efectúe, es preciso que el derecho de suscripción preferente llegue a ser inefectivo por causas que no dependan del adquirente y concretamente en el caso que examinamos por falta de aumento de capital.

En el derecho francés se ha argumentando ante los Tribunales, sin éxito, que dado que en el caso de que no se suscriban todas las acciones, los que han ejercitado su opción tienen derecho de nuevo a suscribir la parte dejada vacante, en todo caso el adquirente del derecho de suscripción preferente podrá haber suscrito esa parte y por lo tanto le es imputable la falta de suscripción y no puede reclamar nada al cedente. El Tribunal ha rechazado esta argumentación ingeniosa, pero que supondría que adquirir un solo cupón podía encerrar la obligación de suscribir todo el aumento para asegurar el dinero invertido en él.

En derecho español, dado que no existe un derecho semejante al que reconoce el art. 4.<sup>º</sup> de la ley francesa de 1935, no existe siquiera esa posibilidad y no se puede utilizar el argumento, que de todas formas, en nuestra opinión, sería insuficiente para mantener en pie el contrato de cesión.

Puede por último que el aumento de capital, aún habiéndose realizado, se invalide como consecuencia de un defecto en el acuerdo de aumento, de forma o de sustancia, o por cualquier otra razón. ¿Cuál es en este caso la suerte de ese derecho de suscripción preferente, nacido, ejercitado y que luego no llega, ya no él, sino las acciones suscritas, utilizándolo, a tener valor definitivo?

### 3. Límites de la negociabilidad.

Normalmente la negociabilidad del derecho de suscripción preferente sobreviene como consecuencia de un aumento de capital. La Sociedad decide el aumento y concede un plazo para el ejercicio del derecho de suscripción preferente. En todas las legislaciones se suele establecer un plazo mínimo como garantía para los accionistas y se deja al criterio de la Junta el señalamiento de un plazo máximo. En España es un mes, y es de los países que fijan el plazo más largo; en Italia es de quince días; en Alemania de dos semanas, y en Francia de quince días. Naturalmente la cesión de los derechos de suscripción preferente se ha de hacer durante este término y no después, pues-

(154) En el comentario de la S. citada en *Revue Trimestrielle de droit commercial*, 1955, p. 101 y ss.

to que entonces ya carece de sentido esa cesión al haberse pasado el término para que el cesionario suscriba las acciones.

El problema es, si antes de acordarse el aumento de capital, se puede ceder el derecho de suscripción preferente.

Se puede pensar si será posible ceder el derecho de suscripción preferente para todos los posibles sucesivos aumentos de capital, o sea el derecho en abstracto.

En principio creemos que tal transferencia no es posible porque es una situación de división o desmembración de la acción no prevista por la ley. La acción puede tener una pluralidad de cotitulares en las formas clásicas de coparticipación en el dominio —comunidad (artículo 40), usufructo (art. 41), e incluso en el caso de prenda (art. 42) en el que se podría pensar que se desmembraba un cierto aspecto del derecho de disposición—, pero no cabe una cotitularidad a base de repartir los derechos individuales o mínimos, es decir lo mismo que no cabe ceder el derecho de voto, de forma que una persona tenga éste, y otro el resto de los derechos no debe admitirse que se ceda el derecho de suscripción preferente con carácter definitivo. Tal desmembración va contra la misma naturaleza de la acción que es un haz de derechos que confluyen en su legítimo titular que por eso tiene la condición de socio. La desmembración por negociación separada de esos derechos con carácter definitivo implicaría la destrucción de la figura del socio, que es indispensable para la vida de la Sociedad.

Ninguno de esos inconvenientes existen en la cesión del derecho de suscripción preferente concreto, porque entonces no se cede uno de los derechos individuales del accionista, sino la posibilidad, efectiva y reducida en el tiempo, de adquirir nuevas acciones, perfectamente determinadas, que a su vez llevan su haz de derechos para el futuro y que igualmente atribuyen a su titular la condición de socio.

Además la cesión del derecho en abstracto va contra la misma naturaleza del derecho de opción. Si el fin de éste es conservar la participación del socio en los beneficios sociales (aún no repartidos y reservas) y en el control y dirección de la Sociedad, una venta de carácter absoluto de tal derecho dejaría a éste desprovisto de sentido.

A favor de esta imposibilidad militan también las soluciones del Derecho comparado. En alemania según la opinión de toda la doctrina (RITTER, GIERKE, BERNICKEN, etc.), el derecho abstracto de opción como tal, no es transferible separadamente de la acción, y en Italia, en base a que el art. 2.441 permite excluir el derecho de opción sólo con ocasión de la deliberación de aumento de capital, se considera que sólo desde entonces puede igualmente ser objeto de un negocio jurídico. MOREAU afirma igualmente que es nula la renuncia para todas las emisiones futuras, por el carácter de orden público del Decreto de 1935.

Tal solución la creemos general para cualquier tipo de cesión y por tanto no sólo para las que se hagan a título oneroso sino gratuito,

y no sólo por actos inter vivos, sino también mortis causa, de manera que será ineficaz respecto de la Sociedad el legado que el socio haga de su derecho de suscripción preferente para todos los aumentos posteriores a su muerte; la Sociedad no tiene obligación de reconocer ese derecho sino unido a la acción, sin perjuicio de que la disposición testamentaria deba ser interpretada ajustada lo más posible a la voluntad del causante (art. 675 C. c.). La testamentaría habrá de procurar coordinar la voluntad del causante, con los intereses de los llamados, la naturaleza de la acción, y la posición de la Sociedad.

En cambio creemos posible la cesión del derecho de suscripción preferente, además de una vez acordado el aumento de capital en la forma normal, respecto de un aumento determinado aunque no esté todavía tomado el acuerdo por la Junta, pero sí convocada ésta, o cuando esté tomado el acuerdo por la Junta y sometido su realización al cumplimiento de ciertas condiciones, o para un aumento de capital acordado por la Junta cuya ejecución se haya conferido al Consejo de Administración, que puede llevarlo a efecto en un plazo de cinco años (artículo 116 R. R. M.), o para un capital autorizado, pues aunque en este caso falta aún el mismo acuerdo de aumentar el capital que debe tomar el propio Consejo existen al menos unos límites: de cantidad (mitad del capital nominal en el momento de la autorización), de tiempo (cinco años) y de forma (por emisión de acciones ordinarias), que excluyen todos los peligros que tiene la cesión del derecho en abstracto.

Asimismo, en estos casos, cabe también la transmisión mortis causa del derecho de suscripción preferente por vía de herencia o legado, aunque lo normal será que se haga por una atribución de este tipo, ya que se trata de cosa específica y determinada (art. 768 C. c.), bien por atribución directa, bien por vía de sustracción, es decir, legando las acciones con exclusión del derecho de suscripción preferente que se atribuye a otra persona.

# El contenido de la relación obligatoria <sup>(1)</sup>

LUIS DIEZ-PICAZO

Catedrático de Derecho Civil

Al examinar la estructura de la relación obligatoria, se suele señalar cómo dentro de esta estructura existe siempre un elemento subjetivo, formado por los *sujetos* de la relación, que son, como es sabido, un sujeto activo o acreedor, que es la persona titular del poder jurídico de exigir la prestación, y un sujeto pasivo o deudor, sobre quien pesa el deber jurídico de realizar esta prestación, un elemento objetivo o *objeto* de la relación, consistente en aquella actividad o comportamiento que el sujeto pasivo tiene que desplegar en favor del sujeto activo, a la que se denomina técnicamente con el nombre de "prestación", y, finalmente, un *vínculo jurídico* entre ambos sujetos, por virtud del cual el deudor queda ligado con el acreedor. Vamos a dedicar este momento a examinar, siquiera sea levemente, el vínculo jurídico como elemento sustancial que forma el contenido de la relación obligatoria.

La idea de que en las relaciones obligatorias existe un vínculo jurídico es una idea extraordinariamente antigua, que aparece ya en las fuentes romanas, donde, precisamente, una clásica y conocidísima definición caracteriza a la "*obligatio*" como un "*vinculum iuris*" (2). La misma idea del vínculo jurídico ha reaparecido con perfecta nitidez en la doctrina moderna. El elemento central y más propiamente jurídico de la obligación, señala algún autor contemporáneo, está constituido por el vínculo jurídico, en virtud del cual el deudor queda ligado con el acreedor y obligado a satisfacerle una determinada prestación (3). Lo que ocurre, sin embargo, es que así delineado, esto es, dibujado tan vagamente, el vínculo jurídico es algo que se distingue muy difícilmente de la misma relación obligatoria, hasta el punto de que relación obligatoria y vínculo jurídico parecen ser conceptos llamados a confundirse, es decir, parecen ser una misma cosa. Nosotros, sin embargo, acabamos de decir hace un momento que el vínculo es

(1) Texto de la lección pronunciada por el autor, como primera lección oficial, en el Paraninfo de la Universidad de Santiago de Compostela el día 18 de enero de 1964.

(2) "*Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimus alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*" (Inst., 3, 13, pr.).

(3) CASTÁN, *Derecho civil español*, 7.<sup>a</sup> edic., Madrid, 1951, III, pág. 21.—También ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, vol. III, Madrid, 1954, página 25.—ALBALADEJO, *Instituciones de Derecho civil*, Barcelona, 1961, pág. 469.

sólo uno de los elementos estructurales de la relación obligatoria. ¿Cómo se explica ésto? Conviene, sin duda, alguna aclaración.

La relación obligatoria es, a nuestro juicio, la total relación jurídica que liga a los sujetos para la realización de una determinada función económica o social en torno a un interés protegido por el ordenamiento jurídico. La relación obligatoria es, conceptualmente, una relación jurídica de unas determinadas características técnicas (4), que la hacen diferenciarse del resto de las relaciones jurídicas de naturaleza patrimonial y, por supuesto, de todas las demás relaciones jurídicas de Derecho privado. En cuanto relación jurídica, posee una indudable naturaleza orgánica (5). Es, por decirlo así, como un pedazo o un corte de vida social, que aparece perfectamente organizado dentro del ordenamiento jurídico por un especial principio jurídico y por una especial función económica o social, que está llamado a realizar. Algo, en suma, perfectamente institucionalizado (6). De esta naturaleza orgánica o institucional de la relación jurídica deriva el que todos los derechos, los deberes, las facultades y las titularidades o cargas de los sujetos se encuentren orgánicamente agrupados en torno a la relación (7). Una relación obligatoria es, pues, la total relación jurídica que existe, por ejemplo, entre un mandante y un mandatario, entre un comprador y un vendedor, entre un asegurador y un asegurado, en cuanto que toda esta relación constituye una unidad orgánica e institucional.

Nosotros llamamos, como consecuencia de ello, vínculo jurídico no a la totalidad de la relación obligatoria, sino a la simple correlación que existe entre un crédito y una deuda. La correlación de un crédito y de una deuda, como situaciones jurídicas coincidentes pero contrarias dentro de una única relación obligatoria, es lo que se debe denominar, a nuestro juicio, vínculo jurídico.

Se comprende así, en seguida, que el vínculo jurídico y la relación obligatoria sean ideas profundamente diferentes.

Dentro de una única relación obligatoria puede existir una pluralidad de vínculos jurídicos. Una pluralidad de vínculos dentro de una única relación obligatoria constituye un fenómeno jurídico que es perfectamente normal y perfectamente conocido. El ejemplo más claro será, seguramente, el de las llamadas obligaciones sinalgámicas, donde hay siempre dos vínculos jurídicos ligados entre sí por un nexo

(4) La relación obligatoria se define, a nuestro juicio, como una relación jurídica establecida entre dos personas y dirigida a que una de ellas obtenga determinados bienes o servicios mediante la cooperación de la otra o al intercambio de dichos bienes y servicios mediante una reciproca cooperación.—Sobre la idea de cooperación social como substrato de la relación obligatoria, vid. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. 1.<sup>o</sup>, Milán, 1953, pág. 9 y sigs.

(5) Cfr. LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, trad. cast., Madrid, 1958, vol 1.<sup>o</sup>, pág. 38.

(6) CASTRO, *Derecho civil de España*, vol. I, Madrid, 1949, pág. 556.

(7) Vid. la concepción de la relación obligatoria como un cuadro o un marco (Rahmenbeziehung) en HERHOLZ, *Arch. f. d. ziv. Praxis*, vol. 130, pág. 257 y sigs.

genético y funcional de correspondencia. Ticio es deudor y Cayo acreedor de una prestación y, a cambio de ello, Cayo es deudor y Ticio acreedor de otra prestación distinta. En la relación obligatoria de compraventa este esquema se observa con toda claridad, nítidamente. El comprador es deudor y el vendedor es acreedor del precio (vínculo jurídico), pero el vendedor es deudor y el comprador acreedor de la entrega de la cosa (vínculo jurídico también).

Una pluralidad de vínculos jurídicos dentro de una única relación obligatoria puede producirse también sin el nexo genético y funcional de correspondencia que es característico de las llamadas obligaciones sinalagmáticas. En una relación obligatoria de depósito, por ejemplo, el depositario es deudor de la prestación de guarda y custodia de la cosa, por una parte, y es deudor también de la prestación de restitución de la cosa depositada, por otra parte, mientras que el depositante es acreedor de ambas prestaciones.

En todos estos casos hay, como se ve, una pluralidad de vínculos jurídicos y una sola relación obligatoria.

Aislada, pues, en el sentido que queda indicado, la figura del vínculo jurídico, podemos pasar a analizar su contenido, es decir, a examinar el crédito y la deuda, que son, por decirlo así, el núcleo central o la médula de nuestro tema de hoy. Esta contraposición —crédito y deuda— suele parecer a primera vista muy clara: el crédito es, se suele decir, un derecho subjetivo y la deuda un deber jurídico (8). Esta idea me parece, sin embargo, demasiado simple para ser enteramente exacta. El crédito es, ante todo, una situación jurídica —la situación de crédito o la posición acreedora— donde confluyen —es cierto— facultades, pero donde confluyen también cargas y acaso deberes. Dejemos con un interrogante, por el momento, este punto. La deuda es otra situación jurídica —la situación de deuda o la posición deudora— donde confluyen fundamentalmente deberes, pero donde hay probablemente también facultades. Yo querría dedicar alguna atención a este tema, que me parece que tiene un extraordinario interés.

\* \* \*

Normalmente se llama, como decíamos, crédito al derecho que el acreedor ostenta para exigir del deudor esa conducta patrimonialmente valiosa que es la conducta de prestación. Normalmente se reconoce que este derecho del acreedor ha de encuadrarse dentro de la categoría general del derecho subjetivo. La situación del acreedor no es, desde luego, la de una simple expectativa de la conducta futura del deudor, sin un auténtico poder jurídico para exigirla, como algún autor ha pretendido. Tampoco cabe decir que el acreedor no posee un verdadero poder jurídico, sino simplemente una acción, en cuanto que su única posibilidad es la de dirigirse a los

(8) CASTÁN, *op. y loc. cit.*, pág. 5 y sigs.; ESPÍN, *op. y loc. cit.*, pág. 7 y sigs.; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, I, vol. 2.º, Barcelona, 1959, pág. 36 y sigs.

órganos del Estado a fin de que aseguren y tutelen su interés económico. No puede decirse, finalmente, que el derecho del acreedor sea un derecho sin contenido o que sea un simple poder de agresión sobre los bienes del deudor. Un examen detenido de todas estas concepciones corresponde a otro lugar del sistema y no parece oportuno detenerse ahora en este punto. A nuestro juicio, no cabe duda que en el crédito existe un auténtico y típico derecho subjetivo. Sin embargo, una más precisa puntualización del concepto de crédito debe hacer hincapié en dos extremos que me parecen de suma importancia.

En primer lugar, es menester señalar que el crédito no es, probablemente, sólo un derecho subjetivo. Al acreedor no sólo se le atribuyen poderes, sino también se le imponen cargas y acaso debéres. Un examen atento del crédito exige contemplar la totalidad de la situación en que el acreedor se encuentra, la totalidad de lo que hemos llamado ya la situación acreedora (9).

---

(9) El contenido de la relación obligatoria se contempla en su médula cuando se le encibe como la correlación de una situación de crédito y una situación de deuda. Ambas situaciones aparecen envueltas en el marco de la buena fe. No es éste el momento ni el lugar para hacer un estudio general de la buena fe, que es una figura que pertenece a la teoría general del derecho y, entre nosotros, a la parte general del Derecho civil. No obstante, conviene aquí parar la atención en torno a la proyección que este principio general de la buena fe tiene en la órbita de las relaciones obligatorias. La buena fe es, desde luego, por decirlo así, el clima o el ambiente dentro del cual la relación obligatoria debe desenvolverse. Este principio de la buena fe dentro del Derecho de obligaciones, se encuentra expresamente sancionado en nuestro Derecho positivo por el artículo 1.258 C. c. Este artículo, de sobra conocido, dice que "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley". Para lo que ahora nos interesa, debemos retener del artículo 1.258 C. c. solamente esto: que las partes de una relación obligatoria están obligadas a cumplir no sólo el contenido estricto del contrato, sino también lo que en cada caso exija la buena fe. Por su parte, de una manera todavía mucho más categórica el artículo 57 C. de C. dice textualmente que "los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe". Este principio de la buena fe se encuentra sancionado también, como principio inspirador de todo el Derecho de Obligaciones, en los más importantes ordenamientos jurídicos contemporáneos. El parágrafo 242 del C. c. alemán, por ejemplo, estatuye que el deudor está obligado a efectuar la prestación como exigen la buena fe (*Treu und Glauben*) y los usos del tráfico (*Verkehrssitte*). El deber de prestación del deudor dice LARENZ comentando la norma citada, e incluso la total conducta de los interesados en la relación obligatoria se rige por las exigencias de la buena fe, para cuya apreciación se han de tener en cuenta los usos del tráfico. En el Derecho italiano el artículo 1.175 preceptúa que el deudor y el acreedor deben comportarse conforme a las reglas de la corrección.

En nuestro Código civil, además, aparte de la enunciación de un principio general de buena fe en las relaciones obligatorias, en el artículo 1.258, ya examinado, hay toda una porción de preceptos que constituyen aplicación y que se inspiran en ese principio. Recordemos, por vía de ejemplo, el artículo 1.705, que impone la necesidad de ejercitar de buena fe determinadas facultades del socio en la sociedad sivil, o el artículo 1.478, 5.º, que sanciona la mala fe del vendedor.

Pero ¿en qué consiste, desde el punto de vista de su proyección en la rela-

En segundo lugar, definir el derecho de crédito únicamente como “derecho a exigir la prestación” me parece que es reducir y estrechar de un modo enorme el problema y simplificarlo indebidamente. El derecho de crédito es toda la situación de poder —de poder económico y de poder social— que el ordenamiento jurídico concede a la persona del acreedor para la tutela y el logro de su interés. El derecho de crédito aparece así antes que nada como un centro de unificación de facultades jurídicas. Es una situación de poder unitaria y objetivada (10), en la cual confluye un haz de facultades de que es titular el acreedor. No es posible —por lo menos, no es fácil— homogeneizar totalmente las facultades del acreedor. Unas veces se dirigen contra el deudor, pero otras, en cambio, se dirigen contra terceros (v. gr., defensa de la prelación o preferencia de un crédito, por ejemplo, a tra-

ción obligatoria, esta buena fe que las partes deben observar? Buena fe, se ha afirmado, es aquella conducta que revela la posición moral de una persona respecto de una situación jurídica. La buena fe, se ha dicho también, ha llegado a ser en nuestro Derecho positivo una auténtica fuente de normas jurídicas, que carecen de una formulación positiva concreta y que son reunidas bajo esta denominación imprecisa y ocasional a equívocos. Lo que se aspira a conseguir, se añade, es que el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones se produzca conforme a una serie de principios que la conciencia social considera como necesarios, aunque no hayan sido formulados por el legislador, ni establecidos por la costumbre o por el contrato; principios que están implícitos o deben estarlo en el ordenamiento positivo; que tienen carácter general, pero que exigen una solución distinta en cada caso concreto (Cossío, *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955).

La buena fe es, en el sentido que aquí nos importa, un arquetipo de conducta social, la lealtad en los tratos, el proceder honesto, esmerado, diligente. Supone guardar fidelidad a la palabra dada, no defraudar la confianza de los demás, ni abusar de ella, conducirse conforme cabe esperar de cuantos con honrado proceder intervienen en el tráfico jurídico como contratantes o participan en él en virtud de otras relaciones jurídicas.

¿Cómo se proyecta esta norma general que impone un deber de proceder de buena fe, en la relación obligatoria? La buena fe, dice BETTI, se presenta, en primer lugar, como un canon hermenéutico a la vista del cual debe ser interpretado el contrato y, además, como un criterio de conducta conforme al cual deben ser cumplidas las obligaciones. Detengámonos un momento en este segundo punto. La buena fe en cuanto al alcance y cumplimiento de la obligación rige tanto para el deudor como para el acreedor. Se dirige indudablemente al deudor, dice LARENZ, con el mandato de que cumpla su obligación ateniéndose no sólo a la letra, sino también al espíritu de la relación obligatoria correspondiente y en la forma que el acreedor pueda razonablemente esperar. Pero se dirige también al acreedor con el mandato de que ejerza el derecho de crédito sin contravenir las normas de la lealtad, de la confianza y de la consideración que el deudor puede razonablemente pretender.

Para el deudor, la buena fe representa un criterio de determinación del alcance de la prestación y de la forma y de las modalidades de su cumplimiento. Puede representar también una fuente de creación de especiales deberes de conducta. Para el acreedor, en cambio, la buena fe representa un límite del ejercicio de su derecho de crédito. El ejercicio del derecho de crédito que contravenga los dictados de la buena fe es un acto de extralimitación, un acto abusivo. El deudor puede repeler y enervar las reclamaciones del acreedor, que sean contrarias a la buena fe. En esta idea tiene, precisamente, su raíz la teoría de la exceptio doli (cfr. Cossío, *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955).

(10) Sobre esta idea CASTRO, *Derecho civil de España*, Madrid, 1949.

vés de una tercería de mejor derecho o, al revés, defensa de la par conditio creditorum frente a quien trata de ser preferente). Unas veces constituyen por sí derechos subjetivos autónomos e independientes (v. gr., derechos de garantía), mientras que otras veces quedan como facultades dependientes, es decir, formando parte de un derecho principal. No obstante ello, una más exacta comprensión de la naturaleza y de la función del crédito sólo puede lograrse mediante una contemplación, aunque sea rapidísima, de estas facultades enderezadas a la protección y al logro del interés del acreedor.

El núcleo central del derecho de crédito lo constituye, naturalmente, la facultad de exigir la prestación, que puede ser incluso inmediatamente ejecutiva, si al título del crédito la ley le ha atribuido este carácter. De no ser así, el acreedor posee la facultad de convertir su título en un título ejecutivo, mediante la obtención de una sentencia condenatoria. La facultad de exigir la prestación se concreta además, sobre todo en los créditos pecuniarios, en una facultad de dirigirse contra los bienes del deudor (facultad de embargo) y en una facultad de expropiación de dichos bienes para destinar su importe al cobro de lo debido (facultad de realización del valor).

El derecho de crédito no se agota, sin embargo, aquí. Existe en él, además, una porción de facultades que permiten al acreedor vigilar el normal desenvolvimiento y la normal efectividad de la relación obligatoria: son, por ejemplo, las facultades de determinación de la prestación (p. ej., art. 1.132), la facultad de rehusar pagos defectuosos (artículo 1.157 y sigs.), la facultad de transformar al deudor en deudor moroso mediante una interpelación o una denuncia (art. 1.100), etc.

Dentro de una tercera zona pueden situarse todas aquellas facultades que permiten al acreedor la disposición de su derecho. El acreedor puede enajenar su crédito (art. 1.526), puede atribuir el disfrute del mismo a otra persona (art. 507), puede afectar el crédito en garantía de sus propias deudas, y puede remitirlo, renunciarlo o condonarlo.

En una zona diversa aparecen las facultades de mera conservación y de tutela preventiva del crédito. A ellas parece referirse el artículo 1.121 cuando permite a un acreedor, cuyo crédito está sometido a condición suspensiva, el ejercicio de "acciones dirigidas a la conservación de su derecho". ¿Cuáles son estas facultades preventivas? En casos particulares la ley concede al acreedor una protección especial. Cabe recordar la acción de deterioro o conservación del acreedor hipotecario o la facultad del acreedor cambiario de realizar un protesto de mejor seguridad o de exigir el afianzamiento o el depósito del valor de una letra de cambio en los casos de falta de aceptación. Con carácter general, como facultades de conservación y de tutela preventiva del crédito, cabe señalar: la facultad de interrumpir la prescripción del crédito (art. 1.973 C. c.); la facultad de provocar un anticipado vencimiento del crédito en los casos de insolvencia del deudor o de falta de otorgamiento o de disminución o de desaparición de ga-

rantías (art. 1.129 C. c.); y, sobre todo, la facultad de obtener un embargo preventivo para asegurar el pago de la deuda, cuando el deudor desaparece, se oculta o existe motivo racional para creer que malbaratará u ocultará sus bienes en daño de sus acreedores (artículos 1.396 y sigs. de la LEC).

Existe otro importante grupo de facultades que el ordenamiento jurídico concede a los acreedores para la conservación y el mantenimiento no ya del crédito en sí mismo considerado, sino de la solvencia del deudor, en cuanto soporte económico de la efectividad del crédito. Se trata de un conjunto de facultades que se presentan como contenido natural del derecho de crédito y cuya función es la conservación de la garantía patrimonial del deudor o, lo que es lo mismo, de la conservación de la capacidad económica del patrimonio del deudor para hacer frente al cumplimiento de las obligaciones. PACCHIONI habla, al referirse a ellas, de un poder de los acreedores de intervención y de control de la gestión patrimonial del deudor (11). Su estudio detallado pertenece a otros lugares del sistema, pero conviene enumerarlas aquí aunque sea rápidamente:

a) La facultad de los acreedores de reclamar la ineficacia de los actos realizados por el deudor en fraude de su derecho (acción pauliana) o de los actos simulados, que tiene por objeto el reintegro al patrimonio del deudor de aquellos elementos que han salido de él con perjuicio para los acreedores.

b) La facultad de los acreedores de ejercitar los derechos y acciones que corresponden al deudor (acción subrogatoria), con objeto de dar ingreso en el patrimonio del deudor a aquellos elementos patrimoniales que, pudiendo formar parte de él, no lo hacen a causa de una conducta omisiva de su titular, también con perjuicio de acreedores.

Junto a estos dos modos básicos de intervención de los acreedores en la actividad patrimonial del deudor, el vigente Derecho positivo presenta una serie muy amplia de supuestos particulares que conviene no olvidar:

c) La facultad de los acreedores de intervenir en la partición de la cosa de que su deudor es cotitular o comunero. Conforme a lo que dispone el artículo 403 C. c., los acreedores de los partícipes pueden concurrir a la división de la cosa común y oponerse a que se verifique sin su concurso, así como impugnar la ya consumada, en caso de fraude o cuando se hubiese verificado no obstante la oposición formalmente interpuesta para impedirla. Resulta claro que del artículo 403 C. c. deriva una facultad de los acreedores de intervenir y de concurrir a la división de la cosa común, en que su deudor sea copartícipe o comunero, facultad de intervención cuya finalidad no parece que pueda ser otra que la de vigilar e inspeccionar la división para evitar su propio perjuicio. La ley, por otra parte, se ha cuidado de reforzar

---

(11) PACCHIONI, *Della obbligazione in generale*, Padova, 1935.

esta facultad de intervención de los acreedores en la división de la cosa común de su deudor, autorizando a los acreedores para oponerse a que la división sea realizada sin su concurso, así como para impugnar la que se haya verificado no obstante una oposición formalmente interpuesta para impedirla. Con ambas medidas no se pretende otra cosa que garantizar la intervención facultativa de los acreedores en la división de la cosa común del deudor. Si la división iba a ser realizada sin la concurrencia de los acreedores, éstos pueden presentar su oposición; si, no obstante tal oposición, la división se consumase, los acreedores pueden impugnarla.

*d)* En el mismo orden de ideas se encuentra la facultad de los acreedores de intervenir en la partición de una herencia, tanto si son acreedores del causante como si son acreedores del heredero. El artículo 1.057 C. c. establece una preceptiva citación de los acreedores por el comisario para la práctica del inventario de los bienes de la herencia. Según el artículo 1.082, los acreedores reconocidos como tales pueden oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos. Conforme al artículo 1.083, los acreedores de uno o más de los coherederos pueden intervenir a su costa en la partición para evitar que se haga en fraude o perjuicio de sus derechos. Por su parte, el artículo 1.034 dispone que los acreedores particulares del heredero no pueden mezclarse en las operaciones de la herencia aceptada a beneficio de inventario hasta que sean pagados los acreedores de la misma y los legatarios, de donde se deduce que la ley no limita el poder de intervención en la partición hereditaria de los acreedores del causante, ni de los acreedores del heredero que haya aceptado la herencia pura y simplemente, y que autoriza la intervención de los acreedores del heredero que acepta con beneficio de inventario una vez pagadas las deudas de la herencia y los legados.

En el mismo sentido, los artículos 973 y 1.036 LEC consideran como parte legítima para promover el juicio de testamentaría y el de abintestato a los "acreedores que presenten un título escrito que justifique cumplidamente su crédito", salvo cuando tengan su crédito asegurado con hipoteca o con otra garantía suficiente y cuando los herederos les dieren fianza bastante para responder de sus créditos con independencia de los bienes del finado.

Todavía en el mismo orden de ideas, semejante a las anteriores es la facultad de los acreedores de demandar la separación de patrimonios en aquellos ordenamientos que lo admitan, y en el nuestro, en la medida que lo admita, tema que no puede ser discutido en este momento.

*e)* Si con arreglo al artículo 1.708 C. c. la partición entre socios se rige por las reglas de las herencias, es indudable que los acreedores están también facultados para intervenir en la disolución y liquidación de la sociedad deudora o de la sociedad de que forma parte su deudor.

f) Entre estas facultades de los acreedores que estamos tratando de describir someramente, cabe igualmente mencionar la aceptación por los acreedores de la herencia que el deudor ha repudiado, establecida en el artículo 1.001 C. c., y la facultad paralela que la ley concede a los acreedores en los casos de renuncia a un legado o de renuncia a los gananciales (cfr. sobre este último punto los artículos 1.394 y 1.418 C. c.).

g) Todavía pueden incluirse dentro de esta enumeración la facultad de los acreedores de hacer valer una prescripción renunciada por su deudor (art. 1.937) y la facultad de ejercitar un derecho de retracto perteneciente al deudor (art. 1.512).

Al hacer un examen de las facultades que confluyen en el derecho de crédito, no cabe olvidar, finalmente, la facultad de los acreedores de solicitar el concurso o la quiebra del deudor común, hecho extraordinario que supone la apertura no sólo de una nueva situación patrimonial —tránsito a una situación de patrimonio en liquidación—, sino también —lo que es más gravé— de una nueva situación personal del deudor, con toda una serie de consecuencias que producen amplias repercusiones en su esfera personal, como son la inhabilitación del deudor, la limitación de su capacidad de obrar, el nombramiento de representantes legales y de administradores, etc.

Todo este extenso repertorio de facultades de los acreedores, de muy diverso signo y cariz, demuestra una de las ideas que nos han servido como punto de partida y como leit-motiv, a saber, que el crédito es algo más que el simple poder de exigir una prestación. Es todo un amplio poder económico y social otorgado a una persona para la protección y defensa de un interés que el ordenamiento jurídico considera merecedor de una tutela especial.

Tendríamos, sin embargo, una visión unilateral del fenómeno si concibiéramos el crédito únicamente como un conjunto de facultades armónicamente agrupadas dentro de una situación jurídica unitaria, pues lo cierto es que parece, por lo menos a primera vista, que la ley no se limita a conceder facultades, sino que impone al acreedor determinados deberes y determinadas cargas, al mismo tiempo que limita el ejercicio del derecho con límites como el de obrar dentro del marco de la buena fe o dentro de la finalidad económico-social del derecho. Los actos de ejercicio extralimitado o de ejercicio abusivo del derecho de crédito son actos que el deudor puede justamente repeler. Sobre esta idea, sobradamente conocida, no es menester insistir ahora. Para comprender adecuadamente el cuadro de lo que hemos llamado la situación jurídica de crédito, tiene un interés mayor que nos fijemos en estos posibles deberes y cargas del acreedor. ¿Cuáles son estos deberes y estas cargas del acreedor? No parece fácil tampoco, en este punto, conseguir una perfecta homogeneidad. Habremos de conformarnos, por ello, con un panorama aunque sea fragmentario y únicamente aproximado.

Parece, ante todo, que es menester que el acreedor colabore con

el deudor, en la medida en que esta colaboración sea necesaria, a fin de que la prestación pueda ser rectamente cumplida. El acreedor de una prestación de hacer, por ejemplo, tiene que poner, cuando ello sea necesario, a su deudor, en condiciones de cumplir, es decir, en unas condiciones tales que su trabajo pueda ser provechoso. Existe aquí, como se ve, una carga o un deber de colaboración del acreedor en la prestación e incluso de facilitación del iter que conduce a la prestación. El acreedor tiene, además, una carga de lo que podríamos llamar un puntual y diligente examen de la prestación ya realizada. El ejercicio de la facultad de rehusar un pago no es lícito si no se funda en una justa causa y no se realiza tempestivamente. En ocasiones, pesa también sobre el acreedor una carga de diligencia. Un ejemplo de lo que es esta carga del acreedor puede encontrarse en el artículo 1.833 C. c., donde se contempla un caso de necesaria diligencia del acreedor en la excusión de los bienes del deudor, de tal manera que si el acreedor es negligente en dicha excusión, es él y no su fiador quien soporta la eventual insolvencia del deudor. En un orden de cosas muy semejante puede recordarse que el acreedor cambiario que omite el protesto por falta de pago pierde la acción contra los endosantes e incluso contra el librador que demuestre tener hecha provisión de fondos. El moderno Derecho bancario nos sitúa también ante supuestos típicos de carga de diligencia de un acreedor. El cliente de un Banco asume la carga de custodiar diligentemente un talonario de cheques. Si como consecuencia de una falta de cuidado en la custodia del talonario se realiza un pago a persona no legitimada para recibirla, el Banco deudor puede quedar, a pesar de ello, liberado de la deuda. Existe también una carga de información, cuyo ejemplo más claro se puede encontrar en la hipótesis del artículo 1.796 C. c. El asegurado, que es acreedor de la indemnización, para reclamarla, tiene que poner en conocimiento del asegurador la producción del daño dentro de un período de tiempo razonable y, si no lo hace así, pierde su derecho de crédito.

En todos estos casos que hemos examinado hay, en rigor, "cargas" del acreedor y no auténticos deberes. No se trata de una conducta debida, que otro pueda exigir, sino de una conducta necesaria sólo como requisito previo o como presupuesto del acto de ejercicio de una facultad. No se trata de un auténtico "deber", sino de un "tener que" para poder hacer (12). Sobre el acreedor, como tal, no recaen auténticos deberes. El deber presupone una correlativa facultad de exigir en otro y, por tanto, en nuestro terreno, una deuda, es decir, otro vínculo jurídico dentro de la misma relación obligatoria.

El crédito, sin embargo, no es sólo una situación de poder jurídico del acreedor acompañada de las correspondientes cargas. El crédito es también un objeto patrimonial (13). Desde un punto de vista eco-

(12) En la terminología alemana, no constituirían un "sollen", sino un "müssen".—REIMER SCHMIDT los llama "Obliegenheiten".

(13) LARENZ, *op. y loc. cit.*, pág. 44 y sigs.

nómico resulta muy claro que la probabilidad de recibir una prestación debida, unida a una serie de medidas de tutela jurídica, representa algo que posee un evidente valor patrimonial. El crédito, contemplado no dentro de la relación jurídica que liga al acreedor con el deudor, sino dentro del tráfico jurídico, constituye un bien que forma parte del patrimonio del acreedor. No cabe duda que el patrimonio de la persona no lo forman solamente los derechos de señorío sobre las cosas, como la propiedad y los derechos reales, sino también los créditos en cuanto facultan para obtener una conducta de prestación que es valuable pecuniariamente.

Por esto, el crédito, considerado como un bien patrimonial, entra a formar parte del tráfico jurídico. El crédito aparece así como un objeto del tráfico jurídico, en cuanto que el acreedor puede disponer de él como de cualquier otro objeto patrimonial. El titular de un crédito puede enajenarlo, cambiarlo por otro o por dinero, descontarlo, conceder a otra persona su disfrute o afectarlo en garantía de sus propias deudas. Por eso hablábamos hace un rato de la "facultad de disposición" como una de las facultades que integran el complejo de poder en que se concreta el derecho subjetivo de crédito. La facultad de disposición permite realizar determinados actos jurídicos, que son, en rigor, actos de disposición sobre el crédito. Como tipos de actos de disposición sobre créditos dentro del tráfico jurídico pueden citarse, en primer lugar, la transmisión del crédito, que es aquel acto o negocio jurídico en virtud del cual el acreedor se desprende de su situación jurídica, haciéndola llegar a un tercero —adquirente—, que se instala en ella convirtiéndose en nuevo acreedor (cesión, subrogación, descuento, legado del crédito, etc.); en segundo lugar, el usufructo del crédito, en el cual el acreedor, sin perder esta cualidad, concede a un tercero las facultades necesarias para que éste pueda recibir del deudor aquellas prestaciones que económicamente merecen ser consideradas como frutos del crédito (intereses, etc.). Una parte de la doctrina ha hablado, para explicar esta hipótesis, de la existencia de un derecho real sobre el derecho de crédito, punto de vista que no parece convincente. Más adecuado es afirmar que se produce la concesión al usufructuario de un poder jurídico limitado, que coexiste con el derecho pleno del acreedor principal; o bien que se trata de la transmisión parcial de un grupo de facultades integrantes del derecho matriz. Sea de ello lo que fuere, que no es este el lugar para examinarlo con detalle, lo cierto es que se concibe perfectamente y se admite por el ordenamiento jurídico la posibilidad de que los créditos sean disfrutados por una persona distinta del acreedor. Se admite también que el crédito pueda ser afectado o dado por el acreedor en garantía de sus propias deudas. Esta garantía puede realizarse prácticamente mediante la cesión del crédito dado en garantía, cuando se trata de un crédito que aún no es exigible, o mediante su cobro y aplicación de las cantidades cobradas al pago de la deuda garantizada. La figura de la prenda de créditos ofrece graves dificultades de configuración, pero

de lo que no cabe duda alguna es de la admisibilidad de una garantía constituida sobre los créditos pertenecientes al que la otorga.

Todo este tráfico sobre créditos, unido al valor económico y patrimonial que los créditos poseen, conduce a una cierta "cosificación" de los créditos, es decir, a una cierta conversión de los créditos en cosas. En torno a los créditos puede darse un ciclo jurídico paralelo al que es posible sobre los bienes muebles: se transmiten, se usufructan y se pignoran. Se produce así un acercamiento de los créditos a las cosas muebles, que se observa, por ejemplo, en algunos preceptos de nuestro Código civil. El artículo 336, por ejemplo, dice en este sentido que tienen la consideración de cosas muebles las "rentas" y las "pensiones", que son puros derechos de crédito, y las "cédulas" y los "títulos representativos de préstamos hipotecarios", que son, en definitiva, derechos de crédito también. Y cuando el artículo 346 preceptúa que la expresión "muebles" se interprete en el sentido de comprender solamente las cosas que tengan por principal destino el amueblar o alhajar habitaciones y no el dinero, *ni los créditos*, admite que del contexto de una ley o de un negocio jurídico puede en ocasiones resultar lo contrario.

La teoría de la cosificación de los créditos tiene hondas raíces en la historia del derecho y se concreta, en definitiva, en la consideración de los derechos como cosas incorporales. Yo no creo que esta doctrina sea admisible en buena técnica jurídica más que como un puro expediente de ficción, con un valor puramente explicativo de que, como hemos dicho, los créditos son objeto del tráfico patrimonial y admiten, en este sentido, las mismas operaciones jurídicas que las cosas corporales.

Si el crédito es un bien patrimonial, es decir, un elemento que forma parte del patrimonio del acreedor, es lógico deducir de ello que debe también formar parte del sustrato material de la responsabilidad patrimonial de su titular. Si del cumplimiento de las obligaciones responde la persona, como dice el artículo 1.911 del C. c., con todos sus bienes presentes y futuros y uno de estos bienes es el crédito, es claro que también con los créditos se responde de las deudas.

Esta forma de realización de la responsabilidad patrimonial se consigue a través del llamado "embargo de créditos", que se encuentra expresamente reconocido y sancionado en nuestro Derecho positivo por el artículo 1.447 de la I.E.C., donde se distingue según que el crédito embargado sea o no un crédito "realizable en el acto". El embargo de un crédito produce un desapoderamiento del acreedor, esto es, una pérdida de la legitimación para recibir la prestación debida. El deudor de un crédito embargado no puede pagar al acreedor. Esto aparece claramente en el artículo 1.165 del C. c., conforme al cual no será válido el pago hecho al acreedor por el deudor después de habersele ordenado judicialmente la retención de la deuda. La consideración del crédito como vía de realización de la responsabilidad patrimonial aparece también en el caso de las situaciones de concurso

o de quiebra. Los créditos del concursado o del quebrado pasan a formar parte de la masa concursal y se destinan a la satisfacción de los acreedores concurrentes. Con la apertura del concurso o de la quiebra se produce un desapoderamiento del acreedor, y la facultad de cobrar los créditos pasa a los órganos del concurso (arts. 1.181, 1.182, 1.218, etc., LEC).

\* \* \*

Al comienzo de esta exposición habíamos dicho que el vínculo jurídico en la relación obligatoria consiste en la correlación que se establece entre un crédito y una deuda. Hemos tratado hasta ahora de ir indagando en qué consiste el primero de estos elementos, es decir, el crédito. Nos toca ahora realizar un análisis semejante en torno al segundo de aquellos elementos, es decir, la deuda.

La deuda aparece, *prima facie* considerada, como un deber jurídico que consiste en realizar en favor de otra persona, el acreedor, una conducta de prestación. En la literatura jurídica, por lo general, no se pone en duda que la deuda hay que situarla dentro de la categoría del deber jurídico. Son minoritarias, sin duda, e inadmisibles aquellas posiciones doctrinales que niegan la existencia de un auténtico deber jurídico del deudor y admiten únicamente la existencia de una responsabilidad, entendida como necesidad de soportar el acto de ejercicio de un poder de agresión sobre el patrimonio, realizado por los órganos del Estado en beneficio del acreedor, es decir, como una situación de sujeción o de conducta omisiva frente a una acción de este tipo. Esta cuestión no pertenece, en rigor, a nuestro tema de hoy, sino que ha de insertarse en el análisis del problema de la naturaleza jurídica de la relación obligatoria. Debemos, por ello, dejarlo al margen, entre paréntesis, y a partir de la idea de que en toda deuda existe una evidente dosis de deber jurídico. Lo que acontece es, seguramente, que la simple calificación de la deuda como un deber jurídico es demasiado estrecha y aclara muy poco el extenso panorama que detrás de la deuda se esconde. De un modo semejante a como hicimos antes, al hablar del crédito, parece preferible hablar aquí de una "situación de deuda", cuyo contenido fundamental está formado, efectivamente, por una porción de deberes, pero donde hay también una porción de facultades a través de las cuales el ordenamiento jurídico protege legítimos intereses del deudor. Tratemos de ver, aunque sea someramente, cuáles son estos deberes y estas facultades del deudor que forman el contenido de esto que hemos llamado la "situación de deuda".

El deber central y primario del deudor, sobre esto no cabe duda de ningún género, es el deber de realizar la prestación, es decir, el deber de desplegar aquella conducta o aquel comportamiento en que la

prestación consiste (14). Junto a este evidente deber central del deudor existe, sin embargo, toda una serie de deberes accesorios o secundarios sobre los cuales conviene llamar la atención. Conviene también tratar de analizarlos con el fin de ofrecer un cuadro que sea lo más completo posible.

Ante todo será bueno no olvidar que la función de la relación obligatoria consiste en proporcionar al acreedor un bien económicamente valioso para que satisfaga de esta manera un concreto interés. Partiendo de esta idea parece que tenemos que llegar a la conclusión de que el deudor debe procurar, por lo menos en ocasiones, que el acreedor logre la satisfacción de su interés, es decir, prestar en cuanto sea necesario su cooperación para que se produzca un resultado útil de la prestación. Esto no quiere, de ninguna manera, decir que el deudor sólo cumple si la prestación alcanza la utilidad —querida o esperada— del acreedor, pero sí que, cuando su cooperación es necesaria para el pleno resultado útil de la prestación, el deudor debe esta cooperación. Esta idea conduce a una ampliación o a un ensanchamiento de la situación de deuda o, si se prefiere, a una integración del deber estricto de prestación mediante una serie de deberes accesorios, esto es, lo que los alemanes han llamado *Nebenpflichten* o *Nebenleistungspflichten* (15).

Un análisis y una sistematización de los deberes accesorios del deudor es tarea sobremanera difícil, pero conviene, al menos, dejarla esbozada.

a) Atendiendo a su origen o fundamento, los deberes accesorios pueden ser legales, convencionales, usuales o impuestos por la buena fe.

1.<sup>o</sup> Existen, en primer lugar, deberes accesorios de origen legal, es decir, impuestos directamente por la ley. El obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia (art. 1.094 C. c.). El vendedor de un caballo de carreras, p. ej., debe alimentar al animal, llamar al veterinario si presenta síntomas de enfermedad y continuar entrenándole.

2.<sup>o</sup> Existen, en segundo lugar, deberes accesorios de origen convencional, cuando las partes los han estipulado de una manera expresa. El vendedor de un vehículo destinado al servicio público debe entregar al comprador el vehículo prometido, pero debe proporcionarle también la documentación administrativa necesaria para su circulación.

3.<sup>o</sup> Hay, además, deberes usuales o consuetudinarios, originados por el uso de los negocios, en virtud del imperio del artículo 1.258 (16).

(14) Naturalmente, en esta exposición se parte de la idea de que cada vínculo jurídico —correlación de crédito y deuda— recae sobre una única prestación. Si coincidieran varias prestaciones, coexistirían, respecto de cada una de ellas, varios vínculos jurídicos.

(15) Cfr. SIEBERT, en SOERGEL, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, tomo I, Stuttgart, 1959, pág. 829 y sigs.; ESSER, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Karlsruhe, 1949.

(16) Sobre la idea del “uso de los negocios”, CASTRO, *op. y loc. cit.*, página 393 y sigs.

El vendedor de una mercancía debe entregarla embalada de una determinada manera si el uso del lugar lo impone así.

4.º Existen, finalmente, deberes accesorios derivados de la buena fe, que era, según vimos, una fuente de creación de deberes especiales de conducta (17). El vendedor de una máquina compleja debe proceder a su instalación y proporcionar al comprador las instrucciones e informes que convengan a su mejor manejo. El concedente de una licencia de explotación de un invento patentado debe suministrar al concesionario todos los datos que necesite para utilizar la invención.

b) Atendiendo a su finalidad, estos deberes de cooperación del deudor al resultado de la prestación tienen un diferente cariz según que sean estrictamente necesarios para que la prestación sea útil al acreedor o que se trate de lo que podrían denominarse deberes de esmero en la realización de la prestación. Hay algún ejemplo sobremanera gráfico, en la literatura y en la jurisprudencia alemana, de esto que podríamos llamar el deber de esmero del deudor. SIEBERT (18) cita el siguiente ejemplo, tomado de la jurisprudencia: si el inquilino de una casa de campo es ciego y necesita valerse de la ayuda de un perro, el arrendor, que lo sabe, está obligado, en virtud de la buena fe, a proporcionar un lugar adecuado para el albergue del perro, aunque en el contrato no se haya establecido nada sobre este punto (19).

c) Desde el punto de vista de su alcance objetivo, estos deberes de cooperación del deudor al resultado de la prestación, son diferentes según que tengan entidad suficiente para constituir ellos mismos una nueva prestación, a la cual cabe llamar, en sentido estricto, "prestación accesoria", o que se integren dentro de la prestación principal de la cual constituyen únicamente una ampliación o un ensanchamiento.

d) Atendiendo al momento en que estos deberes accesorios se producen, pueden distinguirse unos deberes previos o preliminares, que preparan la ejecución de la prestación debida (v. gr., la guarda y conservación de la cosa que se debe entregar, el aviso de remisión al destinatario para que se presente a recogerla, etc.), deberes coetáneos con la prestación misma, que es el caso de ese ensanchamiento o de esa ampliación, de que antes hablaba, y, finalmente, deberes posteriores o deberes de liquidación. La buena fe, por ejemplo, exige que, según las circunstancias, los contratantes omitan, después de la extinción de la relación obligatoria, toda conducta mediante la cual la otra parte pueda verse despojada de las ventajas obtenidas. El vendedor de una empresa está, por ejemplo, obligado a no hacer competencia al comprador.

Todas estas distinciones, que hemos tratado de ir estableciendo, no

(17) Sobre la buena fe como fuente de creación de deberes especial, vid. supra nota 9.

(18) *Op. y loc. cit.*, pág. 827.

(19) Sobre el caso del ejemplo, vid. *Niedersächsische Rechtspflege*, 1951, página 49 (cita de SIEBERT).

son puramente académicas, sino que tienen una evidente proyección y una evidente trascendencia en el orden práctico.

La infracción del deber principal o deber central de prestación entraña siempre un fenómeno de "incumplimiento" en sentido técnico. En cambio, la omisión total de los deberes accesorios no origina un verdadero y propio incumplimiento, sino solamente un "cumplimiento defectuoso", cuyas consecuencias y cuyo régimen jurídico son netamente distintos.

Las diferencias son muy notables también desde el punto de vista de la exigibilidad. Es evidente que, tratándose del deber principal, el acreedor está facultado para exigirlo plena y totalmente. Los deberes accesorios admiten, en cambio, alguna matización y alguna graduación en este punto. Existen deberes accesorios respecto de los cuales el acreedor se encuentra facultado para exigirlos plenamente y con separación de la prestación principal, como es el caso de lo que antes llamábamos prestaciones accesorias autónomas. Existen otros deberes, sin embargo, que el acreedor puede exigir siempre que lo haga conjuntamente con el deber principal. Hay, finalmente, deberes accesorios que en sí mismos son inexigibles, pero cuya falta de cumplimiento puede determinar consecuencias de otra índole (v. gr., resarcimiento, reducción de la contraprestación, etc.).

Al lado de los deberes que hemos examinado, es decir, el deber central de prestación y los deberes de cooperación del deudor al pleno resultado útil de la misma, la situación de deuda comporta todavía una serie de deberes, que no guardan ya una conexión directa con la prestación, sino que derivan del hecho de que entre las partes se ha establecido una relación jurídica, que es, ante todo y sobre todo, una relación vital, es decir, lo que los alemanes llaman un "contacto social" (20). Pues bien, por el hecho de haberse relacionado, por el hecho de haberse establecido este contacto social, las partes deben, una frente a otra, aquella conducta que la conciencia social en cada caso exige: consideración, respeto, ayuda, lealtad, etc. Estos deberes son especialmente importantes en las relaciones obligatorias duraderas (trabajo, sociedad, arrendamiento, etc.), pero se presentan también en las relaciones momentáneas o pasajeras. Algun ejemplo puede contribuir a aclarar la idea de esto que pueden llamarse deberes de consideración en la relación obligatoria.

El trabajador no es solamente deudor de su trabajo, sino que es también deudor de respeto y de consideración hacia el empresario y, del mismo modo, éste no es sólo deudor del salario, sino también de respeto y consideración hacia la persona que le presta su trabajo. En la infracción de este deber tiene su origen y su raíz toda la teoría de las faltas laborales (faltas de aseo, embriaguez, riñas y pendencias, malos tratos de palabra, etc.), que recoge y sanciona el artículo 77 LCT.

El socio no es deudor únicamente de su aportación económica o

(20) SIEBERT, en *op. y loc. cit.*, pág. 834 y sigs.

de su aportación de trabajo, sino que tiene un deber de lealtad hacia sus consocios, que a veces aflora en las normas legales.

Como puede verse, se trata de deberes acaso no demasiado homogéneos en cuanto a su contenido, pero inspirados en una fundamental directriz: lealtad y consideración entre las partes de la relación obligatoria. La sanción por la infracción de estos deberes tampoco es homogénea: en unas ocasiones determinan una justa causa de ruptura, rescisión o denuncia de la relación obligatoria; en otras, un deber de indemnizar daños y perjuicios.

La situación de deuda no consiste sólo en una porción de deberes jurídicos que pesan sobre el deudor. El deudor, en cuanto tal deudor, es también titular de una serie de facultades, a través de las cuales el ordenamiento jurídico le permite y le facilita la tutela y la defensa de sus intereses. Crédito y deuda no son exactamente, como hemos tratado de demostrar, derecho subjetivo y deber jurídico, sino dos complejas situaciones de intereses. ¿Cuáles son estas facultades del deudor, de que estamos hablando?

En primer lugar, no cabe duda de que el deudor, en cuanto tal, posee una facultad de liberarse de su deuda. El acreedor no sólo no puede lícitamente impedir esta liberación, sino que pesa sobre él, como ya hemos visto, la carga de colaborar para que esta liberación se haga posible. El Derecho objetivo arbitra los medios necesarios para que esta liberación del deudor sea posible no obstante la oposición o la falta de colaboración del acreedor. Si el deudor de una prestación de dar quiere cumplir, pero el acreedor rechaza sin una justa causa la recepción de la prestación, el deudor puede liberarse acudiendo al mecanismo de un ofrecimiento formal de pago seguido de la consignación judicial de lo debido (arts. 1.176 y 1.180 C. c.). Mayores dificultades suscita el caso tratándose de una prestación de hacer, pues carecemos en nuestro Derecho positivo de una norma expresa que lo contemple. No obstante la laguna, parece necesario admitir que frente al acto del acreedor que rehusa injustamente la prestación de hacer que se le ofrece o frente a la inercia del acreedor, el deudor ha de estar en condiciones de hacer patente su voluntad de cumplir, de poner en juego las consecuencias de la "mora creditoris" y, finalmente de liberarse del vínculo.

Además de la facultad de liberarse, el deudor posee la facultad de enervar toda pretensión extralimitada o abusiva de su acreedor (por ejemplo, deuda no vencida, prescrita, compensada, etc.). Es la que suele denominarse facultad de oponer excepciones, a que alude esporádicamente nuestro Código civil (p. ej., arts. 1.148, 1.853, etc.).

El deudor posee, en tercer lugar, la facultad de hacer valer una limitación de su responsabilidad en todos aquellos casos en que esta posibilidad le haya sido concedida (p. ej., inembargabilidad de determinados bienes, etc.).

El deudor es titular también de determinadas facultades que contemplan un normal desarrollo de la relación obligatoria: p. ej., facul-

tad de determinar la prestación, como en el caso de la elección en la obligación alternativa o la especificación en la deuda de género; la facultad de anticipar la prestación cuando el plazo se estableció en su exclusivo beneficio; la de reclamar un descuento cuando pagó anticipadamente ignorando la existencia del plazo; la de repetir lo pagado pendiente la condición; la de imputar el pago a una deuda cuando existan varias; la de pagar parcialmente cuando lo admitan el contrato o la ley.

Finalmente, todo deudor posee la facultad que podríamos llamar de colectivizar a sus acreedores, deteniendo y agrupando las ejecuciones singulares y proponiendo un convenio (cesión de bienes; quita y espera; suspensión de pagos).

# ESTUDIOS LEGISLATIVOS

## Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho español

JOSE MARIA CASTAN VAZQUEZ

De la Carrera Fiscal

*Al profesor Fueyo Laneri*

SUMARIO: I. Propósito de estas notas.—II. La sucesión contractual en el Código civil: 1. Principio prohibitivo. 2. Excepciones. 3. Posición doctrinal frente al futuro. III. La sucesión contractual en los Derechos forales: 1. Posición general de las legislaciones forales ante la sucesión contractual. 2. Vida legal y real de los pactos sucesorios en las diversas regiones: A) Aragón; B) Vizcaya; C) Cataluña; D) Baleares; E) Galicia; F) Navarra.—IV. Conclusión.

### I. PROPOSITO DE ESTAS NOTAS

La llamada sucesión contractual —es decir, la que procede no de la ley, ni de la voluntad unilateral del causante, sino de la voluntad de éste concordada con otras voluntades por el cauce de la convención— sigue siendo en España, como en otros países, un problema de política legislativa. Nuestro Código civil, inspirado en el viejo criterio de hostilidad hacia los pactos sucesorios, tantas veces calificados de inmorales y peligrosos, se alineó entre las legislaciones que descartan la sucesión contractual, entendiendo que la sucesión sólo puede deferirse por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley. Sin embargo, los Derechos de las regiones forales españolas han admitido históricamente con cierta amplitud la sucesión contractual; y las Compilaciones que en los últimos años se vienen promulgando para dichas regiones, van dando cabida legal y hasta regulación detallada a los más típicos pactos sucesorios en ellas conocidos. Esto inclina a pensar que el estudio de la sucesión contractual es hoy de considerable interés en nuestra patria.

La doctrina española, empero, en contraste con las de otros países donde han aparecido estudios recientes acerca de los pactos sucesorios, no se ocupa demasiado del tema. A comienzos del siglo, ciertamente, se le dedicaron algunas monografías estimables. En el año 1900, en efecto, el claustro de la Facultad de Derecho de la Universidad Central convocó un concurso para honrar la memoria de don Augusto Comas, con el tema “¿es aplicable la forma jurídica del contrato a

todas las instituciones de la sucesión mortis causa?”, que dio ocasión a que se premiaran y publicaran dos interesantes libros. Uno, original de don José Castillejo (1), constituye una apología de la sucesión contractual; en él se insiste en la superioridad del contrato sucesorio frente al testamento y se advierte que no cabe discutir sobre si el contrato es aplicable a la sucesión, ya que esta aplicación es un hecho. El otro libro, debido a don Enrique García Herreros y prologado por don Rafael de Ureña (2), contiene incluso un proyecto de regulación de esta materia, inspirado en un criterio permisivo.

Con posterioridad se han publicado también algunos interesantes aunque en general breves trabajos de revista consagrados a la sucesión contractual, como el de Martín-Retortillo (3), el de Gas (4) y el reciente de Martín Ballesteros (5), a los que luego habré de referirme, así como varios estudios sobre pactos sucesorios en las regiones forales (estudios en su mayoría anteriores a las Compilaciones), que asimismo más adelante citaré. Pero el número de tales trabajos es en conjunto inferior al que cuentan hoy otros temas del Derecho de sucesiones; y como las obras generales de Derecho civil tratan brevemente esta materia o la silencian del todo por no estar admitida la sucesión contractual en el Código civil, la institución dispone en nuestra patria de una bibliografía menor que otras instituciones del Derecho sucesorio, enriquecidas en los últimos años con muchos y valiosos trabajos.

No intento por mi parte ofrecer aquí el amplio estudio actual de conjunto que la institución merece. No voy a estudiar el concepto ni los tipos históricos o actuales de pactos sucesorios, que han sido ya expuestos con mayor o menos extensión en los trabajos aludidos. Tampoco voy a referirme a la admisión de la sucesión contractual en el derecho comparado, que en otra ocasión Dios mediante abordaré. Las presentes notas tienen por único y modesto objeto contrastar el Código civil y las legislaciones forales (en el estado actual de éstas, tras la promulgación de cuatro Compilaciones), con el deseo de avanzar alguna observación sobre la legalidad e incluso la realidad de los pactos sucesorios en el actual Derecho español.

(1) J. CASTILLEJO Y DUARTE, *La forma contractual en el Derecho de sucesión*, Imprenta de los Hijos de M. G. Hernández, Madrid, 1902.

(2) E. GARCÍA HERREROS, *La sucesión contractual*, Imprenta de los Hijos de M. G. Hernández, Madrid, 1902. Años después se publicó la tesis de MARTÍNEZ RIOBOO, *La sucesión contractual*, Granada, 1909.

(3) C. MARTÍN-RETORTILLO, *Breves consideraciones sobre la sucesión contractual*, en “Revista General de Legislación y Jurisprudencia”, t. 143, 1923, páginas 210-248 y 336-367.

(4) F. J. GAS, *Pactos sucesorios*, en “Revista Jurídica de Cataluña”, 1953, págs. 314-323.

(5) L. MARTÍN-BALLESTEROS Y COSTEA, *El Código civil y la sucesión contractual*, Zaragoza, 1963.

## II. LA SUCESIÓN CONTRACTUAL EN EL CÓDIGO CIVIL

1. *Principio prohibitivo*

El Código español, como los demás Códigos de la familia latina, parece haber querido descartar la sucesión contractual (6). Así se infiere, según ha destacado la doctrina, del artículo 658, que no menciona aquella entre las especies de sucesión admitidas (7); del 991, según el cuál nadie podrá aceptar ni renunciar la herencia sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar; del 1.271, que dispone en su párrafo 2.<sup>º</sup> que sobre la herencia futura no podrán celebrarse otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal conforme el artículo 1.056; y del 1.674, que declara que no pueden comprenderse en la sociedad universal los bienes que los socios adquieran con posterioridad al contrato por herencia, legado o donación.

De estos preceptos, el más expresivo, general y directo es el artículo 1.271. Su sentido es bastante claro; como dice la sentencia de 3 de marzo de 1902, este artículo, "en términos absolutos y sin expresar que sea propia o ajena la herencia, prohíbe celebrar sobre la futura otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal, conforme al artículo 1.056". Ahora bien, de modo parecido a lo que ha ocurrido en Francia (8), las dificultades han surgido al tener que enfrentarse los tribunales, más que con contratos descarados sobre herencia futura, con cláusulas particulares dudosas, que si por un lado parecían contradecir el sentido del artículo 1.271, por otro daban impresión de no revestir carácter inmoral. Por ello la jurisprudencia ha tenido que ir estudiando diversas cláusulas concretas para decidir si están incluidas o no en la prohibición.

Así, el Supremo ha declarado que constituye un pacto sobre la herencia futura prohibido "la promesa que el demandado hizo al recurrente de nombrarle heredero en propiedad, no sólo de los bienes de su esposa, sino también de los propios y particulares de dicho causante" (sent. 16 de noviembre 1932). En cambio, ha entendido que la prohibición del 1.271 no es aplicable al contrato por el que se obliga uno de los contratantes a instituir heredero a tercera persona en ciertos bienes heredados antes por él (sent. 8 de octubre de 1915) (9); ni "al pacto por el cuál los compradores de una finca convienen que el que ellos sobreviva adquiera la mitad de dicha finca correspondien-

(6) Una crítica al Proyecto de 1851 y al propio Código por haber seguido el criterio romano en esta materia, puede verse en MARTÍN-RETORTILLO, ob. cit., págs. 351-354.

(7) El Prof. MARTÍN-BALLESTERO, a la vista de los artículos 658 y 737 del Código civil, afirma que ahí están los dos principales e insuperables obstáculos para la admisión de la sucesión contractual (ob. cit., pág. 44).

(8) Cf. el *Traité de PLANIOL-RIPERT*, t. IV, 2.<sup>ª</sup> ed., pág. 44.

(9) Critica esta sentencia J. L. LACRUZ BERDEJO en sus notas al *Derecho de sucesiones*, de BINDER, Ed. Labor, 1953, pág. 128.

te al premuerto, en términos que el sobreviviente quede dueño de la totalidad" (sent. 19 de mayo de 1917). Igualmente entendió que la constitución en documento privado de una sociedad civil para la explotación de fabricaciones de harinas entre un padre y sus hijos, estableciendo su régimen para después de la muerte del padre, pero reconociendo éste que eran de sus hijos en nuda propiedad las fábricas, no es pacto sobre bienes futuros (sent. 10 de marzo de 1949, que por cierto coincide con algunas sentencias de la Corte de Casación francesa). Más recientemente ha declarado también el Supremo que el párrafo 2.º del artículo 1.271 no impide que el dueño de los bienes disponga de ellos a los efectos de su explotación en la forma que estime conveniente a sus intereses, siendo claro que el creador de una empresa mercantil tenga interés en que perdure en forma de regular colectiva de carácter normalmente familiar, integrándola con sus hijos, herederos de su cónyuge y copartícipe de los bienes, si éstos muestran su conformidad con el contrato de sociedad y en él intervienen como contratantes (sent. de 12 de diciembre de 1958).

Declaración jurisprudencial interesante en relación con los artículos 1.271 y 1.056 es la sentencia de 29 de octubre de 1960. El hecho contemplado se centraba en unos instrumentos públicos otorgados por dos cónyuges con asistencia de sus hijos y destinatarios de bienes, por virtud de los cuales les eran transmitidos bienes, inmuebles e instalaciones industriales, alegando los cónyuges cedentes que lo hacían en pago de derechos sucesorios y al amparo de lo facultado en el artículo 1.056; en uno de los instrumentos, que contenía cesiones, parte en pleno dominio, parte en nuda propiedad, padres e hijos aportaban lo recibido y reservado para constituir una sociedad mercantil de responsabilidad limitada. La sentencia declaró que toda participación en la que se produzca una sucesión infranqueable de los bienes constitutivos de la herencia, incompatible con la revocabilidad de los actos particionales, o en la que se celebren contratos o se creen situaciones impedientes de la revocabilidad consustancial de las disposiciones testamentarias, vinculando a los testadores, que no podrán por ello modificarlas, han de reputarse nulas, como prohibidas por el artículo 1.271, sin que tales actos puedan tener eficacia jurídica porque se acomoden a disposiciones testamentarias preexistentes, por cuanto, si éstas tienden a hacer posible la irrevocabilidad, se tendrán por no puestas, conforme preceptúa el artículo 737 y por ello incapaces para legitimar el acto que tal consecuencia produjere.

## 2. *Excepciones*

Si el criterio general del Código civil es contrario a la sucesión contractual, no faltan en el propio cuerpo legal preceptos en los que se autorizan diversos pactos sucesorios en particular. Así ocurre por lo menos con los artículos 174, 1.331, 826 y 827.

El artículo 174, en primer lugar, contiene una importante excepción al principio prohibitivo. Ya antes de su reforma la doctrina (Martín-Retortillo, Ortega Lorca, Piñar, Vallet de Goytisolo, Roca Sastre,

Cámara), había entendido que el pacto que confiere al hijo adoptivo derechos hereditarios era un auténtico contrato sucesorio, y la jurisprudencia, en sentencia de 30 de mayo de 1951, se había inclinado a la misma calificación. Después de la reforma del artículo en 1958, parece confirmado ese criterio por el mismo legislador, tanto por emplear la palabra "pacto sucesorio" en el texto legal como por aludir a ello en el preámbulo de la ley de reforma. Comentando este artículo, el profesor Bonet Ramón ha podido decir recientemente que se trata de "una autorizada sucesión contractual" (10).

El artículo 1.331, al admitir que uno de los desposados disponga en las capitulaciones matrimoniales de sus bienes futuros para caso de muerte en favor del otro, prevé, en opinión de varios autores (11), un verdadero contrato sucesorio.

El artículo 826, que autoriza las promesas de mejorar y no mejorar en capitulaciones, constituye también, según la doctrina, una excepción al principio prohibitivo del contrato sucesorio (12). La misma excepción ven algunos en el artículo 827, que admite la irrevocabilidad de las mejoras hechas por capitulaciones o por contrato oneroso con tercero (13), si bien varios autores creen que lo que implica este artículo es una donación *mortis causa* (14).

Aparte de los preceptos citados, hay otros dispersos por el articulado del Código civil que podrían parecer contener pactos sucesorios (15). Así, los artículos 641, 831, 1.056, 1.057, 1.036 y 1.315. No voy a referirme, sin embargo, a estos casos, en cada uno de los cuáles ha sido discutido si se trata de contrato sucesorio verdadero.

Fuera del Código civil, se puede recordar que el artículo 14 de la Ley hipotecaria admite el contrato sucesorio como título de la sucesión hereditaria a los efectos del Registro.

### 3. Posición doctrinal frente al futuro.

El criterio prohibitivo que el Código civil adopta, en principio, ante la sucesión contractual ¿debe subsistir en caso de una reforma de dicho cuerpo legal? Los autores que en España han estudiado monográficamente el problema de los pactos sucesorios, suelen ver con simpatía la sucesión contractual y propugnan, en consecuencia, su admisión en el Código civil.

(10) F. BONET RAMÓN, *Código civil comentado*, Ed. Aguilar, Madrid, 1962, pág. 221.

(11) Así, R. M. ROCA SASTRE, en sus notas al *Derecho de sucesiones* de T. KIPP, vol. II, Ed. Bosch, Barcelona, 1951, págs. 210-211; LACRUZ, ob. cit., pág. 128. Ver también MARTÍN-RETORTILLO, ob. cit., pág. 360.

(12) Así, ROCA SASTRE, ob. cit., pág. 211; LACRUZ, ob. cit., pág. 127.

(13) Así, ROCA SASTRE, ob. cit., pág. 212.

(14) Ver los cits. por R. R. GENSOLOÍN, *Las donaciones "mortis causa"*, Col. Nereo, Barcelona, 1962, pág. 143; Gensolín, por su parte, distingue: si se trata de mejora hecha por capitulaciones matrimoniales, lo normal será que se trate de una donación *mortis causa*; pero si se trata de mejora hecha por contrato oneroso celebrado con un tercero, nos encontramos en principio ante un contrato sucesorio (pág. 144).

(15) Ver GAS, ob. cit., págs. 320-321.

Tal simpatía se observa también en alguno de los autores que en obras de carácter general se ocupan de aquel problema. Así, Puig Peña pondera las ventajas que en la actualidad pueden ofrecer los pactos sucesorios, las cuáles "hacen que no se deba nunca pensar en la cancelación del sistema de sucesión paccionada" (16).

En igual línea se sitúan ciertos autores que, en trabajos de revisas, han abordado en los últimos años el tema. Así, Gas afirma que "en una futura revisión del Código civil, los pactos sucesorios en las condiciones de amplio desenvolvimiento que se dan en algunas regiones forales y con más extensión que en ninguna en Cataluña, han de ser llevados al Derecho común y a nuestra ley sustantiva fundamental con una regulación amplia que permita, con las naturales reservas, su desarrollo más completo como se tiende a dar en todos los régimenes europeos, sobre todo, en aquellos de raíz preponderantemente germánica" (17). Y el profesor Martín-Ballester concluye su reciente estudio observando que, frente la floración de la sucesión contractual en las legislaciones forales, "las excepciones o resquicios del Código civil, confirmadoras de su extraño recelo a lo foral, son pobres, casi nulos; aunque no tanto como para no poder ver *en cualquier contrato post mortem*, no sólo en la donación, una posibilidad de sucesión hereditaria de carácter contractual, aunque singular e irrevocable"; y que "quizá una revisión de nuestro Código, o el anunciado Código civil comprensivo de los Derechos forales, entre sus primeras rectificaciones lleve la admisión de la sucesión contractual" (18).

La posición de este sector doctrinal no deja de tener fundamento. Antes hemos podido observar cómo la prohibición del párrafo 2.º del artículo 1.271 coloca a veces a los tribunales ante el dilema de eludirla o destruir situaciones que no tienen carácter inmoral. Lo que realmente inclina a pensar si no sería conveniente en una futura reforma del Código civil, mitigar el rigor de la prohibición, mediante alguna fórmula a cuyo amparo fueran admisibles, si no todos, al menos algunos pactos especialmente merecedores de amparo (19). Tanto más cuanto que, en contraste con la hostilidad del Código hacia la sucesión contractual, las legislaciones forales —y concretamente las nuevas Compilaciones— la permiten con amplitud.

(16) F. PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, t. V, vol. I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pág. 616.

(17) GAS, ob. cit., pág. 323.

(18) MARTÍN-BALLESTERO, ob. cit., págs. 48-49.

(19) Es de notar que en Francia los proyectos de reforma distinguen entre los pactos de sucesión de otro, sancionados con nulidad por ser los más peligrosos, y los otros pactos, que se van tomando en consideración; y algún autor como DONNIER ha propugnado conservar la prohibición de los pactos de renuncia y de los pactos sobre sucesión de otro, pero suavizar la prohibición de los pactos sobre propia sucesión, admitiendo aquellos en que nazca un derecho entre vivos susceptible de producir un efecto inmediato (*Rivue Trimestrielle de Droit Civil*, 1956, pág. 653).

## III. LA SUCESIÓN CONTRACTUAL EN LOS DERECHOS FORALES

1. *Posición general de las legislaciones forales ante la sucesión contractual*

Es hecho bien conocido que en nuestros Derechos forales ha sido secularmente acogida la sucesión contractual. Hay, en efecto, determinados tipos de contratos sucesorios, los heredamientos, que se impusieron por la costumbre y se practican, con notables analogías, principalmente en Cataluña, Baleares, Aragón y Navarra. Los heredamientos, en las economías rurales de esas regiones, obedecen por lo general —como dice Lacruz— al deseo de mantener unido el patrimonio de la familia y a la necesidad de obtener un colaborador cuando el jefe de dicha familia envejece. La forma de asegurarse la colaboración de uno de los hijos es garantizarle para el futuro, precisamente con ocasión de contraer matrimonio y en capitulaciones matrimoniales, la titularidad de los bienes a cuya conservación y aumento va a ayudar. Ello tiene lugar mediante la institución contractual, sea con estas palabras, sea llamándola donación universal de bienes presentes y futuros para después de la muerte del donante. En relación con ella se otorgan pactos diversos, ya sea para regular la ulterior relación entre el instituyente y el instituído y su cónyuge, ya sea para concretar los derechos sucesorios de los hermanos del heredero, ya sea para determinar el destino del patrimonio familiar por la reversión o por la vinculación, etc. (20). Basta lo recogido para resaltar el interés de la sucesión contractual en esas regiones, sin hablar de ciertas modalidades de la donación y de pactos sobre sucesión futura que allí también se practican y que es dudoso que constituyan verdadero contrato sucesorio.

En el Derecho histórico de las regiones forales, los pactos sucesorios se rrigieron por fueros o por la costumbre. El Apéndice de Aragón los admitió con amplitud y, más recientemente, las Compilaciones ya promulgadas han venido a regularlos con minuciosidad. Ello puede hacer pensar que la sucesión contractual, tan mal vista en el Código civil, viene avanzando hoy en España. Pero creo que aquí debemos también preguntarnos si ese reconocimiento entusiasta por parte de las Compilaciones va acompañado, de verdad, de una vida pujante del contrato sucesorio en esas regiones. Para indagarlo, después de indicar las normas vigentes hoy en cada región sobre sucesión contractual, transcribiré algunos datos recientes de la estadística notarial que pueden ser indicio de una vida decreciente de la institución.

2. *Vida legal y real de los pactos sucesorios en las diversas regiones.*

A) *Aragón*: Son bastante conocidas unas palabras que escribió Gil Berges en su Exposición de Motivos del Proyecto de Apéndice de 1904, afirmando que en toda la provincia de Huesca y en los partidos confinantes de la de Zaragoza, lo normal, lo corriente, lo que a

(20) LACRUZ, ob. cit., pág. 130.

diario se practica desde hace más de cinco siglos es la regulación contractual de las sucesiones; hasta el punto de que las capitulaciones matrimoniales otorgadas en ese sentido están, en relación con los testamentos, en la proporción de 100 a 5 (21). Luego veremos si esto sigue siendo verdad.

La práctica de la sucesión contractual se ha considerado así muy clara en el Alto Aragón y más dudosa en el resto (22). Sin embargo, ante la cuestión de si fuera de Huesca y parte montañosa de Zaragoza es válida la institución contractual, se entendió que sí; a este respecto, Isábal alegaba el principio *standum est chartae*. Y, más recientemente, el Sr. Albareda ha defendido la sucesión contractual mientras no se demuestre que es contraria al Derecho natural (23). El pacto de más abolengo en Aragón ha sido seguramente el heredamiento universal pactado en capitulaciones matrimoniales: los contrayentes pactan que un hijo o hija del matrimonio será heredero universal de la casa y bienes de entrumbos (24).

El Apéndice, respetuoso con la tradición, acogió con bastante amplitud la sucesión contractual. El artículo 34, en efecto, admitió con carácter general la posibilidad de aquélla al preceptuar que, para que tenga lugar la sucesión legítima, se necesita que la sucesión del causante no esté ordenada tampoco por contrato y señaladamente por capitulación matrimonial. Por otro lado, el artículo 58 admite que la sucesión de los cónyuges y de su descendencia sea ordenada por pactos o capitulaciones, y el artículo 60 alude a varios pactos que suponen sucesión contractual.

Dado que la revisión del Apéndice está en marcha, se ha planteado el problema de la actitud que adoptará el futuro cuerpo legal aragonés ante la sucesión contractual (25). El Anteproyecto de Compilación del Derecho civil de Aragón, redactado por la Comisión de jurisconsultos nombrada por el Ministerio de Justicia, dedica un capítulo entero (arts. 59 a 69), dentro del título de las sucesiones, a la sucesión contractual. Allí se dispone que los pactos sobre sucesión futura otorgados por la persona de cuya sucesión se trate, son válidos y vinculan a los otorgantes con tal de que consten en escritura pública (art. 55). Los

(21) Recogidas en J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil*, 5.<sup>a</sup> ed., t. IV, pág. 678.

(22) CASTÁN TOBEÑAS, lug. cit. en nota anterior.

(23) M. ALBAREDA Y HERRERA, *Algunas instituciones de Derecho aragonés y navarro*, en "Anuario de Derecho Aragonés", t. VI, 1951-52, pág. 58.

(24) Ver el estudio de M. ALONSO Y LAMBÁN, *La fiducia sucesoria aragonesa*, Zaragoza, 1962, y la bibliografía allí citada.

(25) En las Jornadas de Derecho Aragonés celebradas en Zaragoza en 1961 versó uno de los temas sobre sucesión contractual, actuando de Ponente D. José Luis Lacruz Berdejo y planteándose estos interrogantes: 1.<sup>o</sup> ¿Se debe regular la sucesión contractual en la futura compilación? 2.<sup>o</sup> ¿Debe regularse solamente el heredamiento, o, en abstracto, el pacto sucesorio? 3.<sup>o</sup> ¿Deben establecerse los capítulos matrimoniales como única forma para el pacto sucesorio o han de permitirse otras? 4.<sup>o</sup> ¿Qué capacidad debe tener para el contrato sucesorio?; y 5.<sup>o</sup> ¿Qué eficacia debe tener el pacto sucesorio? (*Jornadas de Derecho Aragonés*, Gráficas Iris, Zaragoza, 1961, págs. 36-37).

requisitos y efectos del contrato sucesorio son ampliamente regulados en el referido capítulo, donde se preceptúa también que las cláusulas del contrato sucesorio se interpreten según la costumbre (art. 59) y se declaran aplicables subsidiariamente a los pactos sucesorios las disposiciones sobre los contratos y sobre los testamentos (art. 65).

¿Tiene hoy la sucesión contractual una vida intensa en la práctica aragonesa? Teniendo en cuenta que aquélla se ordena regularmente en capitulaciones matrimoniales, podremos acaso hallar una respuesta bastante orientadora en los datos de estadística notarial contenidos en el Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Y esa respuesta parece ser negativa, porque, según el último Anuario editado, correspondiente a 1962, en ese año se otorgaron en el Colegio de Zaragoza 3.269 testamentos, frente a solas 224 capitulaciones (26). De esas capitulaciones correspondían 10 a Teruel (donde por tanto son casi inexistentes), 71 a Zaragoza (casi todos ellos de la capital) y 143 a Huesca. Es, pues, en Huesca donde en efecto tiene considerable vida la institución, pero aun allí hay que notar que, frente a los 143 capítulos matrimoniales, se otorgaron 645 testamentos. Parece, por tanto, que la realidad actual es distinta de aquella que antaño describía Gil Berges en sus célebres palabras que arriba he recogido.

B) *Vizcaya*: Menos importancia tiene seguramente en Vizcaya la sucesión contractual. No obstante, las leyes del Fuero (27) admitían la libertad de disponer de los bienes, en el sentido de facultad de elección (limitada en los hijos o en sus descendientes, en los ascendientes y en los tronqueros), tanto por actos *mortis causa* como *intervivos*. Dice Areitio y Mendiolea que en Vizcaya la elección de heredero se hace realmente en las capitulaciones matrimoniales de aquel a quien los padres consideran más conveniente para conservar la herencia (28). Por otra parte, la ley 1.<sup>a</sup> del título 21 autorizaba el testamento de hermandad entre cónyuges, no en beneficio recíproco, sino de un tercero, con la particularidad de que si uno de los testadores fallecía dentro del término de año y día, el testamento era irrevocable. Como decía Jado, "la muerte de uno ha venido a confirmar el concierto de la voluntad de ambos y el sobreviviente no puede quebrantar ese concierto, no puede alterar en nada el testamento, ni vender ni disponer en modo alguno de los bienes en el testamento comprendidos, bienes que ni aun por las deudas que contrajere el sobreviviente pueden ser ejecutados" (29).

En la actualidad, la Compilación de Derecho civil foral de Vizcaya y Alava de 30 de julio de 1959 ha suprimido el testamento de mancomún, pero, en cambio, subsiste la facultad de instituir heredero por acto *intervivos*. El artículo 30 dice que "cuando la sucesión se refiera

(26) El año anterior, 1961, según el correspondiente Anuario, los testamentos habían sido 3.184, frente a 258 capítulos matrimoniales, lo que denota descenso de éstos en el último año.

(27) Leyes 11 y 13 del tít. 20 y 6.<sup>a</sup> del tít. 21.

(28) *Derecho civil de Vizcaya*, en *Nueva Encyclopédia Jurídica*, t. I, pág. 330.

(29) *Derecho civil de Vizcaya*, Bilbao, 1900, pág. 303.

en capitulaciones matrimoniales o escritura de dote o donación, el apartamiento deberá hacerse en la forma establecida en el artículo 23", precepto este último que regula la distribución que el testador puede hacer de la herencia forzosa, con la facultad de excluir a los herederos forzados que deseé, dentro de cada una de las líneas.

¿Qué vitalidad tiene la sucesión contractual en la realidad práctica de Vizcaya? Si consultamos, como respecto de Aragón, el Anuario de la Dirección de los Registros de 1962, observaremos que en ese año se han otorgado en la provincia de Vizcaya (Colegio de Burgos) tan sólo 52 capitulaciones matrimoniales, frente a 4.118 testamentos (30). Lo que denota una escasa vida de la institución.

C) *Cataluña*: En Cataluña la sucesión contractual tiene de antiguo manifestación en los heredamientos, que, aunque susceptibles de muchas formas, siempre son en el fondo un acto en el que dos o más personas regulan la transmisión de un patrimonio nombrando un heredero que ha de recoger la herencia de uno de los contratantes (31). Los heredamientos han dado lugar a muchas discusiones doctrinales, no sólo sobre su naturaleza jurídica (punto en que prevalece la opinión de que se trata de una institución de heredero contractual), sino también sobre su utilidad y conveniencia.

El hecho es, sin embargo, que, al redactarse la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña de 21 de julio de 1960, los heredamientos han ingresado en ella con todos los honores, al ser objeto de todo un título, comprensivo de los artículos 63 a 96. Las razones que han movido al legislador quedaron explicadas por la voz de D. José María de Porciones en su discurso ante las Cortes Españolas en defensa del proyecto de la Compilación. La institución del heredamiento —afirmaba— es "fundamento de las capitulaciones y arco clave que sostiene toda la organización familiar rural catalana". "Si por exigencias de la vida moderna —añadía— ha perdido la extensión y vitalidad que había alcanzado, no por ello ha sufrido su importancia jurídica ni su beneficiosa repercusión moral y económica. No ostenta hoy el rango de costumbre general, pero conserva su arraigo y su pureza en las comarcas rurales, y ahora como antaño es idóneo en aquellos matrimonios que por sus menguadas posibilidades sólo pueden sobrevivir mediante la personal y efectiva colaboración del hijo, que, adscribiéndose a la casa, ha de continuarla y mejorarla a través del tiempo" (32).

Sobre esa idea la Compilación ha regulado con detalle las diversas formas de los heredamientos y ha contemplado y resuelto muchos de los problemas que surgieron a través del tiempo en relación con ellos (33). No intento aquí abordar esos problemas. Baste recordar que

(30) En el año 1961 había habido 85 capitulaciones y 3.755 testamentos, lo que demuestra descenso de aquéllas en el último año.

(31) Ver CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit., págs. 679 ss.

(32) Discurso ante el Pleno de las Cortes Españolas recogido en la ed. de la Compilación catalana del B. O. E., Madrid, 1960, pág. 22.

(33) Ver F. A. DE CONDOMINES VALLS y R. FAUS ESTEVE, *Derecho civil especial de Cataluña*, Lib. Bosch, Barcelona, 1960, págs. 95-114; R. M. ROCA SASTRE,

el artículo 63 de la Compilación exige que los heredamientos se otorguen en capitulaciones matrimoniales y permite que se realicen a favor de uno de los contrayentes, o de ambos, o de sus hijos o descendientes. La naturaleza del heredamiento como sucesión contractual está abiertamente admitida: el artículo 63 comienza diciendo "el heredamiento, institución contractual de heredero...", y el 67 dispone que "el heredamiento a favor de un contrayente le conferirá, con carácter irrevocable, la cualidad de heredero contractual del heredante y le transmitirá los bienes que éste le hubiere donado de presente". Por ello, a la vista de la Compilación y poco después de su publicación, pudieron escribir Condomines y Faus que nos encontramos frente a un nuevo origen de la sucesión que se añade a los dos admitidos por el Código civil (la sucesión testamentaria y la legítima) y que esta sucesión contractual o pactada contradice abiertamente la norma del artículo 1.271 del Código civil (34).

De la vida de los heredamientos en la realidad, poco he de decir, ya que jurista tan autorizado como el Sr. Porcioles reconocía al defender la Compilación, según hemos visto, que aquéllos han perdido extensión. Indicaré solamente, siguiendo el mismo método que respecto de las otras regiones, que según la estadística notarial de 1962, en ese año se otorgaron en el Colegio de Barcelona 24.042 testamentos, frente a solas 814 capitulaciones (35). Estas capitulaciones correspondieron: 224 a Barcelona, 103 a Gerona, 293 a Lérida y 194 a Tarragona.

D) *Baleares*: En esta región ha sido conocida la sucesión contractual no sólo a través de los heredamientos (cuya práctica en algunos pueblos de las Islas reconoció el Tribunal Supremo), sino también a través de una institución peculiar, conocida con el nombre de "definición", que es una especie de pacto de *non succedendo* y consiste en la renuncia a la legítima hecha por la hija que se casa, o por el hijo a quien se da colocación, mediante una compensación que el padre suele ofrecer (36).

La Compilación del Derecho civil especial de Baleares de 19 de abril de 1961 ha dado acogida a la sucesión contractual en el capítulo llamado "de las donaciones universales" (arts. 8.<sup>o</sup> a 13). El artículo 10 dispone: "El donatario universal de bienes presentes y futuros tendrá la condición de heredero del donante y, como tal, representará a la herencia en juicio y fuera de él. Su título será suficiente para promover

*Los elementos componentes de la Compilación* en el vol. *Comentarios a la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*, Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, 1961, pág. 18; L. FIGA FAURA, *Manual de Derecho civil catalán*, Ed. Bosch, Barcelona, 1961, págs. 341-352; J. GASSIOT MAGRET, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña*, Ed. Bosch, Barcelona, 1962, págs. 83-111.

(34) CONDOMINES y FAUS, ob. cit., pág. 98.

(35) El año 1961 había arrojado 23.072 testamentos y 837 capitulaciones.

(36) Ver L. G. PASCUAL y GONZÁLEZ, *La definición, institución de Derecho sucesorio contractual*, Pelma de Mallorca. 1962.

y ser parte en el juicio de testamentaría". Es decir, que, como comenta el Prof. Hernández-Canut, al donatario universal se le considera como un heredero, por lo que estas donaciones participan de la naturaleza de instituciones hereditarias, según había reconocido el Tribunal Supremo y se había hecho constar en los sucesivos proyectos de Apéndice al Código civil (37). La "definición", por otro lado, se ha mantenido en el artículo 50 de la Compilación, que dice: "Por la *definición* los hijos e hijas emancipados pueden renunciar y dar finiquito a las legítimas y demás derechos en la sucesión de sus padres en contemplación a alguna donación o ventaja que éstos les hicieren en vida".

En cuanto a la difusión real de los pactos sucesorios, observaré tan sólo que en 1962, en el Colegio Notarial de Baleares, frente a 4.373 testamentos, se otorgaron solamente 16 capitulaciones (38). De estas capitulaciones se dieron: 13 en Ibiza, una en Inca, una en Borreros y una en Palma.

E) *Galicia*: En Galicia existen costumbres relacionadas con la sucesión contractual y dirigidas a conservar los pequeños patrimonios de los campesinos. La institución de los "petrucios" se ha guardado así (según una Memoria sobre el Derecho consuetudinario de Galicia redactada por Lezón en 1903) en gran parte de la provincia de Lugo y alguna comarca de la de Pontevedra. En virtud de ella, el padre mejora a uno de sus hijos, generalmente el varón de más edad, que al casarse continúa en la casa de sus padres y recibe el nombre de petrúcio (39). Esta "mejora de labrar y poseer" suele ordenarse en testamento, pero, como ha hecho notar el Prof. Fuenmayor, en el fondo late en ella la idea de pacto sucesorio, que aproxima esas mejoras a un verdadero heredamiento (40).

La reciente Compilación del Derecho civil especial de Galicia de 2 de diciembre de 1963 ha recogido aquella institución. El propio legislador se refiere a la misma, en el preámbulo de la Compilación, con estas palabras: "El derecho de labrar y poseer, objeto del título IV del proyecto, es una institución de Derecho consuetudinario, con arreglo a la que puede el padre elegir anticipadamente al hijo que haya de sustituirlo en la explotación del patrimonio familiar. Es, pues, una mejora expresa o tácita que tiende a establecer la unidad de explotación agrícola a través de la institución petrucial. Por lo general, el alcance de la mejora tiende a conservar la casa petrucial, el lugar acasarado que tanto costó al labrador y a sus antepasados adquirir, y que desean permanezca unido como base y soporte económico de la familia rural". Y el artículo 84 en su párrafo 1.º dispone: "El ascendiente

(37) J. HERNÁNDEZ-CANUT Y ESCRIVÁ, *La Compilación del Derecho civil especial de Baleares*, sep. del "Anuario de Derecho Civil", Madrid, 1961, pág. 669.

(38) El año anterior, que era el mismo de la Compilación, se habían dado 4.405 testamentos y 31 capitulaciones.

(39) Ver J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil foral*, Ed. Reus, 2.ª ed., 1932, pág. 100.

(40) A. DE FUENMAYOR, *Derecho civil de Galicia*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Ed. Seix, Barcelona, t. I, pág. 247, nota 63.

que quisiere conservar indivisos un lugar o una explotación agrícola podrá adjudicarlos íntegros a cualquiera de sus hijos o descendientes, por actos *intervivos* o *mortis causa*, y aunque las suertes de tierras estén separadas. Esta adjudicación implica la mejora tácita en las siete quinceavas partes de la herencia, si el testador no dispusiera otra cosa, y no impide que el ascendiente disponga, a favor del descendiente preferido, del resto de las porciones de libre disposición".

En cuanto a la realidad práctica de los pactos sucesorios, se podría observar que en el año 1962 se otorgaron en el Colegio Notarial de La Coruña tan sólo 126 capitulaciones, frente a 22.276 testamentos, pero aquí el argumento estadístico tiene menos fuerza que en otras regiones para inferir una escasa vida de la sucesión contractual, ya que la mejora de labrar y poseer, como hemos visto, se puede ordenar en testamento.

F) *Navarra*: El Derecho foral cuenta con una institución análoga a los heredamientos de Cataluña y Aragón, que es la donación *propter nuptias* y consiste en la donación del patrimonio familiar con ocasión del matrimonio, a favor de uno de los hijos, para que se quede a vivir en casa de los padres. Los pactos de esta finalidad parecen ser muy antiguos en Navarra: ya el Fuero General declaró la validez de las donaciones *post mortem* y los documentos demuestran que en la Edad Media eran conocidas las donaciones universales de bienes presentes y futuros, equivalentes al nombramiento de heredero; a ellas se refieren también diversas disposiciones de la Novísima Recopilación de Navarra (41). En la época contemporánea, según algunos foralistas navarros, la institución se conserva en la mayor parte de la provincia, principalmente entre las familias estables, como son las de los labradores, los habitantes de pueblos y los que poseen un patrimonio formado por inmuebles. Tal vez por ello los sucesivos proyectos de Apéndice foral navarro al Código civil han aceptado la sucesión contractual, si bien, al decir de Aizpún, la reglamentación de algunos no sólo es deficiente, sino que se separa del espíritu del Derecho navarro (42).

En la actualidad, preparándose en Navarra el cuerpo legal civil equivalente a las Compilaciones promulgadas en las otras regiones forales, se ha planteado naturalmente el problema de la subsistencia de la sucesión contractual. El proyecto de Fuero Recopilado de Navarra redactado por la Comisión Compiladora del Derecho civil de Navarra sigue el criterio tradicional permisivo. La ley 221 de aquél afirma: "La sucesión se defiere, en cuanto la ley la deja a la libre voluntad del causante, por testamento, por pacto sucesorio, se contenga o no en capitulaciones matrimoniales, y por cualesquiera otros modos de disposición por causa de muerte conformes al presente Fuero Recopilado. En todo lo demás o en lo que por estos modos no se hubie-

(41) Ver LACRUZ, ob. cit., pág. 129, y la monografía de R. AIZPÚN TUERO, *El pacto sucesorio en el Derecho civil navarro*, sep. de la rev. "Príncipe de Viana", núm. XXI, Pamplona.

(42) Ver AIZPÚN, ob. cit., págs. 18-20.

re establecido, se defiere por disposición de la ley". La ley 221 dispone que "siempre que se defiera la sucesión por contrato sucesorio, se contenga o no en capitulaciones matrimoniales, deberá hacerse constar en escritura pública, con asistencia de dos testigos que reúnan los requisitos de idoneidad exigidos para los testamentos". La ley 227 dice: "La renuncia y la transacción sobre la herencia futura serán válidas, siempre que se hagan con los requisitos formales que se previenen en la ley 222 para diferir la sucesión. No estableciéndose en ellas otra cosa, no impedirán al renunciante aceptar las disposiciones que en su favor pudiere ordenar el causante con posterioridad, pero quedará excluido de la sucesión intestada". Las donaciones *propter nuptias* son admitidas y reguladas en las leyes 172 a 182.

En cuanto a la vitalidad de la sucesión contractual en la práctica de hoy, la estadística notarial de 1962 del Colegio de Pamplona indica que en Navarra se otorgaron en aquel año 141 capitulaciones frente a 2.033 testamentos; si bien hay que recordar la posibilidad de pactos sucesorios fuera de capitulaciones.

#### IV. CONCLUSIÓN

El marcado contraste que en orden a la sucesión contractual ofrecen el Código civil y las legislaciones forales induce a preguntarse cuál de las dos tendencias —la prohibitiva o la permisiva— encontrará más justificación en el futuro con vistas a una posible ordenación civil general española.

a) El criterio del Código, hostil en principio a la sucesión contractual, plantea a veces problemas a los Tribunales ante la realidad de pactos sucesorios merecedores de amparo, viéndose obligada la jurisprudencia, especialmente al aplicar el párrafo 2.º del artículo 1.271, a mitigar el rigor de la prohibición. Un sector doctrinal propugna la admisión de la sucesión contractual en el Derecho común. Esta admisión, empero, sólo debe realizarse de un modo limitado y prudente, dados los peligros que ofrecen algunos pactos sucesorios. Una fórmula podría ser admitir únicamente los pactos sobre propia sucesión.

b) El criterio tradicional de las legislaciones forales, ampliamente permisivo de la sucesión contractual —y que está pasando a las actuales Compilaciones— no es censurable, ya que la sucesión contractual no es contraria al Derecho natural, revelando el Derecho comparado su admisión en muchas legislaciones.

Sin embargo, la realidad, testimoniada por la práctica notarial, denota una vida relativa y decreciente de los pactos sucesorios en las regiones forales. La desaparición progresiva de esas instituciones tiene acaso un fundamento económico (la extensión del regadío permite la distribución de los patrimonios agrícolas y hace innecesario económicamente el que queden en una sola mano) y un fundamento social (la familia campesina evoluciona, pierde sus costumbres patriarcales y deja de mirarse como justo el que uno solo de los hijos se lleve todo el patrimonio).

Ante esa aparente tendencia a la desaparición práctica de la sucesión contractual, puede parecer extraño que se le dedique regulación tan minuciosa en alguna Compilación. No obstante, hay que tener presente la finalidad no definitiva de estas Compilaciones, y juega también aquí el punto de vista de que es preferible que los casos, pocos o muchos, que se presenten de institución contractual de heredero tengan perfectamente previstos sus efectos. Por otra parte, cabe incluso sospechar un posible renacimiento de la sucesión contractual en el futuro; así, si el campo continúa despoblándose, quién sabe si algunas comarcas no resucitarán los heredamientos para animar a alguno de los hijos a quedarse en la casa.

*c)* La aproximación del Derecho común y los Derechos forales parece, pues, posible en esta materia, por una apertura del primero hacia la sucesión contractual en sus formas menos peligrosas y una prudente regulación en los segundos de los pactos sucesorios más típicos subsistentes.



# ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

## Las uniones de empresas en la reforma alemana del derecho de sociedades por acciones (\*)

JUSTINO F. DUQUE  
Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de La Laguna

### ABREVIATURAS UTILIZADAS

AcP = Archiv für civilistische Praxis.—AktG y AktGes = Aktiengesetz.—BB = Der Betriebs-Berater.—Beg = Begründung zum Entwurf eines Aktiengesetzes.—BPB = Bundesverband des Privaten Bankgewerbes.—DB = Der Betrieb.—Die AG = Die Aktiengesellschaft.—JZ = Juristenzeitung.—DJT = Deutscher Juristenstag.—NJW = Neue Juristische Wochenschrift.—RefEnt = Referentenentwurf eines Aktiengesetzes.—RegEnt = Regierungsentwurf eines Aktiengesetzes.—W = Das Wertpapier.—Wpf = Die Wirtschaftsprüfung.—ZHR = Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht.—Los §§ citados sin indicación de la ley a la cual pertenecen corresponden al RegEnt.

### INTRODUCCIÓN

I. LA REFORMA DEL DERECHO DE ACCIONES Y LA REGULACIÓN DEL FENÓMENO DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS.—A. La importancia de la reforma alemana.—B. La necesidad de la reforma: 1. El aumento creciente del fenómeno de concentración. 2. La institucionalización de la posesión de acciones y su evaluación.—C. La crítica al proyecto en la parte dedicada al problema.—II. LA SISTEMÁTICA DEL PROYECTO.—A. El nuevo concepto introducido de las uniones de

---

(\*) Hace unos años comencé a trabajar en el Seminario de Derecho mercantil de la Universidad de Valladolid, dirigido por el Prof. GIRON TENA, sobre "Las uniones de sociedades". Una Pensión de Estudios concedida por la Comisión de Protección Escolar me permitió trabajar, durante el verano de 1962, en el Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht de la Universidad de Bonn que dirige el Prof. K. BALLERSTEDT. A todas las personas que facilitaron mi trabajo, mi sincero agradecimiento. En especial, a los Profs. BALLERSTEDT —quien, con sus atenciones y sus indicaciones valiosas, allanó, durante mi permanencia en su Instituto, no pocas dificultades y GIRON TENA.

Debido al carácter preliminar y de documentación que el presente trabajo tiene, ofrece predominantemente aspectos analíticos y no sintéticos. Su publicación muestra los esfuerzos que realiza un legislador sensible a las exigencias de justicia derivadas de los cambios de estructura económica, a fin de que los fines generales —racionalización y aumento de la producción mediante la concentración de empresas, favorecida fiscalmente— se logren con el sacrificio mínimo de intereses privados —los de los accionistas de sociedades agrupadas.

empresas: 1. El concepto de uniones de empresas. 2. Los grupos de empresas y el derecho de las sociedades por acciones.—B. La finalidad de política jurídica: 1. La actitud del Proyecto ante el fenómeno de las restricciones a la competencia en el mercado. 2. El conflicto de intereses entre el grupo, la empresa dominante y la sociedad dependiente: a) El problema en las sociedades con acciones colocadas en el público inversor; b) La solución de principio adoptada por el Proyecto.—C. El carácter del concepto de uniones de empresas: 1. El concepto. 2. Las distintas situaciones previstas: a) La empresa dominante y la empresa dependiente; b) Los grupos de empresas; a') Grupos con subordinación a una empresa dominante; b') Grupos sin empresa dominante; c) Empresas recíprocamente dependientes; d) Sociedades incorporadas.

I. Con la finalidad general de estructurar orgánicamente el derecho no legislado (1) de las uniones de empresas —hasta ahora formulado autónomamente por los protagonistas del derecho de la economía (2) para regular, al margen de los estatutos sociales, todo el complejo sistema de relaciones entre los socios y de éstos con la sociedad (3) existentes en la mayoría de las sociedades a consecuencia del frecuente fenómeno de las agrupaciones—, los recientes proyectos alemanes de reforma se proponen, por primera vez en el mundo (4), atender, total y sistemáticamente, los problemas jurídico-societarios de uno de los fenómenos más típicos (5) de la estructura económica contemporánea (6). Esta preocupación sentida actualmente por Alemania

(1) ROSENDORFF, *Das neue deutsche Aktienrecht unter besonderer Berücksichtigung seiner Auswirkungen auf die Praxis des Aktienwesens* (Berlín, 1932, 2.<sup>a</sup> ed. esencialmente aumentada de *Was müssen die Aktionäre und Verwaltungen vom neuen Aktienrecht wissen?*), pág. 395.

(2) RASCH, *Richtige und falsche Wege der Aktienrechtsreform. Der Regierungsentwurf eines neuen Aktiengesetzes* (Karlsruhe, 1960), pág. 33.

(3) Como ya se hacía notar por KLAUSING, *Reform des Aktienrechts. Unter besonderer Berücksichtigung der Teilreform des Jahres 1931* (Berlín/Wien, 1933), pág. 20.

(4) Es afirmación constantemente encontrada en los estudios sobre la reforma del derecho de acciones en Alemania: v. RAUTMANN, *Probleme aus dem Recht der Unternehmensverträge im Referentenentwurf eines Aktiengesetzes*, en *Beiträge zur Aktienrechtsreform*, editados por H. HENGELE (Heidelberg, 1959), págs. 159 y ss. —pág. 159, nota 3, con cita de bibliografía.

(5) MARCHAL, A., *Systèmes et structures économiques* (París, 1959), pág. 47.; STRACHEY, *El capitalismo contemporáneo* (Méjico/Buenos Aires, 1960), págs. 26 y ss. Las palabras utilizadas por PREISER, al presentar su libro sobre *Die Zukunft unserer Wirtschaftsordnung* (Göttingen, 1955, 2.<sup>a</sup> ed.), ponen de relieve la identidad de los problemas que afectan a las economías de los países del Occidente: "Cuando yo hablo de 'nuestra' economía, no me refiero ni a Alemania ni a las contingentes preocupaciones del instante presente. 'Nuestra' economía es la economía de nuestro tiempo y los problemas planteados son los problemas del capitalismo".

(6) V. nota anterior. La estructura económica está condicionada, en parte, por las estructuras jurídicas. Por ello, la tendencia a la agrupación de empresas se hallan en la obtención de resultados económicos más favorables —racionaliza-

es común a todos los estudios emprendidos para la reforma del derecho de sociedades en los países más significativos de Occidente en los cuales, cualquiera que sea la extensión de la reforma, uno de los temas abordados es el de los grupos de empresas (7). España, por su atención a la Comunidad económica europea y por su tendencia hacia una economía plenamente desarrollada (8), no puede quedar ausente de los esfuerzos para captar jurídicamente un tema que ya se debatió durante los trabajos preparatorios de la LSA de 1951 (9).

ción de la producción, eliminación de la competencia, aumento de los beneficios, en definitiva—, pero también en la utilización de una forma de empresa nueva, creada al margen de las estructuras jurídicas vigentes, cuya ventaja fundamental radica en que una persona puede ejercer las facultades derivadas de la propiedad sin necesidad de ser titular de todo el patrimonio implicado en el proceso productivo de una empresa, rompiendo, por lo tanto, el equilibrio entre poder y responsabilidad: FISCHER, *Richtsschein und Wirklichkeit im Aktienrecht. Rechts-politische Betrachtungen zu einer Reform des Aktienrechts*, AcP, 154 (1955), págs. 85 y ss. —pág. 117 y ss—. También ASCARELLI, *Disciplina della società per azioni e legge antimonopolista*, en *Problemi giuridici* (Milano, 1959), II, págs. 877 y ss.

(7) V., p. ej., *Travaux de la Commission de Réforme du Code de Commerce et du droit des sociétés*, t. II (París, 1951) y t. III (1951), pág. 280. Cuando la dirección legislativa no es, como en Italia, muy acusada, la doctrina no deja de señalar la existencia del problema: v. LIBONATI, *Holding e Investment Trust* (Milano, 1959); PASTERIS, *Il controllo nelle società collegate e le partecipazioni reciproche* (Milano, 1957); FANELLI, *Le partecipazioni sociali reciproche* (Milano, 1957); GUERRA, *Le società di partecipazioni* (Milano, 1957). Un estudio de conjunto para el derecho francés es el realizado por VANECKE, *Les groupes de sociétés* (París, 1959).

(8) Sobre este particular, v. las consideraciones que, en un plano general y de divulgación, hace recientemente VELARDE FUERTES, *España ante el Mercado común europeo*, en "Las Ciencias", XXVII (1962), págs. 133 y ss.

(9) GARRIGUES, J.; GONZÁLEZ, J.; DE LA PLAZA, M.; URÍA, R.; RODRÍGUEZ, A.; PALAO, J. E.; SÁINZ DE BUJANDA, F.: *Reforma de la sociedad anónima* (Madrid, 1947), cap. VIII (transformación y fusión), págs. 95 y ss., donde se adopta una postura abstencionista ante el fenómeno de la concentración. DE CASTRO Y BRAVO, *¿Crisis de la sociedad anónima? Reflexiones sobre la proyectada reforma legislativa de la sociedad anónima*, REPol, núm. 49 (1950), págs. 51 y ss. —págs. 105 y ss.— hace algunas propuestas acerca del particular. V., también, *La sociedad anónima. El Anteproyecto de su reforma. Dictamen del Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España* (Madrid, 1949-50), págs. 110 y ss. —en especial, pág. 120, donde se propusieron las siguientes normas:

Artículo ... Cuando exista unidad económica entre empresas jurídicamente independientes la Sociedad dominante deberá presentar su Balance consolidado.

Artículo ... Se entenderá que existe unidad económica cuando la dominante posea directa o indirectamente: 1.º Más del 75 por 100 de las acciones de la empresa dominada o (y) 2.º Más del 75 por 100 de los votos de la empresa subordinada o (y) 3.º Derecho para nombrar al menos el 75 por 100 del número de administradores de la infraempresa.

Artículo ... Si los porcentajes del artículo anterior no llegaran al 75 por 100, pero sí al 50 por 100, la consolidación del Balance será facultativa para la empresa dominante y no preceptiva como en el caso anterior; pero, de no efectuarse la consolidación, con el Balance de la sociedad anónima se publicarán todos los Balances de las empresas subordinadas.

Artículo ... Los contratos de arrendamiento, de suministros, de compras o de servicios necesitarán entre empresas de la misma unidad económica o que

A. Por sus características de originalidad de sus soluciones, extensión de su problemática y profundidad en su planteamiento, el estudio de esta parte de la reforma alemana ofrece un relevante interés en el ambiente de reforma existente en casi todos los países del Occidente europeo (10). En los esfuerzos para construir un ordenamiento que, aprovechando las enseñanzas del derecho comparado (11), sirva las necesidades de la naciente Comunidad europea (12) en la esfera del derecho de sociedades (13), esta aportación puede ser decisiva a la hora de abordar los problemas más delicados del derecho de la em-

---

deban consolidar sus balances, la sanción de las Juntas generales respectivas cada segundo año, a no ser que la censura de cuenta la ejerzan miembros del Instituto de Censores Jurados de Cuentas, quienes hayan puesto de manifiesto la existencia de los contratos y la negligencia en que pudiera haberse incurrido.

Artículo ... Las sociedades filiales e hijas no podrán ser, directa o indirectamente, propietarias de las acciones de la sociedad madre.

(10) WEST, *Aktienrechtsreform auch in England*, FAZ, 15 jul. 1960; BOARD of TRADE, *Report of the Company Law Committee*, London, june 1962; v. MENGGOTT, *Il "Jenkins Report"*, RiSo, 1962, págs. 672 y ss., con ulteriores indicaciones bibliográficas. GRANTCHSTAEDTEN-CZERVA, *Die Aktienrechtsreform im Österreich*, Die AG, 1960, pág. 67; *Die Änderungen des Deutschen Aktiengesetzes in Österreich*, Die AG, 1958, pág. 1.

Recientemente en España, el artículo 19 del Decreto de 23 de noviembre de 1962 establece que "el Gobierno, a propuesta de los Ministros de Justicia y Hacienda, remitirá a las Cortes un proyecto de Ley que adapte la vigente de Sociedades anónimas a las disposiciones sobre inversiones de capital extranjero". Recientemente también URÍA ha hecho un balance de la vigencia de la LSA: V. *La experiencia decenal en la aplicación de la Ley de sociedades anónimas*, conferencia pronunciada en Bolonia. cfrs. VERDERA, *Tres mercantilistas españoles en Bolonia*, RDM, XXXIV (1962), págs. 83 y ss.

(11) La utilización del derecho comparado para la construcción del derecho de sociedades ha sido constante en esta esfera. Ultimamente han aparecido estudios de derecho comparado referido al ámbito de la Comunidad europea: LACAN, *Caracteristiques essentielles des sociétés anonymes dans les six pays de la CEE*, Rev. des soc., 1960, págs. 377 y ss.; VAN WYNENDALE y WOUTERS, *Le droit des sociétés anonymes dans les pays de la Communauté Economique Européenne* (Bruxelles, 1961).

(12) Mediante la creación de una sociedad comercial común a un vasto territorio internacional: RAULT, *Pour la création d'une société commerciale de type européen*, RTDComm, 1960, págs. 741 y ss.; BARMANN, *Einheitliche Gesellschaftsform für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft. Ein kritischer Bericht*, AcP, 160 (1961), págs. 97 y ss.; LIETZMANN, *Stand d.r Diskussion über eine europäische Aktiengesellschaft*, Die AG, 1961, pág. 57; Id., *Zur europäischen Aktiengesellschaft*, Die AG, 1961, pág. 253.

Con relación a la posibilidad de una reforma de la sociedad anónima que no tenga cuenta de la nueva realidad institucional representada por el Mercado común, es expresivo el cambio de notas entre BÄRMANN, *Ist eine Aktienrechtsreform überhaupt noch sulässig?* JZ, 1959, pág. 434, y MARKER-WIRNER, *Aktienrechtsreform und EWG-Vertrag*, JZ, 1959, pág. 627.

(13) Que no se concreta al derecho de sociedades anónimas, sino que se plantea con relación a otros tipos sociales: DUDEK, *Das Für und Wider einer europäischen GmbH*, GmbH-Rdsch, 1962, pág. 76; WOLANY, *Soll die Einmann-GmbH beibehalten werden? - Untersuchung im Rahmen einer Harmonisierung des GmbH-Rechts in Europa*, GmbH-Rdsch, 1962, pág. 72.

presa —dentro del cual se encuadra sistemáticamente el derecho de sociedades (14).

El nuevo derecho de las uniones de empresa (15) está contenido en un proyecto para la reforma de todo el derecho de acciones. Con mayor amplitud que la reforma de 1937 (16), el actual movimiento de reforma ha producido una copiosa literatura, cuyo examen sistemático contribuye a explicar muchas de las particularidades normativas del proyecto (17). Los estudios doctrinales (18) y las proposiciones

(14) Como señala BALLERSTEDT, *Unternehmen von besonderer gesamtwirtschaftlicher Bedeutung unter Berücksichtigung des Konzernrechts*, en *Untersuchungen zur Reform des Unternehmensrechts. Bericht der Studienkommission des Juristentages (Bericht der Ausschüsse I und II)* (Tübingen, 1955), pág. 13.

(15) Sobre la denominación, su origen y su significado actual, v. más adelante.

(16) *Enquête-Ausschuss (Ausschuss zur Untersuchung der Erzeugungs- und Absatzbedingungen der deutschen Wirtschaftsft), Verhandlungen und Berichte der Unterausschusses für allgemeine Wirtschaftsstruktur (I. Unterausschuss)*, 3. Arbeitsgruppe: *Wandlungen in der wirtschaftlichen Organisationsformen. Erster Teil: Wandlungen in den Rechtsformen der Einzelunternehmungen und Konzerne* (Berlin, 1928); *Dritter Teil: Wandlungen in der aktienrechtlichen Gestaltung der Einzelunternehmen und Konzerne* (Berlin, 1930); *Bericht der durch den 34. Juristentag zur Prüfung einer Reform des Aktienrechts eingesetzten Komission herausgegeben von der Ständigen Deputation des deutschen Juristentages* (Mainz/Berlín/Leipzig, 1928), págs. 42 y ss.—donde se expresa su postura frente a la posible regulación del fenómeno económico de la concentración—; Deutscher Anwaltverein, *Zur Reform des Aktienrechts - Antworten des Deutschen Anwaltvereins auf die Fragen des Reichsjustizministers*, Teil I y II (Leipzig, 1929); *Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien sowie Entwurf eines Einführungsgesetzes nebst erläuternden Bemerkungen veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium* (Berlin, 1930); *Die Reform des Aktienrechts. Kritische Bemerkungen zum Gesetzentwurf des Reichsjustizministeriums. Auszüge aus der Kölnischen Zeitung* (Köln, 1930)—como apéndice se incluye *Aktienrecht und Wirtschaft. Der Enquêtebericht über die Wandlungen der aktienrechtlichen Gestaltung der Einzelunternehmungen und Konzerne*, páginas 87 y ss.—; *Die Aktienrechte der Gegenwart. Gesetze und Entwürfe in rechtstypologischer Darstellung herausgegeben vom Reichsjustizministerium und vom Institut für ausländisches und internationales Privatrecht bearbeitet im Institut unter Benutzung amtlichen Materials von W. HALLSTEIN* (Berlin, 1931); KLAUSING, *Reform des Aktienrechts*, cit., págs. 43 y ss.—sobre el 1. amtlicher Reformentwurf (1930), *Reformnovelle y 2. (revidierter) Entwurf* (1931)—; KLAUSING, *Reform des Aktienrechts*, cit., págs. 43 y ss.—sobre el 1. amtlicher *Ikademie für Deutsches Recht*, ZAKDR, 1935, págs. 247 y ss.; ROSENDORFF, *Das neue deutsche Aktienrecht*, cit., págs. 392 y ss.

(17) Por WOLANY—*Stellungnahme zu den verschiedenen Vorschläge zur Reform des Aktienrechts (Zum Veg und Ziel der Reform)*, Die AG, 1958, págs. 197—ha sido puesto de relieve la utilidad que tendría la reunión sistemática de los trabajos, propuestas y críticas publicados hasta el momento, a fin de explicar ciertas peculiaridades del proyecto y adoptar postura crítica frente al mismo.

(18) Entre los más importantes trabajos de carácter general son de mencionar: BALLERSTEDT, *Unternehmen von besonderer gesamtwirtschaftschaftlicher Bedeutung unter Berücksichtigung des Konzernrechts*, cit.; BRAUMBEHRENZ, *Praktischer Vorschlag zur Aktienrechtsreform*, Die AG, 1956, pág. 53; DUDEN, *Juristentag und Aktienrecht*, en *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben*, I, pág. 87—interesante para conocer el pensamiento del Deutscher Juristentag sobre la

y propuestas formuladas por algunas entidades de carácter económico (19) culminaron en el primer proyecto oficial —*Referentenentwurf eines Aktiengesetzes* (20)— el cual suscitó nuevos trabajos críticos (21), a pesar del poco tiempo que se concedió para su examen (22).

materia—; DUDEN, *Die Diskussion über das Konzernrecht*, BB, 1957, pág. 1230 —hay traducción italiana (*Discussione sul diritto dei consorzi*) en NRDC, 1957, I, págs. 104 y ss.—; FISCHER, C. E., *Rechtsschein und Wirklichkeit im Aktienrecht*, AcP, 154 (1955), págs. 85 y ss.; ID., *Die Reform des Aktiengesetzes*, AcP, 154 (1955), págs. 181 y ss.—trabajo que marca una época en la evolución de la reforma y que enlaza con las direcciones anteriormente manifestadas, formalizándolas después de 1945—; FISCHER, G., *Gedanken zur kommenden Aktienrechtsreform*, Die AG, 1958, pág. 25; EICH, *Fragen der Aktienreform in betriebswirtschaftlicher Sicht*, Die AG, 1956, págs. 25 y ss.; v. GIERKE, *Die Aktiengesellschaft, ein Pionier der Umwandlung des heutigen Gesellschaftsrechts*, Die AG, 1956, pág. 3; MÖLICH, *Der Deutsche Juristentag*, Die AG, 1957, pág. 221; MÖRING, *Sind auf dem Gebiete des Konzernrechts gesetzgeberische Massnahmen gesellschaftlicher Art notwendig*, DRiZ, 1957, págs. 203 y ss. RASCH, *Sind auf dem Gebiet des Konzernrechts gesetzgeberische Massnahmen gesellschaftlicher Art notwendig? Gutachten für den 42. Deutschen Juristentag* (Tübingen, 1957); SCHILLING, *Konzernfragen*, JZ, 1957, págs. 528 y ss.; SCHILLING, *Bericht des Ausschusses II...*; SCHMIDT, *Konzernrechtliche Kodifikation*, NJW, 1957, págs. 1337 y ss.; WOLANY, *Die Diskussion über eine Reform des Aktienrechts*, Die AG, 1956, pág. 49; WÜRDINGER, *Konzernrechtliche Abhängigkeit und Haftung der Konzernleitung Schutz der Minderheiten im Konzernrecht*, DB, 1957, págs. 961 y ss.; WÜRDINGER, *Sind auf dem Gebiete des Konzernrechts gesetzgeberische Massnahmen gesellschaftlicher Art erforderlich?* Referat en el 42. Deutscher Juristentag (Tübingen, 1959).

(19) Sobre los materiales existentes hasta la publicación del RefEnt, v. BB, 1958, págs. 1070 y ss. Entre los más importantes: *Arbeitsgemeinschaft der Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz, Denkschrift zur Reform des Aktienrechts* (Düsseldorf, 1952); *Arbeitskreis Dr. Krähe der Schmalenbachgesellschaft, Konzernorganisation- Aufgaben- und Abteilungsgliederung im industriellen Unternehmensverbund* (Köln/Opladen, 1952); *Bundesverband der privaten Baugewerbe e.V., Denkschrift zur Reform des Aktienrechts* (Köln, April 1958); *Deutscher Industrie- und Handelstag, Zur Reform des Aktienrechts*, 1954; *Deutscher Juristentag, Untersuchungen...*, cit.; *Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V., Vorschläge zur Aktienrechtsreform des Arbeitskreises Aktienrechtsreform im Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V.* (Düsseldorf, 1956).

(20) *Referentenentwurf eines Aktiengesetzes. Veröffentlicht durch das Bundesjustizministerium* (Köln, 1958). El prólogo (*Vorwort*) con el cual se presentaba al RefEnt señalaba que éste no se acompañaba de una exposición de motivos (*Begründung*), sino, simplemente, de unas observaciones aclaratorias (*erläuternde Bemerkungen*). La verdadera fundamentación se reservaba para el ulterior proyecto del Gobierno. Esta distinción fue celebrada por DUDEN (*Zum Referentenentwurf...*, pág. 1101) a la vista de la inclinación a identificar motivos del redactor del informe con fundamentación del Gobierno, y ésta, finalmente, con el fin de la ley.

(21) *Aktuelle Probleme aus dem Gesellschaftsrecht und anderen Rechtsgebieten. Festschrift für Walter Schmidt zum 70. Geburstag am 18. Dezember 1959* (Berlín, 1959); *Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht, Marburger Aussprache zur Aktienrechtsreform* (Marburg, 1959); *Beiträge zur Aktienrechtsreform*, editados por H. HENGELER (Heidelberg, 1959); BENDER, *Aktienrechtsreform vom Standpunkt der Praxis*, NJW, 1959, pág. 1402; DUDEN, *Zum Referentenentwurf eines neuen Aktiengesetzes*, BB, 1958, págs. 1101 y ss.; ERLINGHAGEN y SCHULTZ, *Aussprache zu dem Vorträgen, en Marburger Aussprache*, págs. 68 y ss.; FLUME, *Der Referentenentwurf eines Aktiengesetzes* (Düsseldorf,

A principios de 1962 —el 3-2-1962— el Canciller de la República federal de Alemania envía al Presidente del Parlamento el proyecto de una ley de acciones (23) y el de una ley de introducción para la ley de acciones (24), examinados ya por el Bundesrat (25).

El pleno del Parlamento, trató, en primera lectura del proyecto que, anteriormente, le había remitido el Gobierno (26) juntamente con otros dos proyectos (*Vorlagen*) referentes al mejoramiento de la publicidad en las sociedades de capitales (27) y a la protección de las minorías en este mismo tipo de sociedades (28), cuya finalidad es la de acelerar la reforma en los puntos que, como los resueltos por el KapErhGes de 1959, se consideran necesitados de una inmediata atención legislativa (29).

1958) —con ligeras variantes recoge la serie de artículos aparecidos anteriormente en los núms. 118, 132, 136, 140 y 148 de *Handelsblatt* en 31-10/1-11, 10-11, 19-11, 28/29-11 y 17-12-1958; GIERKE, *Der Referentenentwurf eines deutschen AktiG*, ZHR, 122, págs. 1 y ss., 117 y ss., 162 y ss.; HARTMANN, *Konzernrecht und Aktienrechtsreform*, en *Marburger Aussprache*, págs. 53 y ss.; HENGELER y KREIFELS, *Absicht und Wirklichkeit im Referentenentwurf eines Aktiengesetzes*, en *Beiträge*, págs. 11 y ss.; KÖHLER, *Der Referentenentwurf eines Aktiengesetzes*, JZ, 1959, págs. 73 y ss.; 110 y ss.; KROPFF, *Konzernrechtliche Vorschriften im Referentenentwurf eines Aktiengesetzes*, NJW, 1959, págs. 173 y ss.; POHLE, *Konzernrecht - insbesondere Konzernabschluss im Entwurf eines Aktiengesetzes*. Die AG, 1960, págs. 311 y ss.; REINHARDT, *Die Problematik der Aktienrechtsreform*, en *Marburger Aussprache*, págs. 9 y ss.; SCHÄFFER, *Die Aktienrechtsreform und ihre Probleme*, BB, 1958, págs. 1258 y ss.; SCHÄFFER, *Selbsfinanzierung und Konzernrecht*, Die AG, 1959, págs. 57 y ss.; SEMLER, *Das zukünftige Aktienrecht? Zum Referentenentwurf eines Gesetzes über AG und KGaA*, Wpf, 1958, págs. 649 y ss. —en especial, págs. 653 y ss.—; WÜRDINGER, *Zur Reform des Konzernrechts*, en *Aktuelle Probleme*, págs. 279 y ss.; WÜRDINGER, *Betrachtungen zur Regelung d. r. Konzernverfassung im Entwurf eines Aktiengesetzes*, DB, 1958, págs. 1447 y ss. —luego, en *Die Aktienrechtsreform. Beiträge zum Referentenentwurf eines Aktiengesetzes*, págs. 17 y ss.

Sobre la reforma alemana, en general, v.: COTTINO, *I problemi della società per azioni alla luce di un recente progetto ministeriale tedesco*, Temi, 1960, págs. 631 y ss. (en Rassegna, RiSo, 1961, págs. 527); DURCUDIER y KÜHLEWEIN, *De la prochaine réforme de la législation sur les sociétés par actions en Allemagne*, RTDComm, 1960, págs. 545 y ss.; SCHIPPEL, *Sulla riforma del diritto delle società per azioni in Germania*, RiSo, 1959, págs. 546 y ss.

(22) V. las apreciaciones críticas sobre este punto, en *Die Reform hat begonnen*, Die AG, 1958, págs. 245.

(23-24) *Entwurf eines Aktiengesetzes y Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz*.

(25) Cuyo parecer figura como anexo 2 a la edición oficial del Proyecto: *Stellungnahme des Bundesrates*, págs. 325 y ss.; v., a continuación, la postura del Gobierno sobre este parecer, como anexo 3: *Auffassung des Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates*, págs. 333 y ss.

(26) *Der Regierungsentwurf zur Aktienrechtsreform im Bundestag*. Die AG, 1961, págs. 2 y ss.

(27) *Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Publizität von Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung*.

(28) *Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Minderheiten in Kapitalgesellschaften*.

(29) V. *Die Aktienrechtsreform erneut vor dem Bundestag*, Die AG, 1962, págs. 59 y ss.

B. Sobre la inmediata necesidad de la reforma del derecho de acciones, existe práctica unanimidad, exteriorizada claramente en los círculos oficiales (30) y por la literatura que, antes de la aparición de los proyectos de reforma, se había ocupado de la adecuación legal entre realidad económica y ordenamiento jurídico.

I. El aumento creciente del fenómeno de la concentración de empresas (31) había originado una profunda sima entre ordenamiento jurídico y realidad, en cuanto que el AktGes de 1937 se hizo cargo de los problemas que afectaban a una sociedad independiente.

Se produce así en el plano legislativo una tierra de nadie (32) que, poco a poco, es ocupada por las previsiones contractuales que las partes toman para regular autónomamente sus intereses en el cuadro del ordenamiento jurídico-privado. Durante los trabajos preparatorios para la redacción del AktGes de 1937 se adujo, para justificar la inhibición legislativa en esta materia, la escasa experiencia y el defecuoso conocimiento que se poseían de estas cuestiones (33). El trabajo continuado sobre esta esfera ha superado, en la actualidad, la fase de tanteo que representó la inclusión en la ley de 1937 de algunos inorgánicos preceptos, dispersos por su articulado, sobre el problema de los grupos. Por esta razón el legislador de 1960 proyecta, conscientemente, una regulación orgánica de todos los aspectos del derecho de las uniones de empresas (34).

De una manera radical, la regulación del fenómeno del agrupamiento de empresas se ha considerado necesaria para conservar la función que corresponde a la sociedad anónima como institución de la vida económica (35). En efecto, si no se preve una ordenación adecuada de los grupos, la adquisición de acciones dejará de ser interesante para amplios círculos de pequeños participantes, despojando así a la institución de su facultad de canalizar pequeñas cantidades de ahorro (36) para constituir una gran empresa —de la cual el pequeño accionista se siente copropietario— y contradiciendo, en definitiva, el pensamiento legislativo de potenciar la situación del accionista aislado en la estructura orgánica de la sociedad (37).

(30) V. las noticias que sobre el particular se dan en *Beg.*, pág. 92.

(31) Sobre la evaluación numérica de estos datos, v. más adelante.

(32) Como la ha llamado FISCHER, ob. cit., pág. 91: "rechtliche *Nicemandland*"; Con frase menos ponderativa, se ha llamado por SCHILLING, *Konzernfragen...*, cit., pág. 830, un "Neuland".

(33) Así se hace notar por la *Beg.* del proyecto del 1960 y, antes, por las *Erl. Ben.* del *RefEnt.*

(34) V. *Beg.*, págs. 94 y ss.; y págs. 213 y ss.

(35) Así PLEYER, *Aktienrecht...*, cit., pág. 8.

(36) FAUST, *Grossunternehmen und Mittelstand*, VW, 1958, pág. 2398.

(37) Cuestión debatida alrededor de la reinstalación del accionista en el puesto que le corresponde por su calidad de propietario: FISCHER, C. E., *Die "Grunderechte" für den Einzelaktionär und für Minderheiten*, DB, 1958, pág. 1263. La corrección de estas ideas puede verse en REINHARDT, *Aktienrecht und Eigentumsordnung*, en *Aktuelle Fragen*, págs. 23 y ss.

La regulación contenida en el AktGes para el fenómeno de la concentración es incompleta y defectuosa y, por lo tanto, una reforma es apremiante (38), habiéndose llegado a decir que una reforma del derecho de acciones que se limitara a mantener los escasos preceptos del AkGes sobre uniones de empresas no merecería el nombre de reforma (39). En realidad, los problemas de las uniones de empresas son los problemas del derecho actual de la sociedad anónima, porque casi toda cuestión de interés en esta esfera está motivada por la conexión de la sociedad por acciones con otras unidades económicas (40).

En ninguna otra esfera del derecho de acciones es tan apremiante la reforma como en la tocante a las uniones de empresas (41), no sólo porque es preciso tutelar de manera adecuada los intereses de acreedores y de socios minoritarios (42), sino porque, además, la acción legislativa es el medio imprescindible para terminar con la inseguridad jurídica que sobre la validez de ciertas situaciones surgidas en la práctica se han suscitado últimamente (43).

Es cierto que los contratos celebrados hasta el momento solían establecer cláusulas mediante las cuales se atendían los intereses de los accionistas (44) y de los acreedores. La empresa dominante no dejó nunca que éstos experimentaran pérdidas como consecuencia de la quiebra de las sociedades dominadas por ella. Pero el ordenamiento jurídico no puede construirse sobre la habitual gestión correcta de los negocios, sino que ha de tomar en cuenta los intereses de todos los participantes en el tráfico, a fin de protegerlos debidamente (45).

2. Por otro lado, el fenómeno de lo que se ha llamado "institucionalización de la posesión de acciones" ha alcanzado tal magnitud que hace imprescindible una intervención legislativa que se ocupe de esta nueva realidad.

(38) WÜRDINGER, *Aktienrecht. Eine systematische Darstellung* (Karlsruhe, 1959), pág. 192. Esta idea aparece con distintas manifestaciones en casi todos los autores que se ocupan de la reforma.

(39) SCHÄFFER, con motivo de la primera lectura del proyecto, v. *Der Regierungsentwurf...*, cit., pág. 2.

(40) RASCH, *Sind auf dem Gebiete...*, cit., pág. 9.

(41) SEMLER, *Das Recht der verbundenen Unternehmen...*, pág. 485.

(42) Vid., más adelante, acerca de los problemas que ha de resolver el derecho de las uniones de empresas.

(43) Así SEMLER, ob. y loc. cits. Para la discusión acerca de la validez de los contratos conocidos bajo el nombre de *Organschaft*, v. infra.

(44) La ponderación de este aspecto de la reforma se hace especialmente por KLOSE, al comentar la aportación del *Vorstand der Schutzbereinigung f. Wcrtp.* a la reforma del derecho de acciones —pág. 89.

(45) RASCH, *Richtige und falsche Wege der Aktienrechtsreform*, cit., página 38.

(46) Manifestada por las diversas estimaciones que se hacen del fenómeno: v., especialmente, KAMP/SMOLINSKI, *Konzentrationsvorgänge in der gewerblichen Wirtschaft. Eine Betrachtung aus der Sicht der quantitativen Wirtschaftsforschung*, Die AG, 1959, págs. 305 y ss.; SMOLINSKI, *Die Messung von Unternehmenskonzentration. Probleme und Methoden*, Die AG, 1961, págs. 31 y ss. En todos los trabajos que se citan sobre el problema, se contienen puntos de vista críticos acerca de los aspectos metódicos del mismo.

Aunque la estimación numérica del fenómeno sea difícil (46) no existe la menor duda de que su extensión en el tráfico es importante porque las estimaciones referidas a la estructura alemana de la posguerra (47) se mueven entre el 80 % del capital total de las sociedades alemanas (48) y el 30 % (49).

Ultimamente el *Statistisches Bundesamt* ha publicado una visión panorámica de las relaciones de propiedad entre las sociedades alemanas por acciones (50). Según esta estadística, a finales de 1958, más de las dos terceras partes del capital social (27.326,4 millones D M) a que asciende el reunido por las 2.734 sociedades consideradas se encontraba en posesión de titulares permanentes (51).

C. Incluso las críticas más exigentes han reconocido que la redacción de los dos sucesivos proyectos constituye una base apropiada para la regulación exigida por la materia de los grupos de empresa (52).

La novedad de algunas soluciones preconizadas por los proyectos de reforma es causa de que, al carecer de un punto histórico de referencia, sea empresa difícil adoptar una postura crítica que anticepe el juego y desarrollo de las nuevas normas en la vida práctica (53).

Por la extensión de la regulación prevista (54), por la novedad de algunas de sus soluciones (55), por la ponderación de los conflic-

(47) Acerca de los cambios experimentados en materia de grupos de empresas ("Konzernwesen") después de la terminación de la II G.M., v., un resumen, en RASCH, *Neuere Entwicklungen im Konzernrecht*, WuW, 1955, págs. 53 y ss.; BECK y KORSCH, *Kartellauflösung und Konzernentflechtung in der westdeutschen Wirtschaft seit 1945*, WuW, 1957, págs. 411 y ss.; WILLNER, *Stellungnahme zu der Abhandlung "Kartellauflösung und Konzernentflechtung in der westdeutschen Wirtschaft seit 1945"* von Drs. BOCK und KORSCH, WuW, 1957, págs. 438 y ss.; SCHOLTER, *Der Grader Kapitalverflechtung in Deutschland*, WuW, 1957, págs. 557 y ss., contiene una comparación entre el estado anterior a la guerra y el existente en 1956.

(48) RASCH, *Deutsches Konzernrecht*, pág. 10, apoyándose en BÜHLER, *Das Steuerrecht der Gesellschaft und Konzern*, 1953, 2.ª ed., pág. 189; FISCHER, C. E., ob. cit., pág. 117, habla de un 70 por 100; acepta también esta cifra la *Denkschrift BPB*, pág. 47; últimamente DEIST, *Zur Regierungsvorlage einer Aktienrechtsreform. Dies ist Kein Reformwerk*, en *Das Mitbestimmungsgespräch*, 3. 1962, pág. 47.

(49) WÜRDINGER, *Sind auf dem Gebiete...*, cit., pág. 6, reproducido en *Aktienrecht*, cit., pág. 188.

(50) *Das Eigentum am Kapital der deutschen Aktiengesellschaften*, en *Wirtschaft und Statistik*, 1959 (11 Jahr. N.F.), págs. 76 y ss. Sobre los datos contenidos en dicha estadística, v. CHOLTER, *Das Eigentum am Kapital deutscher Gesellschaften*, WuW, 1960, págs. 22 y ss.; RASCH, *Richtigc und falsche Wege...*, cit., pág. 35.

(51) Sobre la expresividad de esta estadística, v. SCHOLTER, ob. cit., páginas 25 y ss.

(52) V. *Konzernrechtliche Stellungnahme*, pág. 611. Esta afirmación se repite incansablemente en diversas circunstancias.

(53) Es observación de WÜRDINGER, *Zum Regierungsentwurf...*, cit., página 112.

(54) SEMLER, *Das Recht der verbundene Unternehmen...*, cit., pág. 556.

(55) Para la redacción del RefEnt y del RegEnt se han tenido presentes las aportaciones de la literatura sobre sociedades, procurando resolver las cues-

tos de intereses entre la empresa dominante y las sociedades dominadas sin perturbar el desenvolvimiento de la economía pero protegiendo debidamente a los accionistas externos, los preceptos dedicados por el RegEnt constituyen, sin exageración, "una extraordinaria aportación legislativa" (*eine ausserordentliche gesetzgeberische Leistung*) (56), que, puede criticarse en algunos puntos concretos, pero que, en su conjunto, presenta un ajuste técnico perfecto entre sus diversas partes al servicio de los fines generales ya indicados.

II. La sistemática establecida por el RegEnt —que, en sus líneas generales, se mantiene por el RegEnt— es, ciertamente, complicada, pero corresponde, en lo esencial a la situación de la realidad (57). La nueva regulación propone algunos interesantes problemas sistemáticos, que van a examinarse seguidamente.

A. El RegEnt altera los preceptos que el RegEnt había dedicado a las uniones de empresa, introduciendo nuevos preceptos y sometiéndolos al conjunto a nueva y más fuerte sistematización (58).

1. La introducción del concepto de las uniones de empresas (*verbundene Unternehmen*) en el § 15 ha producido inmediatas consecuencias de orden sistemático. Así como hasta ahora fue suficiente la denominación *Konzernrecht* para designar el complejo de problemas (59) alrededor de los grupos de empresas (*Konzern*), de ahora en adelante, el *Konzernrecht* no constituye más que una parcela del *Recht der verbundenen Unternehmen*, reflejo de la agrupación de las distintas situaciones que se hace por el § 15 RegEnt (60), de suerte que aquella denominación, ampliamente extendida en la práctica, tiene que entenderse actualmente como *das Recht der eingentlichen Konzerne und der verwandter Unternehmungsverbindungen* (61).

Pero a pesar de esta ampliación del derecho de las uniones de empresas, no es posible (62) —o, al menos muy dudosa (63)—, la creación de un derecho unitario de los grupos de empresa (*Konzernrecht*) que tenga presentes todos los aspectos jurídicamente relevantes

---

tiones dudosas que habían motivado los preceptos del AktGes de 1937. En este sentido, la exposición de motivos justifica en bastantes ocasiones el cambio de redacción que se observa en el proyecto con relación al AktGes. Es curioso notar que, para justificar el establecimiento de la censura del informe sobre las relaciones entre empresas unidas, se aduce oficialmente el testimonio del libro de ADLER-DÜRING SCHMALTZ, *Rechnungslegung u. Prüfung der Aktiengesellschaft*, 3.<sup>a</sup> ed.: v. Beg., pág. 232.

(56) SEMLER, ob. y loc. cits.

(57) V. DUDEK, *Zum Referentenentwurf...*, cit., pág. 1102.

(58) WALTHER, *Zum Recht...*, cit., pág. 85; POHLE, *Konzernrecht...*, cit., pág. 311. Un resumen de las principales innovaciones se hace por SCHÄFFER, con motivo de la primera lectura en el Bundestag el 7-12-1960: v. Die AG, 1961, págs. 2/3.

(59) La enunciación de los grupos de problemas que hay que estudiar en las uniones de empresas, en WÜRDINGER, *Aktienrecht...*, cit., págs. 188 y ss.

(60) Sobre este problema, v. *Stellungnahme II*, pág. 8.

(61) Así KROPFF, *Konzernrechtliche Vorschriften...*, cit., pág. 173.

(62) Así *Denkschrift BPB*, pág. 48.

(63) BALLERSTEDT, *Unternehmen von besonderer...*, cit., págs. 50/51.

del fenómeno de los grupos, porque la valoración del mismo supuesto de hecho tiene que ser distinta en función de las diversas finalidades que quieren obtenerse en las distintas esferas en que el hecho de la agrupación tiene trascendencia. Por lo tanto, a lo que puede aspirarse es, no a un concepto unitario de grupo de empresa, sino a una concepción común acerca de este fenómeno que sirva de base para todas las intervenciones legislativas.

2. Conforme a la rotulación general del proyecto —dedicado a la reforma del *derecho de acciones*— el libro correspondiente —y los preceptos fuera del mismo pero relacionados con él—, el derecho de las uniones de empresa no debía de hacerse cuestión más que de los problemas referentes a las uniones de empresas constituidas por sociedades por acciones en cuanto se refiriesen al derecho de sociedades (64). Una ley dedicada a la sociedad por acciones no debía de superar el marco delimitado por esta institución.

Mas a pesar de esta rigurosa delimitación apriorística, el proyecto de reforma no puede sustraerse a la continuidad de la materia ofrecida por la realidad económica y sus normas se refieren, en principio, a las *uniones de empresas*, aunque las empresas unidas no pertenezcan todas al tipo sociedad por acciones. Pues lo cierto es que si, en muchas ocasiones, la empresa dominante no es una sociedad, es frecuente, sin embargo, que las sociedades dependientes adopten la forma de la sociedad por acciones (65).

A pesar de estos desajustes sistemáticos la inclusión en los proyectos de reforma de una parte dedicada a regular las uniones de empresas es indispensable, porque la preparación de un derecho comprensivo de todas las formas de empresa requiere un tiempo demasiado dilatado, durante el cual no puede renunciarse a la protección debida a los intereses de los accionistas participantes en sociedades incluidas en uniones de empresas (66).

B. La finalidad de la reforma en este punto se limita a regular aspectos del derecho de sociedades.

1. La intención del proyecto no es la de luchar contra la concentración. Este fenómeno económico, característico de la economía del momento presente, ofrece, junto a sus aspectos negativos, aspectos indudablemente beneficiosos para la comunidad política en la cual se desarrolla. Para impedir los males que pudiera producir el abuso del poder económico creado en esas concentraciones se ha promulgado ya otra ley —el *Kartellgesetz* de 1957—, a la cual se atribuye la protección y el mantenimiento de un mercado de libre competencia. La realidad, por otro lado, ha impuesto las uniones de empresa como elementos participantes en la vida económica y querer prescindir de ellas, chocaría con la realidad.

(64) La disección de los problemas atinentes al derecho de sociedades se hace por WÜRDINGER, *Sind auf dem Gebiete...*, cit., págs. 14 y ss.

(65) V. *Dankschrift BPP*, pág. 47.

(66) Así el *Vorstand der Schutzb. f. Wirtsp...*, cit. KLOSE, pág. 89.

La actitud neutral de los proyectos hacia el fenómeno de la concentración ha sido alabada tanto por los autores que han examinado la problemática suscitada por ellos (67), como por los círculos económicos directamente afectados por la regulación prevista. La cuestión propuesta en este momento al legislador no es, pues, la de averiguar si una concentración es perjudicial para la economía, sino la de averiguar en qué medida la nueva formación puede demandar el sacrificio de las sociedades anteriormente existentes, estableciendo las normas necesarias para que el sacrificio de intereses perteneciente a los accionistas anteriores se realice contra una compensación.

2. La finalidad del proyecto consiste en resolver el conflicto de intereses, planteado entre el interés del grupo y el interés de sus miembros mediante "una ordenación diáfana de la competencia orgánica y responsabilidad de los órganos sociales y un equilibrado sistema de acuerdos mayoritarios y derechos de la minoría" (68).

La protección de la estructura orgánica de la sociedad por acciones como un bien con valor propio ha sido desechado conscientemente en el proyecto de reforma. La estructura orgánica de la sociedad por acciones es un instrumento para la defensa de ciertos intereses, pero no un fin en sí misma. Por ello no se ha utilizado la reforma para una modificación de los órganos sociales que permitiera el ejercicio de un poder.

a) El tipo social regulado por las leyes es el de una sociedad independiente, con una pluralidad de accionistas cuyas participaciones poseen aproximadamente el mismo valor y en la cual, por lo tanto, el interés de los socios es aproximadamente homogéneo, de suerte que la solución de los conflictos de intereses pueden confiarse al funcionamiento del principio mayoritario. Pero si un socio posee la mayoría, se pierde esta homogeneidad entre los intereses del grupo y el remedio de impugnar el acuerdo perjudicial no se ha mostrado eficaz (69).

La base real de la cual han partido tanto el RefEnt (70) como el RegEnt es que existe una abierta diferencia entre la sociedad independiente (71) cuyas acciones están repartidas en un amplio sector

(67) HENGELER y KREIFEIS, *Absicht und Wirklichkeit...*, cit., pág. 40. V. también KROPFF, *Konzernrechtliche Vorschriften...*, cit., pág. 173. Sin embargo, en algunos puntos concretos se señalan infidelidades del proyecto a este pensamiento: p. ej., con la conclusión forzosa de un contrato de dominación se impide —o dificulta extraordinariamente— la subsistencia de grupos fácticos de empresas.

(68) Según SCHÄFFER, *Dic Aktienrechtsreform...*, cit., pág. 1258. Sobre la conveniencia de excluir de la reforma preceptos de carácter institucional, v. RASCH, *Gewinnabführungsvertrag...*, pág. 170, oponiéndose a la inclusión de representantes de la minoría en el consejo de vigilancia, propuesta por FISCHER.

(69) Sobre la necesidad de regular la sociedad por acciones con un gran capital y de gran trascendencia para la estructura económica, v. POTTTHOFF, *Neue Unternehmensform vordringlicher als Aktienrechtsreform*, DB, 1957, págs. 49 y ss.

(70) V. para el EntI, las explicaciones de SCHÄFFER, *Selbstfinanzierung und Konzernrecht*, págs. 60 y ss.; PLEYER, *Aktienrecht und Unternehmenskonzentration*, pág. 8.

(71) La junta general decide en estas sociedades de acuerdo con la mayoría

del público (72) y las sociedades que, cualquiera que sea el montante de su capital, están dominadas por un gran accionista —sobre todo si éste no es una persona privada, sino un empresario—, a cuyos intereses económicos puede sentirse inclinado a sacrificar los intereses de la sociedad de la que es socio mayoritario, no ya, sólo, mediante el ejercicio de su voto, sino incluso mediante el ejercicio de su influencia sobre el órgano administrativo.

Los riesgos que amenazan los intereses de la sociedad dependiente se acrecientan, considerablemente, cuando se constituye un grupo de empresas entre varias empresas dependientes y la empresa dominante a cuyo poder de dirección quedan todas sometidas (73).

b) El problema del derecho de los grupos consiste en determinar las relaciones entre el interés del grupo, como unidad económica que se ha creado, y el interés de los miembros del mismo, y, eventualmente, las circunstancias dentro de las cuales puede permitirse el predominio del interés del grupo, estableciendo a continuación los preceptos pertinentes para delimitar claramente la responsabilidad en que incurren los infractores del ordenamiento establecido (74).

El principio fundamental sobre el cual descansa la estructuración de los intereses en el grupo, es el de que no puede concederse ninguna preponderancia al interés del grupo frente a los intereses individuales de sus miembros (75).

Pero las realidades económicas, de las que el jurista no puede prescindir si pretende realizar una obra duradera y funcionalmente valiosa, impiden una vigencia incondicionada del principio más arriba mencionado. Existe ciertamente una unidad económica, cuyo interés puede realizarse por encima de los intereses de las sociedades integrantes, siempre que los accionistas obtengan una compensación adecuada por los daños que se les originen a consecuencia del acto perjudicial. Pero la licitud de conductas que persiguen la satisfacción del interés superior del grupo desaparece tan pronto como existe un perjuicio del interés de los accionistas externos, no compensando en alguna manera, o de los acreedores. En el perjuicio incondicionado de estos intereses encuentra su límite natural la realización de los in-

---

de capital representado en la junta, lo cual representa que el poder de decidir sobre la marcha de la sociedad comporta el riesgo consiguiente.

(72) Al estar distribuidas entre un gran sector del público las acciones de una sociedad, los intereses de los titulares adquieren carácter homogéneo. Pero, al mismo tiempo, se corre el riesgo de que una minoría —relativamente pequeña— organizada decide de los asuntos sociales, frente a la mayoría, que, por la pequeñez de su participación, se abstiene de participar en la administración de la sociedad. Este dato constituye el punto de partida para proponer una reforma de estas grandes sociedades, cuyo dominio por un accionista minoritario es más fácil que en el caso de una sociedad de un número de socios relativamente pequeño.

(73) Así SCHÄFFER, *Stabsfinanzierung...*, cit., pág. 61.

(74) SCHÄFFER, ob. y loc. cits., donde se hace hincapié en la primera parte del planteamiento, aunque las otras dos aparecen lógicamente como consecuencia de la primera.

(75) Así lo proclama SCHÄFFER, ob. y loc. cits. v., más adelante, al tratar del poder directivo y de la responsabilidad —sobre todo en los grupos fácticos—

tereses superiores, invocados para exonerarse de responsabilidad los órganos.

La concepción general del proyecto continúa apoyándose sobre la necesidad de que la empresa dominante y la sociedad por acciones celebren un contrato de dominación —y, en determinadas circunstancias (§§ 308 y sig.), un contrato de incorporación—, a fin de hacer perceptibles las relaciones entre las empresas y que entren en juego las normas cautelares previstas para estos supuestos. A la conclusión de un contrato de este tipo acompaña inexorablemente, un conjunto de medidas que garantizan a los socios y acreedores el mantenimiento del contenido económico de su posición jurídica. Para lograr la conclusión de un contrato de este tipo se utiliza un instrumento, que, aunque suavizado en la redacción del Ent II, sigue siendo extraordinariamente riguroso, ya que consiste en imponer a la empresa dominante de hecho la responsabilidad por los daños que, sin compensarse con ninguna ventaja, se originen de las medidas inspiradas por la empresa dominante.

Contra la concepción del proyecto de fundar el poder directivo de la empresa dominante sobre un contrato se ha insinuado, pero sin desarrollar el argumento, que, en ciertas circunstancias, puede ser inconveniente la conclusión de un contrato de concentración entre la empresa dominante y la sociedad por acciones dominada (76).

Desde el punto de vista de su viabilidad, se ha puesto de manifiesto (77) que, en ciertos casos, la empresa dominante, a pesar de poseer más de la mitad de las acciones de la sociedad dominada, no podrá concluir el contrato necesario para fundar jurídicamente su posición de señorío, porque la minoría, poseedora del 25 % de las acciones, impedirá que la junta adopte el acuerdo necesario para la efectividad de aquél. En esta situación, la empresa —a la cual, según el § 16, se la considera dominante por la posesión de más de la mitad de las acciones de una sociedad—, no tiene más salida que someterse a las rigurosas consecuencias previstas para el ejercicio de un poder de hecho ... o esforzarse por adquirir en el mercado las acciones suficientes para poder adoptar el acuerdo necesario, con la consecuencia del encarecimiento consiguiente de las acciones y, ulteriormente, con el fortalecimiento de una concentración, a la cual no se opone el legislador ciertamente, pero que tampoco puede desearse (78). Por otro lado, este peligro de fortalecer la concentración de los capitales está latente en el sistema puesto que, prescindiendo del caso límite señalado, es claro que la empresa dominante puede con-

---

(76) FLUME, *Der Referentenentwurf...*, cit., pág. 22.

(77) Primero por FLUME, ob. y loc. cit., y luego, por HARTMANN, *Konsernrecht und Aktienrechtsreform*, cit., pág. 65.

(78) HARTMANN, ob. y loc. cits. La consecuencia era más injusta en el sistema del RefEnt, que establecía para los grupos de hecho una responsabilidad objetiva.

vertirse en accionista único de la sociedad si opta por adquirir sus títulos (79).

C. En la primera parte del proyecto se incluyen unos preceptos destinados a fijar el campo, al cual se aplicarán las normas contenidas en el libro tercero.

1. El concepto de "uniones de empresa" comprende cuatro formas distintas, que, a su vez, constituyen conceptos que se interfieren recíprocamente (80). Son uniones de empresas la empresa dominante y dependiente, las empresas agrupadas, las empresas recíprocamente dependientes o que constituyen los elementos personales de un contrato de empresa § 15.

Los proyectos de reforma no han contemplado expresamente las uniones personales (*personelle Verbindungen*) (81). Bajo esta denominación pueden comprenderse las relaciones entre empresas que surgen cuando una de ellas ha delegado personas dependientes de la misma para que actúen, promoviendo la realización de ciertos intereses, en otra distinta (82). La problemática originada por el ejercicio de una influencia decisiva (*massgebende Einfluss*) mediante uniones personales se halla situada entre los preceptos contra los abusos de influencia (§ 101 AktGes) y los que rigen las relaciones entre empresa dominante y dependiente (83).

Este *neues Oberbegriff* de uniones de empresas ha sido criticado por Würdinger (84), porque los supuestos que abarca no poseen una justificación unitaria en el plano de la política jurídica que permita someterlos a unas consecuencias jurídicas unitarias como hace el proyecto. La situación de dependencia de una empresa es relevante a estos efectos, desde la perspectiva del influjo que la empresa dominante puede ejercitar en la dependiente a través de la composición del Consejo de vigilancia y, en último extremo, del órgano administrativo. Ahora bien, equiparar este supuesto de hecho al del grupo no es adecuado ni a la coherencia sistemática del ordenamiento de las sociedades anónimas, ni a las necesidades reales que se deducen de la pura participación accionista.

Però el § 15 no tiene más finalidad técnica que simplificar las remi-

(79) Así FLUME, *Der Referentenentwurf...*, cit., pág. 20; HENGELER y KREI-FELS, *Absicht und Wirklichkeit*, pág. 39.

(80) KROPFF, *Konzernrechtlichen Vorschriften...*, cit., pág. 194.

(81) Esta expresión neutral es más comprensiva que las de *persönliche Verpflechtungen* o *personelle Verpflechtungen* —utilizadas también para designar el mismo fenómeno— porque estas últimas presuponen una más intensa unión —p. ej., existe también una unión contractual o basada en la participación en el capital social—; v. PLEYER, *Die personelle Verbindungen im Aktienrecht*, Die AG, 1962, pág. 205, nota 1.

(82) PLEYER, ob. y loc. cits., con indicación de materiales y bibliografía.

(83) Así PLEYER, ob. cit., pág. 213. Sobre la cuestión de la dependencia, v. más adelante.

(84) WÜRDINGER, *Zur Reform des Konzernrechts*, págs. 279 y ss.; KÖHLER, *Der Referentenentwurf...*, cit., pág. 112.

siones que se hagan a las cuatro situaciones descritas en el § 15. No constituye, sin embargo, una descripción material de un grupo especial de empresas. Con él quieren evitarse las dificultades interpretativas originadas por la segunda parte del § 15 AktGes, sobre todo cuando se ponía en relación con el § 76, 4 del BtrVg (85).

2. La caracterización de las distintas situaciones enumeradas se realiza por los siguientes preceptos, en los cuales no deja de existir normas con carácter más general.

a) Los conceptos de empresa dominante (*herrschendes Unternehmen*) y empresa dependiente (*abhängiges Unternehmen*) varían en relación con los establecidos por el AktGes, en cuanto que, aun sin romper abiertamente con ellos, pretende esclarecer las dudas suscitadas en el régimen vigente. La situación de dependencia es caracterizada porque la empresa dominante puede ejercitar mediata o inmediatamente, sobre la dependiente un influjo dominante (§ 16). Este influjo puede basarse sobre los más diversos fundamentos —incluso sobre relaciones fácticas, aunque sea extraño que éstas bastan para ello— renunciando, por lo tanto, el proyecto a una enumeración que considera imposible, con lo cual salva la discusión nacida alrededor de la anterior redacción.

A diferencia del grupo de empresas —cuyo concepto exige que la dirección unificadora del grupo se ejerza de hecho— basta para la existencia de la relación de dominio que el influjo pueda ejercerse aunque, de hecho, no sea así.

Para establecer cuando se da la posibilidad de influjo, prescribe el proyecto que se presume, sin posibilidad de probar en contra, que existe cuando la empresa dominante posee la mayoría de las participaciones (*Anteile*) o de votos. El cálculo de esta mayoría se realiza teniendo en cuenta la relación del capital nominal de la empresa dependiente con el total de las participaciones poseídas por la dominante. Para potenciar la eficacia del precepto y evitar fraudes, se prescribe que en esta última cifra han de incluirse las participaciones poseídas por una empresa dependiente (86).

b) Sobre el primer apartado del § 15 AktGes de 1937, la doctrina alemana ha constituido un concepto de grupo de empresa (*Konzern*) (87) acerca de cuyas notas existe práctica unanimidad en comentarios y en obras sistemáticas. Se trata de un conjunto de empresas que, manteniendo su independencia jurídica, están

(85) Así *Beg.* al § 16. V. también los comentarios al AktGes de 1937, § 15: para los problemas que presentaba la aplicación de las normas del AktGes en el ámbito de la constitución de la empresa, NEUMANN-DÜSBERG, *Probleme des Betriebsverfassungs- und Konzernrechts*, ZHR, 118 (1955), págs. 35 y ss.

(86) V. *Beg.* al § 16, que lo basa en una mayor fidelidad a la realidad económica.

(87) La distinción de los conceptos de *Kartell* y *Konzern* es constante en la literatura alemana sobre el derecho de la competencia. El primero tiene aplicación en el *Kartellgesetz*, mientras que es el segundo el que tiene importancia para el asunto tratado en el texto.

sometidas a una dirección unitaria, para obtener fines económicos. Esta última característica, especialmente subrayada por Schmidt (88) y Godin-Wilhelmi (89), excluyen del concepto de grupo definido por el § 15 aquellas uniones de empresas cuyas finalidades son de carácter ideal. Por considerarse superflua esta exigencia, el proyecto la ha suprimido.

El problema principal que la redacción del § 15 AktGes suscitó en la literatura dedicada al esclarecimiento de la ley de 1937 era el de fijar si la situación de dependencia descrita en el segundo apartado del § 15 constituye una subespecie (*Altart*) del género más amplio del grupo (*Konzern*) o es una hipótesis independiente.

Al configurar el proyecto los conceptos de grupo y de empresa agrupadas (*Konzernunternehmen*), el § 17 separa, con finalidades aclaratorias, los casos de *Unterordnungskonzern* y de *Gleichordnungskonzern*, cuya eficacia normativa es distinta.

a') La primera modalidad se caracteriza porque la empresa dominante ejercita la dirección única de una o varias empresas dependientes —jurídicamente independientes (90)—, que son las *Konzernunternehmen*. La agrupación de presume, sin admitir prueba en contrario, cuando la relación de dominio se basa en un contrato de este tipo (*Beherrschungsvertrag*) o cuando la empresa dependiente está incorporada (*eingegliedert*) en la dominante. Mientras no se pruebe lo contrario, se presume que la empresa dominante y la dependiente forman un grupo de empresas. Con ello se pretende fortalecer la postura del censor de las cuentas formuladas por el grupo de empresas como unidad económica. Ni se exige que la dirección única se ejerza con finalidades económicas, ni se prescribe la intensidad y forma de la dirección por el proyecto. Esta última precisión es imposible por la multiplicidad de formas existentes en el tráfico e inconveniente porque, con ella, se restringiría inadecuadamente el ámbito del concepto. Existe dirección única cuando la dirección del grupo determina la política negocial de las sociedades incluidas en el grupo, sin nece-

(88) SCHMIDT, en *Grosskomm. AktGes.*, I, pág. 83.

(89) GODIN-WILHELM, *Komm.*, pág. 46. V. también BAUMBACH-HUECK, *Komm.*, pág. 25.

(90) El mantenimiento de la independencia jurídica de las sociedades agrupadas —o puede obedecer— a un interés digno de tutela jurídica. Por lo que se refiere a las relaciones externas, la sociedad dependiente es frecuentemente conocida en el tráfico, posee una firma, tiene clientela propia, aviamiento independiente, circunstancias todas que aconsejan que siga funcionando en el tráfico. Por otro lado, desde el punto de vista de la organización de la empresa, puede ser conveniente mantener una descentralización de la misma mediante órganos administrativos independientes, que desaparecerían al transformarse las empresas de las sociedades unificadas en meras explotaciones técnicas. Igualmente, es conveniente conservar la posibilidad de una fácil separación en caso de que lo aconsejen las cambiantes circunstancias económicas. Por último, se ahorran los gastos que pudiera producir una fusión en el plano fiscal: v. WÜRDINGER, *Aktienrecht*, pág. 189.

sidad de que aquella esté jurídicamente autorizada para dar instrucciones (91).

b') El párrafo 2 trata del *Gleichordnungskonzern*. Se trata en este caso de empresas jurídicamente independientes, sometidas a una dirección única, pero sin que unas dependan de las otras. La dirección puede unificarse, bien mediante la creación contractual de un órgano común al cual se haya atribuído esa facultad, bien porque las participaciones se hallen reunidas en manos de una persona que no pueda considerarse empresario.

c') Las dos categorías de grupos pueden estar, a su vez, unidas (92). Las empresas que pertenecen al grupo se denominan, en ambos supuestos, empresas agrupadas (*Konsernunternehmen*).

c) Para solucionar las dudas sobre la inclusión o no de las empresas recíprocamente participantes dentro del concepto de dependencia, el § 18 introduce el concepto correspondiente —desconocido en el AktGes de 1937—, considerando que el recíproco influjo dominante convierte a ambas empresas en dependientes (93). Pero la relevancia general del fenómeno comienza a partir del momento en que la reciprocidad de las participaciones sobrepasa ciertos límites cuantitativamente determinados (94).

d) A las situaciones expresamente mencionadas por el § 15 han de añadirse las sociedades incorporadas (*eingegliederte Gesellschaften*: § 308 y ss.) las cuales son equiparadas, en lo esencial (95), a aquéllas (96). Las sociedades incorporadas son sociedades que han celebrado un contrato especial con otras sociedades por acciones que son titulares de la totalidad —o, al menos, del 95 %— de todas sus acciones.

(91) V. lo que más adelante se dice acerca de la estructura y consecuencias del llamado grupo fáctico de empresas.

(92) Expresamente reconocida esta posibilidad en el Proyecto: v: *Beg.*, página 102.

(93) *Beg.*, pág. 102. Para la problemática suscita por esta situación durante la vigencia del AktGes de 1937, v., fijando los términos del planteamiento y las posibilidades de solución del problema, *WINTER, Die wechselseitige Beteiligung von Aktiengesellschaften*, (Köln, 1960).

(94) La situación de recíproca participación posee una problemática propia, que se examina en otro lugar.

(95) RASCH, *Richtige und falsche Wege...*, cit., pág. 34.

(96) Sobre el régimen de esta situación y sus diferencias con el de la situación creada mediante la conclusión de un contrato de empresa, v. más adelante.

## LOS GRUPOS DE EMPRESAS FUNDADOS CONTRACTUALMENTE

### § 1

#### LOS CONTRATOS DE EMPRESA: SIGNIFICADO Y CARACTERIZACIÓN

- I. GENERALIDADES.—A. Concepto.—B. La conexión de la disciplina vigente en el AktGes y la introducida por los Proyectos de reforma: 1. Los tipos contractuales. 2. La formación del contrato: a) Aprobación por la junta general; b) La posible modificación de los estatutos.—II. Los tipo; CONTRACTUALES PREVISTOS POR EL PROYECTO.—A. Los contratos de organización: 1. El contrato de dominación (*Beherrschungsvertrag*): a) Las discusiones alrededor del *Organschaftsvertrag*; b) El contrato de instrucción (*Wissungsvertrag*) en el RegEnt; c) El contrato de dominación en el Proyecto del Gobierno: a') Concepto; b') Crítica. 2. El contrato de cesión de beneficios.—B. Los contratos de carácter obligatorio: 1. Referentes a los beneficios sociales: a) La comunidad de beneficios; b) La cesión parcial de beneficios. 2. Referentes al establecimiento de la sociedad: a) El arrendamiento de establecimiento; b) La cesión de establecimiento; c) La gestión por cuenta ajena del establecimiento.—C. Los tipos contractuales excluidos.

I. Las uniones de empresas (*verbundene Unternehmungen*) pueden descansar sobre la existencia de un contrato adecuado para fundar la dirección unitaria que caracteriza a los grupos. Correlativamente, los proyectos de reforma regulan los contratos de empresa, que, por su causa y por su estructura, son idóneos para constituir un grupo de empresas en una de las dos modalidades examinadas anteriormente.

La regulación de los contratos de empresa prevista por los Ent I y Ent II encuentra en la opinión pública alemana una viva resonancia (1) y obtiene, en principio, una favorable acogida, porque con ella se resuelven en sentido positivo las dudas existentes (2) sobre su admisibilidad en el derecho vigente de la sociedad anónima (3), reco-

(1) Referido por POHLE (*Konzernrecht —insbesondere Konzernabschluss*—, Dic AG, 1960, pág. 311) al RegEnt, pero aplicable igualmente al segundo Proyecto, en el cual salvo las modificaciones que se verán— se mantienen las mismas líneas generales.

(2) Así, p. ej., POHLE, *Zur Neuordnung...*, cit., pág. 120 y la *Gemeinsame Denkschrift*, pág. 76. V., en contra, WÜRDINGER, *Betrachtungen...*, pág. 16. La cuestión ha desaparecido en el RegEnt al dictar preceptos que expresamente excluyen la incompatibilidad entre los contratos de empresa y la sociedad anónima.

(3) Estas cuestiones se tratan más adelante, sobre todo al examinar el contrato de dominación (*Beherrschungsvertrag*).

nociendo, además, ciertas facultades de dirección a las empresas dirigentes del grupo. Pero ha sido también objeto de críticas, dirigidas, más que contra el conjunto de los preceptos que integran esta parte, contra ciertas particularidades de la regulación prevista.

Por otro lado, esta parte de los proyectos no es absolutamente nueva, sino que algunos tipos contractuales son ya previstos por el AktGes de 1937, pudiéndose decir, en términos generales, que constituyen una generalización de las normas contenidas en dicha ley y, al mismo tiempo, un fortalecimiento de la posición de la sociedad y de los socios mediante el establecimiento necesario de garantías para conservar la sustancia económica de sus derechos.

A. La nueva denominación de contratos de empresa (*Unternehmensverträge*; *Unternehmungsvverträge*; Würdinger), utilizada ya por el primer proyecto, indica que lo típico de estos contratos es que modifican la estructura de la empresa y que, por regla general, son celebrados entre sujetos que, conforme al ordenamiento jurídico alemán, son calificados como empresarios (4).

Esta categoría no ha pasado sin críticas, porque se ha estimado que los tipos estructurales comprendidos en ella no poseen idéntica estructura ni persiguen las mismas finalidades, por lo cual la regulación parcialmente unitaria que se establece por el proyecto —conclusión, modificación y terminación— es difícilmente adaptable a todas las hipótesis previstas (5).

B. El AktGes 37 (6) ya regulaba algunos de los tipos contractuales mediante los cuales podía realizarse la inserción de una sociedad por acciones en un grupo de empresas, completando así lo dispuesto en el § 15 (7). El § 256 AktGes recoge en sus dos primeros apartados las distintas hipótesis contractuales (8) que, en el tercero

(4) Así *Beg*, pág. 215.

(5) WÜRDINGER, *Zur Reform...*, cit., pág. 232. Los tipos contractuales recogidos por el § 281 coinciden parcialmente con los recogidos por el § 256 AktGes, radicando su característica común en que la sociedad cesa de explotar su empresa por cuenta exclusiva de sus propios accionistas. En el contrato de comunidad de ganancias, la sociedad continúa explotando su empresa también por cuenta de un tercero; si cede en arrendamiento su empresa, la sociedad se convierte en una sociedad rentista; incluso puede suceder que la sociedad continúe explotando su empresa, pero por cuenta exclusiva de un tercero, y sin tener, por lo tanto, la intención de obtener ganancias para sí. La caracterización de los diversos tipos contractuales se hace más adelante.

(6) En este apartado no se consideran más que los puntos imprescindibles para poder explicar la conexión de los textos del RegEnt con la disciplina anterior del AktGes. Por ello, la caracterización —en los límites precisos para este trabajo— de los contratos del § 256 AktGes termina de hacerse al tratar de los mismos en el Proyecto de reforma.

(7) GONDIN-WILHELM, *Komm.*, pág. 1065.

(8) En resumen de las discusiones alrededor de los textos del AktGes puede verse en PLEYER, *Aktienrecht und Unternehmenskonzentration*, Die AG, 1959, páginas 7 y ss. y 39 y ss. Para la información sobre los problemas de esta ley, los comentarios a la misma, y, de una manera especial —por su proximidad a la reforma y por su carácter resumitivo— SCHILLING, en *Grosskomm. AktGes*, II

y último, regula unitariamente en el sentido de someterlos al requisito de la aprobación de la junta general mediante un acuerdo adoptado con ciertos requisitos (9).

I. De los tipos contractuales es la comunidad de beneficios (*Gewinngemeinschaft*) (10) la que merece mayor atención, dedicándole el primer apartado integrantemente, mientras que los restantes tipos se recogen, conjunta y alternativamente, en el segundo. Característica común a todos estos contratos es la de que, después de su celebración, desaparece la independencia económica de la sociedad por acciones (11).

a) El contrato de comunidad de beneficios adquiere relevancia jurídico-social cuando, por sí solo o en conexión con otros contratos del mismo tipo, impone a la sociedad el deber de ceder a un tercero más de las tres cuartas partes de sus ganancias.

a') El contrato al que se refiere expresamente el § 256 (1), AktGes es el contrato de comunidad de beneficios. Por lo cual, caen fuera de su ámbito los contratos que se refieren exclusivamente a una parte de la actividad empresarial. Las prestaciones de las partes son de carácter económico, procedentes de su actividad económica. En principio no afecta a la posición jurídica de sus órganos, los cuales continúan desarrollando bajo su responsabilidad el objeto social. Pero, de hecho, en casi todas las ocasiones, existe una cierta organización común, en la cual participan las empresas obligadas, encargada de establecer las bases de una común política económica (12).

b') Pero juntamente con esta hipótesis, contempla el AktGes el contrato de cesión de beneficios, en el cual no existe la reunión del beneficio producido por las partes contratantes, sino que la sociedad por acciones cede sus ganancias a la parte contra-

(Berlín, 1962), págs. 600 y ss., con bibliografía. También son interesantes los comentarios a los §§ 705 y ss. del BGB: v. GEILER, en STAUDINGER, *Kommenciar z. BGB*.

(9) El § considerado en el texto se contiene en la segunda parte del libro III (Fusión. Transmisión del patrimonio. Modificación). La agrupación de la comunidad de beneficios (*Gewinngemeinschaft*) con la transmisión del patrimonio (*Vermögensübertragung*) se justifica por la Exposición de Motivos del AktGes de 1937 en el hecho de que la primera constituye frecuentemente la preparación para una fusión o para una transmisión del patrimonio. Por ello es necesario proteger a los accionistas externos frente a la abdicación de su independencia económica por parte de la sociedad.

(10) Esta rúbrica, aplicable a todas las hipótesis contenidas en el § 256, no ha sido, según GODIN-WILHELM, *Komm.*, pág. 1067, bien elegida porque en los tres últimos existe comunidad de beneficios.

(11) SCHILLING, en *Grosskomm. AktGes*, II, pág. 601.

(12) Sobre esta cuestión, v. especialmente BÜHLER, *Steuerrecht der Gesellschaft und Konzern* (Berlín-Frankfurt/M, 1956, 3.<sup>a</sup> ed.). También hay indicaciones interesantes en RASCH, *Deutsches Konzernrecht* (Köln-Berlín, 1955, 2.<sup>a</sup> ed. reelaborada); FIREDLANDER, *Konzernrecht* (Berlín, Frankfurt/M, 1954, 2.<sup>a</sup> ed.). Las particularidades más interesantes se hallan resenadas —como fase previa para su crítica— en *Übermäßige Konzentration, ihre Gefahren und Möglichkeiten der Eindämmung*, editado por la *Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmter* (ASU, e. V), (Bonn, 1959) —especialmente, págs. 27 y ss.—.

ria. Constituye uno de los elementos caracterizadores del contrato —no previsto expresamente por el AktGes, pero extraordinariamente difundido en la práctica y disciplinado en su aspecto fiscal—, conocido bajo la denominación de *Organschaftsvertrag*, que, en la nueva ordenación proyectada, adquiere independencia conceptual.

b) De forma puramente descriptiva, el mismo apartado se refiere a otros tres tipos contractuales cuya nota común es la de que el beneficio producido por la empresa social se adquiere no por la misma sociedad, sino por un tercero que, para ello, satisface una remuneración (13).

a') En primer lugar, se prevé el arrendamiento de la explotación de la empresa social. La sociedad deja de gestionar directamente la explotación y obtiene su beneficio en forma de contraprestación que la empresa arrendataria le paga por el uso de aquella. A este contrato se refieren, en mayor o menor medida, el resto de los tipos contractuales previstos y, en especial, el *Betriebsüberlassungsvertrag*, con el cual queda, en ocasiones, agrupado el arrendamiento bajo la denominación genérica de contratos de transmisión de explotación en sentido amplio (14).

b') El § 256 AktGes se refiere a un contrato mediante el cual la sociedad por acciones entrega a otra persona la explotación de su empresa de modo distinto al previsto para el arrendamiento. Este contrato es conocido bajo el nombre de *Betriebsüberlassungsvertrag*. Dentro del mismo se comprendían, a la vista del § 256, II AktGes (15), contratos en los cuales una empresa asumía, a cambio de una contraprestación, la gestión del establecimiento mercantil por cuenta de la sociedad propietaria, actuando frente a terceros bien en nombre propio (16), bien en nombre de la sociedad (17).

c') El mismo § regula también un contrato por el cual la sociedad se compromete a gestionar su empresa por cuenta de otra persona, a cambio de una contraprestación que ésta última paga a la sociedad —*Betriebsführungsvertrag* (18) o *Indienstellungsvertrag* (19)—. La sociedad titular de la explotación afectada por el contrato puede actuar en nombre de la empresa por cuya cuenta actúa, en

(13) Así GODIN-WILHELM, *Komm.*, pág. 1067.

(14) Así se estima de manera casi general por la literatura alemana.

(15) Así RASCH, *Konzernrecht*, pág. 62. Tales contratos se llamaban en la práctica *Betriebsführungs—(Verwaltungs—)vertrag*, pero, de acuerdo con la terminología del AktGes, han de llamarse *Betriebsüberlassungsverträgen*.

(16) Tal es la única hipótesis comprendida por GONDIN-WILHELM, *Komm.*, pág. 1067, comprendida en el *Betriebsüberlassungsvertrag*.

(17) Las posibles modalidades de este contrato, no aceptadas unánimemente, en SCHILLING, en *Grosskomm.*, II, pág. 668.

(18) BAUMBACH-HUECK, *Kommentar* (Múnich u. Berlín, 1962), pág. 866. La denominación utilizada por el RegEnt es la de *Geschäftsführungsvertrag* (v. más adelante las razones que justifican el cambio de denominación).

(19) V. WÜRDINGER, *Aktienrecht*, pág. 196; GODIN-WILHELM, *Komm.*, pág. 1067.

virtud del poder que ésta última le confiere (20), pero también en nombre propio (21).

2. Sólo la formación del contrato es objeto de regulación por el § 256 AktG, quedando el resto del esquema negocial abandonado a la libertad contractual (22) que, entre otros, hallará los límites establecidos en el propio ordenamiento de las sociedades anónimas.

a) El requisito de la aprobación por la junta general —impuesto exclusivamente para la conclusión del contrato, pero no para su modificación o extinción (23)—, constituye una limitación al ilimitado poder de representación con que el § 70 AktGes dota al órgano administrativo (24). En la estructura del contrato, el acuerdo aprobatorio representa un requisito de eficacia, que puede emitirse con anterioridad a la celebración del contrato (*Einwilligung* § 183 BGB), o con posterioridad (*Gemehmigung*: § 185), retrotrayéndose sus efectos a la celebración del contrato por los administradores (25), tan pronto como éstos comuniquen a la otra parte contractual el consentimiento de la junta (26).

Fuera del consentimiento emitido por la junta, no se exige ningún otro requisito. Ni la documentación, notarial o judicial, del acuerdo (27) ni la inscripción del acuerdo en el registro mercantil (28),

Los requisitos que deben de concurrir en el acuerdo aprobatorio de la junta se recogen por la última parte del § 256. En principio requiere que el acuerdo se adopte con una mayoría que, al menos, represente las tres cuartas partes del capital asistente a la junta. Los estatutos pueden establecer otros requisitos —mayoría de capital más elevada ...— (29).

b) Una cuestión importante propuesta por la celebración de estos contratos bajo el régimen del AktGes es la de averiguar si ellos implican o no la modificación de los estatutos sociales. En caso afirmativo habrían de aplicarse los preceptos correspondientes a estos cambios. Esta solución se apoya sobre la consideración de que tales contratos afectan a la constitución y al fin de la sociedad tan decisivamente como los otros cambios previstos por el § 146 Akt-

(20) Única posibilidad reconocida por SCHILLING, en *Grosskomm.*, II, pág. 609.

(21) Contra la identificación de este contrato con el *Organschaftvertrag*, mantenida por RASCH y HUECK, v. SCHILLING, ob. y loc. cits.

(22) Así, expresamente, TEICHMANN-KÖHLER, *Kommentar*, pág. 256; SCHILLING, ob. cit., pág. 601.

(23) Así concuerda los comentarios: GODIN-WILHELM, pág. 256; TEICHMANN-KÖHLER, pág. 539; SCHILLING, en *Grosskomm. AktG*, II, pág. 610, sólo para la eliminación de una parte del contrato.

(24) SCHILLING, ob. y loc. cits.; TEICHMANN-KÖHLER, ob. y loc. cits.

(25) TEICHMANN-KÖHLER, ob. y loc. cits.

(26) BAUMBACH-HUECK, *Komm.*, pág. 515.

(27) BAUMBACH-HUECK, ob. y loc. cits. en nota anterior.

(28) Así unánimamente los comentarios al § 256 AktGes. Constituye una consecuencia de no considerar estos contratos como una modificación de los estatutos sociales.

(29) V. en este punto la regulación prevista en el AktGes para la modificación del objeto social.

Ges (30). El § 256 AktGes no hace más que establecer un requisito para la celebración de los contratos previstos, pero deja intocada la cuestión aquí planteada, que habrá de resolverse en función del significado que tales actos poseen en el tipo social.

Según Pleyer, la celebración de uno de los contratos previstos por el AktGes afecta a los principios fundamentales de la sociedad anónima como figura jurídica y sus requisitos no pueden establecerse sólo en función del § 256. Por lo tanto, si los estatutos no habían previsto que tales contratos pudieran celebrarse por mayoría, se requerirá la unanimidad para la reforma de los estatutos y, ulteriormente, el acuerdo autorizativo de la junta con la mayoría prevista legalmente por el § 256. Por el contrario, si ya se ha previsto en los estatutos que tales contratos pueden celebrarse mayoritariamente, el acuerdo mayoritario ulterior no carece de importancia, sino que significa el asentimiento de los socios a las condiciones contractuales que concurren en el caso concreto (31).

II. La enumeración de los tipos contractuales se realiza en el RegEnt por los §§ 280 y 281. Los contratos, descritos y caracterizados por estos preceptos, no agotan el repertorio de los tipos contractuales mediante cuya conclusión puede constituirse una unión de empresas (31 bis).

La regulación de los *Unternehmensverträge* en el RefEnt difiere de la establecida por el RegEnt. La materia de los contratos de empresa ofrecen en el conjunto normativo del RegEnt una articulación mayor que la presentada en el RegEnt, puesto que se han dividido en dos grupos a cada uno de los cuales dedica un párrafo interpendiente. No se hace referencia en el texto articulado a ninguna calificación dogmática de carácter unitario. Su agrupación está en función de la trascendencia jurídica que los mismos poseen para la estructura de la sociedad por acciones afectada, de suerte que mientras unos —§ 280— son los “contratos de empresa”, los restantes, enumerados y descritos por el § 281, son “otros contratos de empresa”.

La distinción realizada entre los tipos contráctuales de carácter orgánico —§ 280— y los tipos de carácter meramente obligatorio —§ 281— está basada sobre criterios jurídicos y su trascendencia es normativa (32). Pero también se corresponde con la importancia que tienen en

(30) Sobre esta discusión, v., además de los comentarios antes citados, DUDEN, *Aktienrechtlichen Fragen zur “Organschaft” mit einem Grossaktionär*, BB, 1957, págs. 49 y ss.; y, en sentido contrario, HÜECK, *Zur Frage des Rechtswirksamkeit der Organschaftsverträge*, DB, 1959, págs. 223 y ss. (con posterioridad publicado de nuevo en *Die Aktienrechtsreform (Teil II). Beiträge zum Reforenentwurf eines Aktiengesetzes* (Düsseldorf, s.d.), págs. 9 y ss. También MESTMÄCKER, *Verwaltung*, págs. 337 y ss.

(31) PLEYER, *Aktienrecht...*, pág. 11.

(31 bis) Así lo han hecho notar WÜRDINGER, *Bemerkungen...*, cit., pág. 18; y RAUTMANN, *Probleme...*, cit., pág.

(32) V. más adelante los distintos efectos que producen uno y otro tipo de contratos por lo que se respecta a las garantías para los socios externos y la sociedad contratante.

el tráfico, ya que la comunidad de intereses, muy favorecido en los años veinte de este siglo, ha desaparecido casi totalmente del tráfico. En la actualidad se abandona la técnica de integración entre empresas de igual rango, al preferirse los grupos en que una empresa adquiere el poder directivo sobre las otras, y los contratos referentes a la gestión de la empresa, aunque hayan adquirido cierta relevancia en la práctica fiscal, tienen una difusión localizada en ciertas ramas comerciales —por ejemplo, pequeñas empresas de ferrocarriles— (33).

La elección de los contratos previstos por los §§ 280 y 281 no es —según Würdinger (34)— sistemáticamente congruente con el lugar que ocupan en el proyecto. En efecto, bajo la rúbrica general de contratos de empresa no se comprenden todos los contratos mediante los cuales pueden constituirse los grupos, por lo cual las empresas pueden agruparse sobre la base de contratos distintos a los legalmente enumerados —p. ej., comunidad de intereses sin comunidad de beneficios— (35). Por otro lado, alguno de estos contratos puede no ser apropiado para constituir una unión —o no constituirla en el caso concreto— y, sin embargo, quedan sometidos en todo caso a las consecuencias establecidas por ellos (36). En definitiva, puede afirmarse que la regulación de los contratos de empresa se ha hecho teniendo presente sus efectos para los accionistas y para los acreedores, quedando en un segundo plano su relación con la posible unión de empresas que mediante ellos puede crearse.

A. Los tipos contractuales más trascendentales (*die einschneidendsten Vertragstypen*) y que constituyen una parte especialmente complicada de la regulación total de los contratos de empresa (37) son los previstos por el § 280 RegEnt, porque constituyen la fuente más importante de posibles perjuicios para los accionistas externos (38).

Aunque —como corresponde a su carácter— las observaciones que acompañan al RegEnt no se pronuncian acerca del carácter de estos contratos, la mayor parte de los autores —y también el propio pro-

(33) Estas observaciones se hicieron por RASCH, *Gewinnabführungs-*, pág. 165, cuando se publicó el primer Proyecto, que, en un solo precepto, contenía todos los tipos contractuales, sin distinguirlos en grupos. Aunque algunos de estos contratos no ofrecen en la actualidad interés político-jurídico, pueden adquirirlo súbitamente, si los empresarios, para adaptar su actividad a las normas jurídicas vigentes, conceden su preferencia a los tipos contractuales que menos cargas les impongan. Y, desde luego, la importancia histórica de estos contratos está fuera de duda: v. lo que se dice en el texto sobre la comunidad de intereses y, más adelante, sobre el contrato de arrendamiento de empresa.

(34) WÜRDINGER, *Betrachtungen...*, cit., págs. 17 y ss.

(35) V., en este sentido, también a RAUTMANN, *Probleme*, pág. 168.

(36) Para las modalidades de este instrumento de concentración, v. sobre todo RASCH, *Konsernrecht...*, págs. 72 y ss.; FRIEDLÄNDER, *Konsernrecht*, págs. 114 y ss.

(37) V. *Beg.*, pág. 215; RASCH, *Gewinnabführungs- und Weisungsverträge*, pág. 165.

(38) Así se hizo notar por RASCH, *Minderheitsschutz im Konsernrecht*, W. 1958, págs. 592 y ss., pág. 519 con relación al *Organvertrag*, que, como se verá, puede englobar los dos tipos contractuales recogidos ahora por separado en el § 280.

yecto— se inclinan a considerarlos como negocios que exceden las meras relaciones obligatorias y se insertan en la estructura jurídico-social, afectando a las relaciones jurídicas existentes entre la sociedad y sus socios (39). El problema de la naturaleza jurídica de estos contratos se ha debatido principalmente con relación al *Organschaftsvertrag* (40). De una concepción puramente obligacionista —que le asimilaba a un mandato (*Auftrag*) o gestión de negocios ajenos (*Geschäftsbesorgungsvertrag*)— mantenida por la primitiva literatura alemana sobre el tema (41), ha pasado a considerarse como un contrato de naturaleza jurídico-social, en cuanto que la sociedad órgano no gestiona por cuenta ajena negocios extraños, sino que desarrolla su propia actividad empresarial en el interés de la sociedad superior, según las indicaciones que recibe de ésta (42). En el contrato considerado la sociedad órgano actúa con propia voluntad, pero ésta no se determina, en su contenido, autónomamente, sino que —a consecuencia de las modificaciones que, por el nuevo elemento contractual, experimentan las normas rectoras de su voluntad— se orienta a la satisfacción del interés de la empresa superior (43). A pesar del aparente y formal mantenimiento de las competencias establecidas por la ley, materialmente hay un desplazamiento del poder decisorio hacia la empresa dominante (44).

Estructuralmente considerados estos contratos no atribuyen a las partes contractuales derechos y obligaciones, sino que crean en una de ellas el poder de hacer surgir poderes y deberes mediante el ejercicio de la competencia que el negocio le atribuye. Crea, predominantemente, normas abstractas de carácter instrumental, no material. Es un contrato abstracto, desprovisto de causa (*kausaloser Vertrag*) que delimita el

(39) *Beg.*, loc. cit.

(40) La denominación, predominante en la práctica, es menos feliz que otras utilizadas, porque pueden producirse relaciones de aquel tipo (*Organschaftsverhältnisse*) que no se hayan producido por contrato: RASCH, *Sind auf dem Gebiete...*, pág. 12, nota 26.

(41) V. una enumeración de teorías en MESTMÄCKER, *Verwaltung...*, pág. 323: MEISSE, *Zivilrechtliche Probleme der Organschaft* (Frankfurt/M, 1937); HAMBURGER, *Die Organgesellschaft*, en *Gedächtnisschrift für E. Seckel* (Berlín, 1927, pág. 270).

(42) Así, fundamentalmente, BALLERSTEDT, *Handels- und gesellschaftsrechtliche Probleme der Organschaft*, BB, 1956, págs. 813 y ss., pág. 815, abandonando la postura anteriormente mantenida según la cual en el *Organschaftsvertrag* entran, con elementos pertenecientes al derecho de sociedades, elementos puramente obligacionales— en *Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften* (Tübingen, 1949), págs. 161 y ss. —; y, de nuevo, BALLERSTEDT, *Die Verfassung der Aktiengesellschaften und der Organschaftsvertrag*, DB, 1957, páginas 837 y ss.

(43) La distinción entre voluntad ajena (*Fremdwollen*) —que caracteriza al mandatario— y voluntad propia dominada por un extraño (*fremdbestimmtes Eigentwollen*) —característica de una situación de Organgesellschaft— no es ningún juego de palabras, sino que corresponde a una verdadera distinción: v. BALLERSTEDT, ob. y loc. cits.

(44) BALLERSTEDT, *Die Verfassung der Aktiengesellschaft*, pág. 837. Sobre las consecuencias de este hecho, v., más adelante, al tratar de los problemas sobre el poder de decisión y la responsabilidad en los grupos de empresas.

contenido y la extensión de los poderes surgidos del mismo (45). No son, por lo tanto, contratos de cambio en el sentido del § 320 BGB, que atribuyen a las partes el derecho de exigir el cumplimiento de prestaciones. Al menos la sociedad no adquiere el derecho a exigir ninguna auténtica contraprestación (46). No existe reciprocidad jurídica entre el poder que adquiere la sociedad dominante y los derechos que surgen para la sociedad por acciones, y, por lo tanto, no es aplicable el § 320 BGB (47).

La empresa dominante adquiere una competencia funcional en el seno de la sociedad dominada que no adquiriría ni en el caso de que poseyera todas las acciones, ya que los órganos de gestión de la sociedad filial tendrían que continuar dirigiendo la sociedad de la cual son órganos bajo su propia responsabilidad, la cual podría exigirse por cualquier persona que, con anterioridad al transcurso del plazo de prescripción de la correspondiente pretensión, hubiese devenido accionista de esta sociedad (48). En este sentido puede afirmarse que el contrato de organización no obliga a la sociedad frente a terceros, sino que vincula a los órganos sociales en el seno de la sociedad, porque la otra parte contratante no está —una vez celebrado el contrato— como tercero frente a la sociedad.

Ahora bien, aunque examinadas en su conjunto las relaciones entre empresa superior y sociedad órgano, resulta indudable su naturaleza jurídico-social, pueden ser aplicables a algún proceso negocial concreto los principios extraídos de las normas dictadas para el mandato o la comisión (49).

En aras de una mayor fidelidad a la realidad económica se ha postulado la fusión de los dos tipos contractuales previstos en el Proyecto en uno solo, ya que no existe ninguna necesidad de reconocer un tipo de cesión de beneficios aislado de la facultad de impartir instrucciones a la sociedad (50). En realidad, como más adelante se examina, no es necesario que los efectos que caracterizan a ambos se den simultáneamente, sino que pueden darse ambos por separado y, en este caso, las consideraciones que se han hecho sobre la naturaleza del *Organschaftsvertrag* son aplicables al contrato de cesión de beneficios (51).

Por la estructura del § 270 RefEnt, pudo decirse por Würdinger (52) que este precepto —de igual forma que el § 256 AktGes— no consagraba la licitud de los contratos por él enunciados, sino que tan sólo sometía su perfección, modificación y extinción a unas deter-

(45) WÜRDINGER, *Zur Reform...*, pág. 280.

(46) KROPFF, *Der aussenstehende Aktionär*, pág. 678.

(47) WÜRDINGER, *Aktionenrecht*, págs. 207 y ss. Estas afirmaciones habrían de modificarse algún tanto a la vista de la regulación de estos contratos en el RegEnt.

(48) V. RASCH, *Gewinnabführungs...*, cit., 186; y autores cits. en notas 42 y ss.

(49) V. BALLERSTEDT, ob. y loc. cits., nota 11.

(50) FLUME, *Grundfragen...*, pág. 51.

(51) Así, expresamente, BALLERSTEDT, ob. y loc. cits. anteriormente.

(52) WÜRDINGER, *Betrachtungen...*, pág. 16 —refiriéndose al primer proyecto.

minadas cautelas, pero siempre en la medida en que tales negocios fueran compatibles con el ordenamiento de la sociedad por acciones y, en definitiva, con el de la comunidad política en su conjunto. Ahora bien, la base para esta afirmación desaparece en el RegEnt, el cual, en dos momentos distintos, se preocupa de afirmar expresamente la validez de los contratos de empresa, aunque su contenido contradiga algunas de las normas de derecho necesario que configuran la estructura de la sociedad por acciones en sí misma considerada (53).

Por lo tanto, las prestaciones a las cuales una sociedad por acciones se ha obligado a consecuencia de la conclusión de un contrato de donación o de un contrato de cesión de beneficios no se consideran, según declara expresamente el § 280 (3), infracciones de los § 54 —prohibitivo de la devolución de aportaciones y de la atribución de interés a los accionistas (54)— § 55 —participación del socio en los beneficios (55)— y § 57 —índole de la división del beneficio social (56)—. Aunque el contrato se realice con un accionista y, además, no se establezca una contraprestación a las obligaciones asumidas por la sociedad, los intereses de accionistas y los acreedores están protegidos por los preceptos expresamente previstos por el proyecto para esta eventualidad (57).

Además, con relación a los otros tipos contractuales previstos por el § 281, se afirma expresamente por el párrafo (3) de este precepto que los contratos de arrendamiento de establecimiento o de cesión de empresa o de administración de empresa y el acuerdo por el cual la junta general ha consentido la celebración de esos contratos no son nulos porque dichos contratos contradigan los §§ 54, 55 y 57. La nulidad de estos contratos constituiría una medida excesiva para remediar la inadecuación de la contraprestación pactada para la sociedad, porque la conclusión de dichos contratos han alterado tan definitiva y profundamente la estructura social que una nulidad, pronunciada después de un tiempo considerable, originaría perturbaciones mayores

(53) Así lo reconoce expresamente, *Beg.*, pág. 216.

(54) La regulación del deber de aportación se mantiene inalterada en el proyecto. Se conserva la posibilidad de introducir estatutariamente prestaciones accesorias, pero se toman ciertas medidas —fijación del título oneroso o gratuito— para proteger a futuros accionistas.

Se prohíbe expresamente devolver aportaciones a los socios, bien directamente, bien a través de un reparto de dividendos que encubra esta operación. Se prohíben los intereses a las acciones; pero se permiten los intereses constructivos, temporal y cuantitativamente limitados.

(55) La regulación del derecho del accionista a las ganancias es una de las cuestiones que atribuyen fisonomía propia al Proyecto. Este ha buscado el equilibrio entre el interés de la sociedad a constituir reservas y el interés del socio a obtener un rendimiento adecuado al capital colocado en la sociedad.

(56) Para proporcionar a los titulares de acciones los mismos beneficios —periodicidad de los rendimientos— se permiten los dividendos a cuenta, estableciéndose un ponderado sistema de competencias en la organización de la sociedad.

(56 bis) BALLERSTEDT, *Handels- und...*, cit., pág. 838; y, después, en *Die Verfassung...*, cit., pág. 840.

(57) Así *Beg.*, pág. 216.

que las intentadas remediar con la nulidad (58). La posibilidad de impugnar el acuerdo de la junta general se considera que constituye un medio jurídico suficiente para proteger el interés del socio (§ 281 (3), i.f.). Esta declaración expresa corresponde a las proposiciones hechas por Ballerstedt (58 bis) y contribuye a potenciar la publicidad de que, para seguridad de los socios y de los acreedores, han de rodearse estos procesos de concentración.

1. Los contratos descritos por el § 280 frecuentemente aparecen en la vida práctica unidos bajo la denominación de *Organschaftsvertrag* (59) u *Organvertrag* (60). Este contrato, cuyas consecuencias se regulan expresamente en el plano del derecho fiscal (61), ha suscitado, a pesar de su extensión en el tráfico (62), dudas en cuanto a su compatibilidad con la estructura de la sociedad anónima y con el mantenimiento de la independencia jurídica de la sociedad que, por el contrato, se somete a la dirección de otra o se obliga a cederla su beneficio (63).

Bajo esta denominación se conoce un contrato por virtud del cual una sociedad jurídicamente independiente desarrolla su actividad de empresa en nombre propio, pero contemplando intereses de aquél por cuya cuenta gestiona el establecimiento (63 bis). En consecuencia, *Organgesellschaft* es una sociedad que actúa en propio nombre, pero en interés de un tercero que le transmite instrucciones, y *Organträger*, el tercero bajo cuyas instrucciones y en cuyo interés la sociedad órgano gestiona la empresa.

Los problemas básicos suscitados por estos contratos, aunque tratados principalmente sobre el plano de la fiscalidad porque las cuestiones litigiosas se plantean en esta esfera, tienen naturaleza jurídico-privada (64), lo cual, si resulta claro cuando la empresa dominante no

(58) *Bey.*, pág. 217.

(58 bis) BALLERSTEDT, *Die Verfassung...*, cit., pág. 840.

(59) Así, expresamente, FLUME, *Grundfragen...*, pág. 51. Vid. igualmente *Bog.* pág. 223: el *Organschaftsvertrag*, configurado en la práctica, no es más que la unión de un contrato de cesión de beneficios y de un contrato de dominación; y, de nuevo, en la fundamentación del § 305, donde se preve —con carácter excepcional— que se celebre un contrato de cesión de beneficios tan sólo.

(60) Esta denominación fue criticada por RASCH, *Konzernrecht*, pág. 85, porque la expresión sociedad órgano (*Organgesellschaft*) —que se derivaba inmediatamente de ella— no era feliz. Los órganos de la sociedad actúan en nombre de ésta, mientras que la sociedad órgano, aun actuando por cuenta ajena, se manifiestan frente a terceros en nombre propio.

(61) Así lo hacen notar MESTMÄCKER y ERLINHAGEN. Un tratamiento sistemático del derecho fiscal de los grupos (*Konzernsteuerrecht*) puede verse en RASCH, *Konzernrecht*, págs. 183 y ss.; y BÜHLER, ob. cit. en nota 12.

(62) Buena prueba de la extensión de este contrato en la vida práctica lo constituyen los formularios y los datos que ERLINHAGEN inserta al final de su obra *Der Organschaftsvertrag mit Ergebnisausklususklausel im Aktienrecht* (Marburg, 1960). V. también FRIEDLÄNDER, ob. cit., pág. 188.

(63) Además de la obra de ERLINHAGEN cit., v. HUECK, A.: *Zur Frage der Rechitwirksamkeit...*, cit., que resume las distintas opiniones acerca de la cuestión.

(63 bis) Así ERLINHAGEN, ob. cit., pág. 7, que sigue a HACHENBURGER, *Die Organgesellschaft*, cit., pág. 272.

(64) V. RASCH, *Gewinnabführungs...*, cit., pág. 166; MESTMÄCKER, *Verwaltung...*, cit., pág. 287; ERLINHAGEN, ob. cit., págs. 8 y ss.

posea la totalidad de las acciones de la sociedad dominada, es igualmente cierto cuando aquélla posee el 100 % de las participaciones de ésta, con relación a los acreedores (65). Por otro lado, aunque no existan las ventajas fiscales que se prevén para estas situaciones, la celebración o existencia de tal contrato tiene una finalidad en sí mismo considerada, en cuanto que puede favorecer la inversión en empresas cuya marcha económica no es próspera (66). La consideración fiscal de estos supuestos ha tenido temporalmente primacía en el examen de esta materia, pero no hay duda de que presupuesto —del cual se parte acaso inconscientemente— para tal consideración es el de la validez en el plano jurídico-material (67).

a) El Ent I aisló uno de los elementos que acompañan en la práctica a los otros contratos de empresa (68) recogidos en su articulado, denominándolo, con una terminología fuertemente controvertida (69) contrato de instrucción (*Weisungsvertrag*) y erigiéndolo en tipo contractual autónomo —aunque la realidad económica apenas si conozca algún ejemplo de este tipo (70)—, desconectado del contrato de cesión de beneficios: la característica de este nuevo tipo contractual (71) radicaba en que, expresa o tácitamente, confería a una de las partes la facultad de impartir instrucciones a la sociedad por acciones sometida.

Este contrato puede caracterizarse como el que una sociedad por acciones celebra con otra empresa para someterse en las cuestiones esenciales de la gestión del negocio (*Geschäftsleitung*) a las instrucciones de la contraparte. El ámbito dentro del cual la sociedad queda sometida a las instrucciones de la empresa dominante ha de ser lo suficientemente amplia para que la indeterminación de las materias configure un poder abstracto, desconectado de otra causa contractual que lo delimita en función de las prestaciones recíprocamente pactadas (72).

(65) V. consecuencias metodológicas de esta postura en RASCH, ob. y loc. cits. últimamente; RACH, *ind auf dem Gebiete...*, cit., pág. 13.

(66) Así RASCH, *Sind auf dem Gebiet...*, pág. 14, con ejemplos de la vida real.

(67) El reconocimiento fiscal de ciertas ventajas reconocidas a los grupos de empresas constituye, ciertamente, uno de los datos que explican su difusión en el tráfico. Pero no son creación del legislador, sino que éste, para lograr alguna finalidad concreta, favorece su constitución y, ulteriormente, su desarrollo. Contra esta postura de favorecimiento fiscal se manifiesta principalmente la memoria de la ASU.

(68) En concreto, el *Organvertrag*, según indica WÜRDINGER, *Aktionrecht*, pág. 208.

(69) La cuestión terminológica ha sido cuestión que preocupó en los primeros instantes de la redacción de los proyectos. SCHÄFFER, *Selbstfinanzierung...*, cit., pág. 62 prefería la denominación de *Unterwerfungsvertrag* o de *Konzernvertrag*.

(70) V. RAUTMANN, *Probleme...*, cit., pág. 170 y W. SCHMIDT, en las discusiones de la sección tercera del DJT, quien afirma que no existe ningún puro *Weisungsvertrag*. Sin embargo, Bem I, pág. 391 afirma categóricamente que estos contratos están extendidos hace mucho tiempo en la vida económica y que, respondiendo a necesidades económicas, no puede negarse su validez.

(71) El origen de este tipo contractual hay que encontrarlo, según RAUTMANN, ob. y loc. cits., en los trabajos del DJT de 1951.

(72) Así RAUTMANN, *Probleme...*, cit., págs. 170 y ss., siguiendo fundamentalmente a WÜRDINGER.

Por ello, las dudas de la literatura al intentar identificar el fundamento justificador del contrato en cuestión.

El reconocimiento jurídico de un tipo negocial no debe de apoyarse sobre su difusión en el tráfico, sino sobre la utilidad para la comunidad política de este contrato y sobre la congruencia de su función económica-social con los fines del ordenamiento (73), pero no porque previamente se haya reconocido esta situación por el derecho fiscal (74) o porque el legislador estime que es impotente para oponerse al hecho consumado que representa su utilización masiva en el tráfico (75).

La previsión legal de este tipo de contratos está justificada no sólo porque sus efectos macroeconómicos no son perjudiciales sino porque, además, su celebración permite atribuir a los accionistas externos una posición mejor que la que les ofrecería si la empresa dominante ejerciera de hecho su poder directivo (76).

En cuanto a los efectos económicos generales, no puede afirmarse, sin más, que la institucionalización del poder de dirección del grupo, realizada mediante el reconocimiento de los contratos de empresa, conduzca al fortalecimiento de las tendencias a la concentración que existen en la estructura económica, porque, de un lado, sería un cómodo medio para ejercer aquél, y, por otro, en el caso de que fuera imposible su celebración, obligaría a realizar una fusión. Los costes de la fusión pueden ser muy elevados y, por otro lado, exige una inversión de capital que el dominio de empresas mediante contrato o participación no exige. Pero es, de todas las maneras, un proceso que, por uno u otro medio, terminará por realizarse.

b) El Ent II no menciona entre los contratos de empresa un contrato de instrucción (*Weisungsvertrag*), sino un contrato de dominación (*Beherrschungsvertrag*) (77). La caracterización de este contrato se realiza, adecuándose a la nueva denominación, por la enunciación de su finalidad —subordinar la dirección de la sociedad a otra empresa (78)—, abandonando la enunciación del medio —comu-

(73) V. RASCH, *Gewinnabführungs...*, cit., pág. 166. La investigación de la licitud de un contrato presupone, pues, el conocimiento de sus prestaciones fundamentales, como hace notar, con relación al *Organschaftsvertrag*, ERLINHAGEN, ob. cit., pág. 11.

(74) WÜRDINGER, en DB, 1958, pág. 1452. Si el legislador fiscal está dispuesto a favorecer la aparición de concentraciones, el legislador que se ocupe de la regulación privada de la sociedad por acciones no debe perturbar, con sus normas, el aprovechamiento de este beneficio. Con posterioridad, *Aktienrecht*, pág. 207, WÜRDINGER considera que el ordenamiento debe de ofrecer a los particulares la posibilidad de celebrar contratos de organización porque responden a necesidades sentidas en la práctica.

(75) Así SCHÄFFER, *Die Aktienrechtsreform...*, cit.; y, en general, la mayoría de los autores que escriben sobre estas cuestiones: v. también la fundamentación al Libro III del primer Proyecto.

(76) RASCH, *Gewinnabführungs...*, cit., pág. 169.

(77) La equivalencia de ambos tipos contractuales desde el punto de vista de su función es evidente: constituye el instrumento mediante el cual el legislador alemán pretende institucionalizar los grupos de empresa.

(78) WÜRDINGER habla de un contrato de sometimiento (*Unterwerfungsver-*

nicación de instrucciones— con el cual la empresa ejercita el señorío adquirido sobre la sociedad.

a') El contrato de dominación es un contrato mediante el cual una sociedad por acciones somete la dirección de su empresa a otra empresa (*herrschendes Unternehmen*) que adquiere la facultad de imponer las decisiones referentes a la gestión de aquélla a los órganos de la sociedad subordinada (79): § 281 (1).

b') Los efectos del contrato de instrucción —y lo mismo puede afirmarse del *Beherrschungvertrag* que le sucede en el RegEnt— pueden ser contraproducentes, ya que puede contribuir a un fortalecimiento del empresario dominante, a quien se le atribuyen unos amplios poderes directivos, con la amenaza de una responsabilidad difícil siempre de exigir. Pero las críticas que se han dirigido a la concepción del RegEnt (80) —que, correlativamente, pueden referirse también al RegEnt— por crear este tipo contractual autónomo pierden importancia, si se considera que la celebración de un contrato de cesión de beneficios generalmente implica, como se ha dicho (81), la facultad de impartir instrucciones a la sociedad dominada y, por otro lado, la facultad de impartir instrucciones nacida de un contrato de dominación, se utilizará para obtener —mediante instrucciones referentes a los precios de las prestaciones entre sociedades— la mejor parte de los beneficios logrados antes de que se reflejen en la contabilidad (82). Por ello, su inclusión en la enumeración de los §§ considerados es justo, no sólo para evitar dudas en cuanto a su admisibilidad (83), sino también para evitar fraudes a la ley, ya que el accionista puede ser perjudicado tanto por la manera de gestionar los asuntos sociales cuando hay un contrato de cesión de beneficios como por un mero contrato de dominación (84).

Por otro lado, aunque la práctica no sea por ahora frecuente, la previsión de un tipo contractual único que comprendiera los elementos del sometimiento de la sociedad a las instrucciones de un tercero y la cesión de sus beneficios a ella podría originar la utilización de tipos contractuales para burlar las prescripciones establecidas para la pro-

---

*trag*) en *Aktionrecht*, pág. 208, lo cual no es sino el otro aspecto de los efectos que produce el contrato. V. lo indicado en nota 69.

(79) *Beg.*, pág. 215.

(80) Las críticas más violentas contra el *Weisungsvertrag* partieron de WÜRDINGER, *Bemerkungen...*, cit., págs. 1452 y ss., para quien este tipo contractual constitúa *ein Verstoss gegen die Rechtslogik*. V. RAUTMANN, ob. cit., pág. 171.

La crítica está justificada si se considera este contrato como un contrato puramente obligatorio, pero no si se le contempla en su dimensión jurídico-social: v. FLÜMÉ, *Die abhängige Aktiengesellschaft*, pág. 6. En este sentido puede decirse que las críticas contra el *Beherrschungsvertrag* han desaparecido.

(81) Recuérdese lo dicho al tratar de la relación entre contrato de dominación y de cesión de beneficios, así como de su refundición en la práctica del *Organvertrag*.

(82) RASCH, *Gewinnabführungs- und Weisungsvertrag...*, cit., pág. 168.

(83) RASCH, *Richtige und falsche Wege*, pág. 37.

(84) *Beg.*, pág. 216.

tección de socios extraños y acreedores sociales. De lo que, en todo caso se trata, es de establecer un dato al cual pueda, con seguridad, referirse la existencia de un grupo de empresas. Y, en este sentido, el contrato de dominación es adecuado porque su contenido necesario es el de fundar la subordinación de la sociedad por acciones a otra empresa (85).

2. Por el contrato de cesión de beneficios (*Gewinnabführungsvertrag*) (86) la sociedad —anónima o comanditaria por acciones— se obliga a ceder a otra empresa la totalidad de su beneficio (§ 280 (i), i.f.). Esta concepción del contrato de cesión de beneficios se aparta, no sólo de la manifestada por el AktGes —que lo incluía en la comunidad de ganancias (87)—, sino también de la mantenida en el RefEnt (88). Conforme al § 281 RegEnt, la cesión parcial de beneficios es un tipo contractual autónomo, cuyo régimen es, no el riguroso de los contratos previstos por el § 280, sino el más flexible del § 281 (89).

Aunque la obligación de ceder la totalidad del beneficio puede tener una causa de origen contractual distinta (90), el tipo que aquí se considera es el que es causa y consecuencia al mismo tiempo de la incorporación (91).

Mediante este tipo contractual, la sociedad por acciones continúa ejercitando su empresa, pero —como consecuencia de la obligación de ceder la totalidad de los beneficios obtenidos en ella— por cuenta de otro empresario quien, a cambio de una contraprestación fija (92), adquiere el derecho a los beneficios producidos por la actividad empresarial de la sociedad obligada. Esta se pone así al servicio de la empresa que adquiere el derecho a los beneficios.

B) Los tipos contractuales enumerados por el § 281 son contratos obligatorios (*schuldrechtliche Verträge*), que comportan el juego de una prestación y contraprestación. Por contraposición a los negocios comprendidos en el § 280, éstos pueden designarse como contratos de empresa en sentido amplio (*Unternehmensverträge in weiteren*

(85) FLUME, *Die abhängige Aktiengesellschaft*, pág. 6.

(86) También llamado en la práctica *Ergebnisausschließungsvertrag* (*Gewinn- und Verlustabführungs- y Übernahmevertrag*). Con este nombre proponían su normación los *Ergänzende Vorschläge* —pág. 61—: contrato por el que una sociedad por acciones (*Ergebnisabgeber*) se obliga a ceder a otro (*Ergebnisübernehmer*) el beneficio social.

(87) Para la cuestión, v. con anterioridad. Es un aspecto que hacen notar las exposiciones que acompañan a los dos proyectos.

(88) El § 270 (1), 2. RefEnt consideraba como contratos de cesión de beneficios aquellos mediante los cuales una sociedad por acciones se obliga a ceder a otro su beneficio o el beneficio de algunas de sus explotaciones; se exceptúan, sin embargo, los contratos de participación de beneficios...

(89) Cf., más adelante sobre la caracterización del contrato de cesión parcial de beneficios; y RAUTMANN, *Probleme*, págs. 174 y ss.

(90) WÜRDINGER, *Aktienrecht*, pág. 210.

(91) V., p. ej., RAUTMANN, *Probleme...*, cit., pág. 175.

(92) RASCH, *Konzernrecht*, pág. 83. El contenido económico de la contraprestación puede ser vario.

*Sinn*) ya que, como indica la misma fundamentación (93), la consecuencia más importante de su inclusión en el grupo es la de que su celebración —y, correlativamente, su modificación, denuncia y disolución— quedan sometidos a los mismos requisitos de eficacia que los contratos de empresa propiamente dichos.

Característica común a estos contratos es la de que se trata de contratos en los cuales se establecen inmediatamente derechos y obligaciones para las partes, que son, por un lado, la sociedad por acciones cuya empresa está afectada por el contrato, y, de otro, la que se compromete a pagar la contraprestación. La facultad de impartir instrucciones que puede corresponder a alguno de los contratantes está subordinada al mejor cumplimiento de las prestaciones contractuales, cuyo cambio caracteriza causalmente el contrato celebrado. Al ser la sociedad la parte directamente obligada mediante este contrato, resulta que la situación orgánica de sus órganos de gestión queda inalterada durante el tiempo que subsista la relación obligatoria, aunque el contenido de sus deberes se concretiza en función de la causa del contrato en el cual participa la sociedad de la que son órganos.

1. El RegEnt se refiere, en primer lugar, a un conjunto de contratos cuya característica común, aún no siendo relevante jurídicamente para formular una categoría unitaria, es la de afectar de manera directa a los beneficios que la sociedad obtenga en la explotación de su empresa.

a) El primero de los contratos previstos por el § 281 es la auténtica comunidad de beneficios (*Gewinngemeinschaft*; *Gewinnpoolung*; *echte* (94) *Gewinngemeinschaft*), separada —como ya se ha dicho— del contrato de cesión de beneficios (*Gewinnabführungsvertrag*), antes comprendido en la comunidad de beneficios (95).

Para evitar que los interesados eludan —mediante la creación de ciertas modalidades contractuales— la aplicación de las garantías previstas en interés de los socios y de los acreedores, el proyecto concibe de una manera muy amplia este negocio como un contrato por el cual una sociedad por acciones se obliga a reunir total o parcialmente, el beneficio de su empresa o de alguna de sus explotaciones con los de otra empresa, a fin de dividir, en la proporción establecida, el beneficio común así obtenido (§ 281, (1), 1.).

Antes de la aparición del RegEnt la comunidad de beneficios encuadrable (96) en el más amplio tipo de comunidad de intereses (97)—

(93) *Beg.*, pág. 216.

(94) V. para esta caracterización WÜRDINGER, *Aktienrecht*, pág. 206.

(95) V. la exposición de los contratos de empresa en el AktiGes y la nota siguiente.

(96) V. la bibliografía recogida por WÜRDINGER, *Aktienrecht*, pág. 196. La solución del AktiGes de 1937, que, en su § 258, englobaba este contrato con el de la cesión de beneficios bajo la rúbrica de *Interessengemeinschaftsvertrag*, no se consideró acertada, porque en él no puede hablarse de una comunidad de beneficios: v., p. ej., RASCH, *Konsernrecht*, pág. 74.

(97) V. MESTÄCKER, *Verwaltung*, págs. 321 y ss. La expresión de comunidad de intereses (*Interessengemeinschaft*) ha sido acuñada por la práctica y com-

había sido calificado como una sociedad civil (98), cuya causa es el reparto de las ganancias obtenidas por sus miembros de la forma prevista en el contrato. Esta misma calificación sigue siendo adecuada para el tipo previsto por el RegEnt.

Como contraprestación al deber de la sociedad de aportar su beneficio en la comunidad surge un deber de contenido semejante a cargo de los otros empresarios participantes en el contrato y la pretensión de cada uno para exigir la parte que, según lo acordado, le corresponda en el beneficio común (99). Sin entrar en los detalles de organización de esta comunidad (100), puede afirmarse que, para el cumplimiento de los fines contractuales, se establece casi siempre la obligación de armonizar la gestión de los negocios sociales mediante el acatamiento de las instrucciones que transmite un órgano común dentro de la esfera delimitada por el contrato. En este sentido el contrato de comunidad de beneficios constituye uno de los medios apropiados para estructurar y fundar un grupo de empresas sin subordinación (*Gleichordnungskonsern*). Pero el sujeto pasivo de esta obligación es la persona jurídica como tal, cuya estructura organizativa permanece inalterada y, con ello, la posición de sus órganos de gestión y el contenido de sus deberes (101).

b) Además de los mencionados contratos referentes al destino del beneficio social, el § 281, (1), 1. prevé un tercer tipo contractual: el contrato de cesión parcial de beneficios (*Teilgewinnabführungsvertrag*). Mediante este contrato la sociedad se obliga a ceder a la otra parte contratante una parte de su beneficio o, total o parcialmente, el beneficio producido por algunas de sus explotaciones.

La sociedad asume el deber de ceder parcialmente el beneficio que obtenga en el ejercicio de su actividad. La forma de determinar la parte que haya de cederse caracteriza, en los casos límites, este contrato frente al de cesión total del beneficio social, con la consecuencia, en el plano jurídico, de estar exento de las garantías que, inexcusablemente, acompañan a la cesión total de beneficios. El límite mínimo donde termina este contrato lo constituye la modalidad de ceder los beneficios producidos por un único negocio (*Gelegenheitsgesellschaft*) (102).

prende, descriptivamente, varios tipos contractuales que en el plano estrictamente jurídico están muy alejados de las diversas uniones de empresas (v. WÜRDINGER, *Aktienrecht*, pág. 197) y cuya característica común es la unión contractual de dos o más personas para conseguir un fin común: v. ampliamente RASCH, *Konzernrecht*, págs. 72 y ss. Sobre las relaciones de esta creación de la práctica y la legislación antimonopolista, v. RASCH, *Die Interessengemeinschaft in kartellrechtlicher Sicht*, WuW, 1962, págs. 233 y ss.

(98) RASCH, *Konzernrecht*, pág. 72; FRIEDEMÄRTER, *Konzernrecht*, pág. 116. Es interesante consultar los comentarios al BGB en la parte de sociedad civil.

(99) RASCH, *Konzernrecht*, pág. 74.

(100) Que, por la flexibilidad ofrecida por la sociedad civil, puede adoptar una gran variedad de formas: v. RASCH, ob. y loc. cits.; WÜRDINGER, *Aktienrecht*, págs. 197/198.

(101) WÜRDINGER, *Aktienrecht*, pág. 198.

(102) WÜRDINGER, *Aktienrecht*, pág. 197.

El contrato obliga a la sociedad como persona jurídica, pero no afecta la posición independiente de sus órganos.

2. De los contratos que tienen por objeto el establecimiento mercantil de la sociedad por acciones contratante el que posee mayor importancia es el contrato de arrendamiento, porque los otros tipos contractuales constituyen —como se verá a continuación— modalidades, actuales en la práctica, con las cuales se obtienen los mismos resultados económicos. La característica común de todos estos contratos consiste en que desplazan el riesgo económico de la actividad mercantil constitutiva de la empresa social fuera de la esfera económica de la persona titular del establecimiento objeto del contrato, cuyos ingresos quedan reducidos a la contraprestación que la otra parte contractual se obliga a pagar y eliminándose, correlativamente, el riesgo de pérdida típico de la actividad del empresario.

A esta circunstancia se debe la mayor atención que se presta al contrato de arrendamiento de establecimiento mercantil, cuando el arrendador es una sociedad por acciones (103).

La analogía entre los dos primeros tipos contractuales explica que ocasionalmente, el *Pacht-* y el *Betriebsüberlassungsvertrag* (en sentido estricto) se comprenden en un concepto superior de *Betriebsüberlassungsvertrag* en sentido amplio (104).

a) El contrato de arrendamiento de establecimiento (*Pachtvertrag*; *Betriebspachtvertrag*) es aquel mediante el cual una persona (*Verpächter*; *verpachtende Unternehmen*; *verpachtende Gesellschaft*), cede temporalmente el uso y disfrute de establecimiento (*verpachtetes Unternehmen*) a otra (*Pachter*) que se obliga a pagar un precio cierto, (*Pachtvergütung*) y que la empresa explota en propio nombre y por propia cuenta (105).

La importancia de este contrato, utilizado desde hace mucho tiempo en todos los países, radica en que, según Friedländer (106), es el instrumento jurídico más utilizado para sustituir la fusión total de dos empresas y, aunque su frecuencia hubiese disminuido, parece que, en los últimos momentos por circunstancias fiscales, se ha incrementado su utilización (107).

El arrendatario del establecimiento adquiere, por virtud del con-

(103) El tratamiento de estos contratos no se hace total y sistemáticamente, sino que, con finalidades muy concretas, se ponen de relieve algunos de sus elementos estructurales y funcionales, que, de manera inmediata, afectan a la estructura de la sociedad por acciones.

(104) RASCH, *Konsernrecht*, pág. 63; SCHILLING, en *GrosskommAktG*, páginas 608 y ss.; MESTMÄCKER, *Verwaltung*, pág. 319.

(105) WÜRDINGER, *Bemerkungen*, pág. 19; MESTMÄCKER, *Verwaltung*, páginas 316 y ss.; RAUTMANN, *Probleme*, pág. 179 y ss.; FRIEDLÄNDER, *Konsernrecht*, pág. 101.

(106) FRIEDLÄNDER, ob. y loc. cits.

(107) KOPPENBERG, *Der Schutz...*, cit., pág. 400..

trato correspondiente, la posesión de la empresa, la cual gestiona en nombre propio y por cuenta igualmente propia (108).

Dejando aparte la problemática general que el arrendamiento de establecimiento mercantil suscita (109), no sólo en las relaciones internas, sino también frente a terceros extraños al contrato, hay que aislar las cuestiones referentes a la estructura de la sociedad.

Cuando el arrendador es una sociedad por acciones o una sociedad com. por acciones aparece el contrato previsto y regulado en sus aspectos jurídico-sociales por el § 281, (1), 3 RegEnt.

El contrato, como tal, obliga a la sociedad titular de la empresa arrendada, pero no a sus órganos, los cuales continúan administrando, independientemente y bajo su responsabilidad, la sociedad arrendadora (110). Pero, como consecuencia de la celebración de este contrato, la sociedad deja de explotar su propia empresa, gestionada, a partir de aquel momento, por la entidad arrendataria. Por el cambio que experimenta la actividad social, los deberes de sus órganos se modifican de manera correspondiente a la nueva situación de la sociedad, en cuanto que ya no tienen que cumplir los deberes inherentes a la actividad empresarial que constituye el objeto estatutario de la sociedad, sino que, bajo su propia responsabilidad, tienen que cumplir los deberes implicados en la gestión de la relación arrendaticia instaurada mediante la celebración de aquel contrato. Por lo tanto, han de ejecutar todas las medidas exigidas por la cualidad de arrendadora de la sociedad (111), y ejercer los derechos que de esa misma situación se derivan —exigir el pago del canon arrendatario, por ejemplo (112).

Por lo tanto, este contrato no fundamenta en la entidad arrendataria la facultad de impartir instrucciones a la Sociedad arrendadora (113). En todo caso sería la sociedad arrendadora quien podría impartir instrucciones a la empresa arrendataria en la utilización de su empresa —p. ej., adquisición de materiales, política de producción... (114).

Ahora bien, la facultad que tienen los órganos sociales de impartir instrucciones a la empresa arrendataria no es una facultad abstracta, sino que está causalmente limitada por el cuadro de derechos y obligaciones que ha creado el contrato de arrendamiento entre ambas personalidades. En el caso de que esta facultad se llevara más allá del límite permitido por el contrato, funcionarían las normas sobre res-

(108) V. autores y obras cits. en nota 105.

(109) Para ello, principalmente, RASCH, ob. y loc. cits.; FRIEDLÄNDER, ob. y loc. cits.

(110) WÜRDINGER, *Aktienrecht*, pág. 200. Es posible el arrendamiento de la empresa, pero no el arrendamiento de la sociedad como persona jurídica. Este contrato sería, como tal, nulo, salvo que se considere como un contrato de dominación.

(111) WÜRDINGER, *Aktienrecht*, pág. 200.

(112) RAUTMANN, *Probleme...*, cit., pág. 179.

(113) WÜRDINGER, ob. cit., pág. 201.

(114) WÜRDINGER, ob. y loc. cits.

ponsabilidad en que incurre la empresa cuando, sin haber celebrado un contrato de dominación, ejerciera un poder de hecho sobre otra empresa (115).

Con mayor razón hay que mantener el mismo resultado cuando la sociedad arrendadora imparte instrucciones a la arrendataria por virtud de una facultad que, teniendo su base en el contrato celebrado entre ambas, excede del fundamento causal que caracteriza institucionalmente al contrato de arrendamiento. En estos casos, como consecuencia del nuevo elemento añadido, existiría posiblemente una mutación de la causa, que produciría su calificación como otro contrato. La consideración de este caso como contrato de dominación, originaría las consecuencias previstas cuando en un contrato de ese tipo no respetan las cautelas y seguridades impuestas legalmente (116).

b) Junto al contrato de arrendamiento de establecimiento, el número 2, (1), § 281, prevé igualmente el contrato (*Betriebsüberlassungsvertrag*) mediante el cual una sociedad anónima o comanditaria por acciones (*Geschäftsherrn; Eigentümergesellschaft; überlassende Gesellschaft*) confía a otra (*berechtigtes Unternehmen*) su establecimiento de manera distinta a la prevista para el contrato de arrendamiento de empresa. Con este contrato se obtienen los mismos resultados económicos que se hubieran obtenido de haberse celebrado un contrato de arrendamiento, en cuanto que el adquirente temporal asume toda la organización, objetiva y personal del establecimiento de la sociedad arrendadora, insertándolo en su propia organización y gestionando el establecimiento por su propia cuenta, aunque externamente actúe, por virtud de poderes generales (*umfassende Vollmachten*), en nombre de la sociedad arrendadora.

c) Finalmente el contrato de gestión de establecimiento (*Geschäftsführungsvertrag*) (117), es un contrato por el cual la sociedad por acciones acepta gestionar su empresa en nombre propio (118), pero por cuenta de otra persona (*Dienstherrn*) como si hubiera arrendado el establecimiento a esta última (119). En definitiva, mediante este contrato se obtiene por la sociedad gestora el mismo resultado económico que si hubiera celebrado un arrendamiento de empresa, ya que cesa de soportar los riesgos económicos de la actividad empresarial y sus beneficios se limitan a la remuneración que obtiene por prestación de sus servicios (120).

(115) Autor y obra cits. en notas anteriores.

(116) WÜRDINGER, ob. cit., pág. 201; RAUTMANN, *Probleme...*, cit., pág. 180.

(117) La denominación —utilizada, p. ej., por RASCII, ob. cit., pág. 63, y WÜRDINGER, *Aktienrecht*, pág. 201— de *Betriebsführungsvertrag* o *Betriebsverwaltungsvertrag* es abandonada por los Proyectos, porque es desorientadora, en cuanto que no se trata de un contrato mediante el cual una sociedad encarga a otro de la gestión —en nombre propio o en nombre de la propietaria— de todo o parte de su establecimiento, sino que es la propia sociedad quien continúa gestionando su empresa, aunque por cuenta de otra persona.

(118) Así expresamente *Beg.*, loc. cit.

(119) WÜRDINGER, *Aktienrecht*, pág. 201.

(120) Así lo hace notar WÜRDINGER, *Bemerkungen*, pág. 19.

La caracterización jurídica de este contrato no ofrece dificultades, ya que, por el contenido de sus pretensiones y la situación de los intereses en juego, puede afirmarse que se trata de un contrato de servicios dirigido a la gestión de negocios ajenos (§ 665 BGB).

La sociedad gestora continúa gestionando su empresa, pero de la misma manera que si el arrendatario de ésta le confiara la gestión de la cosa arrendada. La prestación de la contraparte consiste en una cantidad de dinero (121) que representa para el empresario por cuya cuenta se gestiona la empresa social, no sólo la remuneración por la utilidad económica que obtiene de esta gestión, sino, además, por los servicios que la sociedad titular de la empresa le hace como mandataria.

Este contrato, por su propia naturaleza, comporta para la sociedad titular de la empresa el deber de acatar las instrucciones del empresario por cuya cuenta continúa gestionando su empresa. Pero también en este caso se trata de una facultad de impartir instrucciones que está limitada causalmente, en cuanto que no puede imponerse a la sociedad más medidas que aquéllas que hubiera podido adoptar como arrendatario el empresario por cuya cuenta se gestiona ahora el establecimiento. La interpretación de las cláusulas contractuales ha de hacerse, pues, con esta limitación (122).

C. No se comprenden en la noción de contratos de empresa —y, por lo tanto, quedan fuera del régimen previsto para ellos—, algunos tipos especialmente mencionados por los §§ 280 (2) y 281 (3).

1. El contrato mediante el cual dos o más empresas que no son dependientes entre sí, se someten contractualmente a una dirección unitaria, sin convertirse ninguna de las partes contractuales en dependiente de las otras, no se considera, por el § 280 (2) contrato de dominación, porque las empresas que participan de este grupo (*Gleichsordnungskonzern*) contribuyen a la formación de la voluntad del órgano directivo y no aparecen, por lo tanto, los riesgos anejos a un contrato de dominación y que fundan el establecimiento coactivo de unas medidas protectoras para socios y acreedores (123).

Pero la exclusión no es absoluta, porque cuando en este tipo de contratos concurren alguno de los elementos que caracterizan los tipos contractuales comprendidos bajo los contratos de empresa, se exigen los mismos requisitos que para su constitución, y, en su caso, el establecimiento de las mismas garantías (124).

2. Por otro lado, según el § 281 (2), no se consideran contratos

(121) V. *Beg.*, pág. 217.

(122) WÜRDINGER, *Aktienrecht*, pág. 202.

(123) Así se expresa *Beg.*, pág. 216.

(124) Así *Beg.*, loc. cit. Al contrato previsto acompañará, por regla general, una estipulación que establezca una comunidad de ganancias, a fin de realizar de manera plena y completa la finalidad de agrupar las empresas participantes: v., en el sistema del AktG, las observaciones hechas por WÜRDINGER, *Aktienrecht*, pág. 196.

de cesión parcial de beneficios los celebrados por una empresa sobre participación de beneficios con los miembros del órgano administrativo o del consejo de vigilancia o con trabajadores de la sociedad, ni los contratos sobre participación de beneficios en el marco de contratos del tráfico corriente de los negocios o de contratos de utilización de licencias.

## LOS GRUPOS DE EMPRESAS FUNDADOS CONTRACTUALMENTE

(continuación)

### § 2

#### LOS CONTRATOS DE EMPRESA: SU RÉGIMEN DE CELEBRACIÓN, MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN

III. EL RÉGIMEN DE CELEBRACIÓN, MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE EMPRESA.—A. La celebración de los contratos: 1. El aspecto negocial: a) El consentimiento contractual: a') La aprobación de la junta general como requisito de eficacia: aa) La publicidad para la junta; bb) El acuerdo mayoritario y sus problemas; b') El consentimiento del empresario contraparte cuando también es una sociedad por acciones; b) La forma escrita. 2. La inscripción en el Registro.—B. La modificación de los contratos.—C. La extinción: 1. Por acuerdo de la sociedad por acciones contratante. 2. Por denuncia unilateral.—IV. APRECIACIONES CRÍTICAS FINALES.

III. La discriminación entre los dos grupos de contratos que se establecen por el RegEnt no acarrea una distinción correlativa en el régimen general de su celebración, modificación y extinción, sino que se refleja sobre la intensidad de las garantías que se exigen para proteger los intereses de la sociedad y de los accionistas externos. No hay, por consiguiente, distinción entre contratos de organización y contratos meramente obligatorios (1), más que por lo que se refiere a los efectos de carácter necesario que comporta su celebración (2).

A. En primer lugar es necesario exponer las normas referentes a la celebración de estos contratos.

1. El aspecto negocial constituye, sin duda, la parte más relevante de la regulación prevista.

a) El consentimiento se produce, como en todos los casos, por el encuentro de las voluntades de los intervenientes en el mismo.

Las partes vienen designadas en el proyecto como la sociedad y la otra parte contratante. Una de ellas tiene que ser forzosamente sociedad por acciones. Es decir, o sociedad anónima o so-

(1) Lo cual ha sido objeto de crítica porque desconoce la distinta trascendencia que posee uno y otro tipo de contratos para la estructura de la sociedad: v. WÜRDINER, *Zum Regierungsentwurf*, pág. 111.

(2) Es decir, sobre las garantías exigibles y sobre el poder y responsabilidad que atribuye a la empresa dominante, cuestiones objeto de estudio más adelante.

ciedad comanditaria por acciones. Con lo cual quiere decirse, que, al ser estos tipos de sociedades comerciantes por razón de la forma, una de las partes es necesariamente comerciante en el sentido del HGB. La sociedad como tal y no los miembros de sus órganos son las partes de estos contratos. Si éstos últimos resultan en alguna manera obligados por el contrato celebrado, ello se debe a la posición orgánica que ocupan en la estructura de la entidad contratante.

No es preciso que la otra parte contratante sea también una sociedad por acciones. La publicidad de que está rodeado este tipo social se sustituye, en caso de que la parte contractual no esté constituida en esta forma, por la imposición de un balance consolidado (3). Cuestión más dudosa es la referente del carácter de empresario. Pero el RegEnt presupone esta cualidad.

Quien está legitimado para celebrar un contrato de este tipo constituye una cuestión que afecta a la división de competencias entre los diversos órganos sociales —cuando el sujeto contratante es una sociedad (4).

En todo caso, el consentimiento de la sociedad se manifiesta, frente a la otra parte contratante, mediante su órgano administrativo, al que, según la estructura orgánica de la sociedad, pertenece la representación de la persona jurídica. Pero no es suficiente la sola determinación de voluntad del órgano administrativo, sino que, como requisito para la eficacia del contrato celebrado, ha de concurrir la aprobación de la sociedad, expresada mediante un acuerdo adoptado por la junta general. De suerte que, internamente, la formación de la voluntad social es un proceso complejo, en el cual interviene necesariamente —antes o después— el acuerdo de la junta general (5), porque el órgano administrativo (6) no puede, en principio, asumir para la sociedad deberes procedentes de un contrato bilateral cuyo objeto es competencia de la junta, sin que ésta exprese positivamente su consentimiento (7).

(3) Así *Denkschrift BPB*, pág. 52.

(4) WÜRDINGER, *Aktienrecht*, pág. 195.

(5) No creo necesaria la calificación dogmática de este proceso. Tampoco la literatura alemana se ha preocupado de esta cuestión, sino que, ante todo, pretende poner de manifiesto las razones de política jurídica que justifican la intervención de la junta en las condiciones estudiadas en el texto.

(6) La relación en que se encuentra el contenido de la posición jurídica del accionista y las facultades de gestión del órgano administrativo constituye uno de los problemas de más difícil solución del ordenamiento de las sociedades por acciones, en cuanto que implica la medida en que los derechos del accionista pueden ser afectados por la actividad negocial desarrollada por el órgano administrativo con terceras personas: v. BALLERSTEDT, *Handels- und...*, pág. 839, nota 21, con indicaciones bibliográficas y jurisprudenciales.

(7) Antes de la regulación proyectada, el consentimiento de la junta para disponer la cesión de los beneficios sociales a una empresa tendría que hacerse —según una dirección doctrinal— ejercicio por ejercicio, ya que una cesión anticipada y que se extendiera a varios ejercicios era incompatible con la estructura y la finalidad de la sociedad por acciones como figura jurídica: v. DUDEK, *Aktienrechtliche...*, pág. 50.

a') Para la eficacia de todo contrato de empresa se requiere el consentimiento de la junta general de la sociedad que se somete a las instrucciones de otro, o se compromete a ceder en todo o en parte su beneficio, el de alguna de sus explotaciones o a transmitir temporalmente el uso de su empresa.

El contenido de estos contratos afecta de una manera tan radical a la estructura orgánica de la sociedad y al contenido económico de la posición jurídica del socio, que no puede prescindirse de la intervención de los socios corporativamente reunidos en la junta general (8).

De manera contundente —para aclarar las dudas surgidas en el derecho anterior—, declara el § 282, (1), i, f, que no se aplican las disposiciones legales o estatutarias, que rigen la modificación de los estatutos, porque los requisitos exigidos legalmente —que, de hecho, aproximan el procedimiento al previsto para las alteraciones estatutarias (9)—, para la celebración de estos contratos hacían superflua la aplicación de aquéllos otros, previstos para la protección de socios y de acreedores (10).

Pero, por otro lado, los requisitos previstos para la conclusión de estos contratos son mínimos, en cuanto que, de manera expresa (11), se permite que los estatutos prevean para esta oportunidad una mayoría más elevada que la prevista legalmente así como otros requisitos.

aa) Para dar a todos los accionistas la oportunidad de conocer textual y completamente las cláusulas contractuales (12) sobre las que se va a discutir en la junta, se cuida la publicidad del contrato de una manera especial.

aa') Además de los requisitos normalmente previstos para la celebración de la junta general, el § 282, (3) exige que se exponga una copia del contrato en las oficinas de la sociedad, a fin de que los socios puedan examinarla. A petición de cualquier socio, la sociedad tiene que proporcionarle sin demora una copia. Estas actividades preparatorias persiguen la información previa del accionista, a fin de que los derechos ulteriores de información que se conceden en la junta tengan base firme en la cual apoyarse.

---

(8) *Beg.*, pág. 217. Donde se justifica especialmente el sometimiento del contrato de dominación al requisito del consentimiento de la junta. Para los restantes tipos contractuales —incluso al de cesión de beneficios— ya preveía, como se ha visto con anterioridad, el *AktGes* la necesidad de acuerdo con la junta.

(9) Así lo hace notar, p. ej., *PLEYER, Aktienrecht...*, pág. 9. Incluso los requisitos exigidos recuerdan en su formulación a los exigidos para la modificación estatutaria: v. más adelante.

(10) Así *Beg.*, pág. 218. La crítica del precepto correspondiente del primer Proyecto, en *PLEYER, ob. cit.*, pág. 12.

(11) Con una fórmula semejante a la utilizada para indicar la libertad de configuración estatutaria para los acuerdos modificadores de los estatutos. La interpretación que se ha hecho de esta cláusula será, pues, aplicable a los casos de contratos de empresa.

(12) Es lo importante del proceso mediante el cual se desemboca en el acuerdo: *RASCH, Richtig u. falsche...*, pág. 37.

bb') El conocimiento especial del socio mediante la exhibición del contrato se completa durante el desarrollo de la junta que acuerde el consentimiento.

En primer lugar, durante la deliberación de la junta tiene que leerse e interpretarse el contrato —§ 282, (3)— aunque la complicación de las cláusulas que de ordinario contiene esta clase de negocios pueda hacer problemática su comprensión instantánea por los asistentes (13).

Además, cuando se trate de celebrar un contrato de dominación o un contrato de cesión de beneficios, el derecho de información del socio se amplía, en el sentido de que todo accionista puede exigir, durante la celebración de la junta que delibera sobre el contrato, que el órgano administrativo de la sociedad a la cual pertenece le informe acerca de las circunstancias esenciales para la celebración del contrato referente a la empresa con la cual se va a contratar. Los datos a los cuales se refiere la información pedida corresponden a otra empresa, pero no es ésta la que ha de informar, sino el órgano administrativo de la sociedad de la cual es accionista quien pretende la información, porque aquél, para cumplir los deberes inherentes a su cargo, habrá tenido que informarse previamente sobre los datos acerca de los cuales es preguntado en la junta (14).

bb) La adopción del acuerdo favorable requiere una mayoría que comprenda al menos las tres cuartas partes del capital representado en la junta. Los estatutos pueden elevar esta mayoría (15).

Todos los socios están legitimados para participar en la adopción del acuerdo. A pesar de que por diversos sectores (16) se había pretendido, con la finalidad de lograr una protección más firme de los accionistas externos, que sólo participaran en la votación los accionistas que, después de la celebración del contrato, se convierten en accionistas externos, el RegEnt, apoyándose sobre una serie de razones que se exponen seguidamente, no excluye de la votación a ningún accionista ni siquiera a quienes —por su participación en la empresa que va a convertirse, después del contrato, en dominante— están directamente interesados en que la junta emita un acuerdo aprobatorio (17).

El interés del socio es tutelado mediante el conjunto de garantías materiales que, ineludiblemente, se conectan a la celebración del contrato, de manera que, si los socios interesados en la celebración del con-

(13) RASCH, ob. cit., pág. 37, estima la cuestión de importancia secundaria.

(14) *Beg.*, pág. 218. También RASCH, *Sind auf dem Gebiete...*, pág. 33, y, después, aprobando la regulación del RegEnt, *Richtig u. falsch...*, pág. 37.

(15) V. con anterioridad: los requisitos legales tienen carácter mínimo.

(16) V. las consideraciones que sobre este punto hace DUDEN, *Aktienrechtliche Fragen...*, págs. 50/51, antes de la reforma; y la crítica de BALLERSTEDT, *Die Verfassung der Aktiengesellschaft*, pág. 839.

(17) Nótese la diferencia de tratamiento entre este acuerdo y los que se refieren a la alteración del contrato ya celebrado o a la renuncia de la acción para exigir a la empresa dominante la nivelación de pérdidas hasta una determinada cantidad.

trato están dispuestos a ofrecer dichas garantías, no existe fundamento para imponer una medida preventiva que prive a aquéllos del ejercicio de sus derechos (18).

Desde el punto de vista de las consecuencias económicas, sería sumamente perjudicial para el interés de los mismos socios externos que la ley entregase a ellos la decisión acerca del contrato, porque, por un lado, representan, generalmente, una parte exigua del capital social. Por otro, si los socios externos manifestaban su voluntad contraria a celebrar el contrato propuesto, el socio mayoritario se vería obligado a ejercer su poder directivo al margen de todo contrato de empresa (19), lo cual es más peligroso para la sociedad en cuanto que, contra las consecuencias perjudiciales de dicho ejercicio, no existe más protección que el resarcimiento posterior —y, por lo tanto, problemático— de los daños causados en ciertas condiciones (20). Abandonar la decisión a un socio único —es el caso límite (21)—, podría originar obstáculos infranqueables para la conclusión de estos tipos de contratos, por muy elevadas que fueran las participaciones poseídas por las empresas que pretendan contratar con la sociedad, y por muy favorables que fueran las condiciones ofrecidas (22).

Desde el punto de vista práctico, la efectividad de la medida es dudosa porque es difícil determinar el círculo de los afectados por ella (23) y, una vez determinado el deber de abstención impuesto a los comprendidos en él, es fácilmente eludible mediante la transmisión temporal de las acciones a otra empresa con la que estuvieran en buenas relaciones (24) y que influiría en el sentido deseado por el propietario verdadero (25). Las dificultades de comprobar la legitimación material para ejercer el voto originaría ulteriores procesos

(18) Así, *Bcg.*, pág. 218. La protección de los socios minoritarios se realiza, pues, más que mediante un entorpecimiento en la celebración del contrato, mediante un conjunto de normas que aseguran la celebración del mismo en las condiciones adecuadas para la protección de los socios externos al grupo: v. BALLERSTEDT, *Die Verfassung*, pág. 841.

(19) En este sentido el socio mayoritario se vería perjudicado por su exclusión en la adopción del acuerdo: v. *Denkschrift BPB*, pág. 51.

(20) *Bcg.*, pág. 217.

(21) BALLERSTEDT, *Die Verfassung...*, pág. 839.

(22) Así BALLERSTEDT, ob. y loc. cits. La solución de considerar el acuerdo ineficaz frente al socio que se opusiera al mismo tropieza con la misma naturaleza del acuerdo, que somete a sus consecuencias al círculo de los interesados.

(23) V. lo que se dice más adelante acerca de los accionistas externos. Para designar a este grupo de accionistas se utilizan varias denominaciones. A pesar de la crítica que contra ella formuló GIERKE, ha prevalecido en los proyectos oficiales la de *aussenseitende Aktionäre*. Otras se utilizan también para designar la misma idea: p. ej., *konzernfreie Minderheitsaktionäre* (WÜRDINGER, *Betrachtungen*, pág. 17); *konzernfreie Anteilseigner* (*Untersuchungen DJT*, pág. 51); *konzernfremde Aktionäre, nicht am Konzern beteiligt*...

(24) La oposición de RASCH, *Minderheitsschutz*, pág. 594, gira alrededor de este punto, aduciendo la experiencia durante la vigencia del HGB.

(25) Incluso podría pensarse en la influencia que el socio mayoritario podría ejercer sobre el órgano administrativo: v. BALLERSTEDT, ob. y loc. cits.

inacabables (26) con las consiguientes dilaciones y dispendios económicos.

El asentimiento de la sociedad es un acuerdo mayoritario. No se requiere, por lo tanto, la unanimidad de todos los accionistas, como se pretendió por algunos autores (27), basándose en que la transformación experimentada por el contenido de la acción —se transforma en títulos de renta fija y se impide a su titular el control de la gestión de su empresa—, es una expropiación de los derechos del socio en beneficio de un particular, sin que la expropiación sea exigida por el bien común o el interés general. Mas el cambio experimentado por la estructura económica contemporánea, exige que la celebración de un contrato de este tipo no se supedite al consentimiento unánime de los accionistas afectados, sino tan sólo a la concesión de unas garantías que aseguren el mantenimiento de la sustancia económica de sus derechos de socios. El derecho corporativo del socio no contiene, en definitiva, el derecho individual a ser y a permanecer socio de una sociedad independiente, que estaría en contradicción con las exigencias de la racionalización económica -productora, en gran parte, de las agrupaciones de empresas (28).

Tampoco es necesario un acuerdo complejo o compuesto en el cual participen los accionistas externos mediante un acuerdo tomado entre ellos (29), sino que el acuerdo de la junta con las mayorías prescritas legal o estatutariamente basta para que se considere prestado el consentimiento (30). Seguramente ha parecido incompatible con el principio mayoritario vigente en el sistema de la sociedad por acciones y, en último extremo, difícilmente realizable en la práctica (31).

Por último, el contrato tiene que añadirse al acta de la junta como anexo de la misma —§ 282, (3), i, f.— (32).

b') Además del consentimiento expresado por la junta general de

(26) RASCH, ob. y loc. cits.

(27) PLEYER, *Aktienrecht...*, cit., pág. 12.

(28) SCHÄFFER, *Selbstfinanzierung...*, cit., pág. 63.

(29) La necesidad de tutelar a los accionistas minoritarios hizo que por la ASU se propusiera un endurecimiento de los requisitos exigidos para que la junta de accionistas tome acuerdo por el que acceda a celebrar un contrato de empresa. En primer lugar —según esta propuesta— el acuerdo habría de tomarse por una mayoría que representara las cuatro quintas partes del capital asistente a la junta. Además sería necesario un acuerdo complementario de los accionistas minoritarios tomado con una mayoría de las tres cuartas partes del capital poseído por los minoritarios.

(30) Las mayorías exigidas pueden elevarse, en cuanto que tienen carácter mínimo. No se ha adoptado aquí tampoco una norma rígida, que hubiera favorecido a la empresa contraparte de la sociedad por acciones. Es la misma línea de política jurídica que justifica el contenido mínimo necesario de las garantías para los socios, la sociedad y los acreedores.

(31) Así se expresaba la *Denkschrift BPB*, pág. 52. Pero la intervención mayoritaria de la minoría se exige en otras ocasiones: modificar o extinguir las garantías prestadas en el momento de la celebración del contrato.

(32) Cfrs. lo dispuesto con relación a los justificantes de la convocatoria, que no necesitan añadirse al acta cuando su contenido se recoge en la misma.

la sociedad dependiente —o en situación análoga a la dependiente—, el RegEnt exige que, si la otra parte contratante es también una sociedad por acciones la eficacia del contrato de dominación o de cesión de beneficios; concurra el consentimiento de la junta general de accionistas, expresado mediante un acuerdo tomado con las condiciones previstas para la otra sociedad —§ 282, (2)—.

Este precepto es nuevo en el RegEnt y su justificación se halla en las graves consecuencias que, en caso de conclusión de estos contratos, prevé el proyecto para la sociedad dominante. Ante la posibilidad de asumir las deudas de la sociedad dominada, de indemnizas a los socios externos..., no estaría justificado que el órgano administrativo, sin ninguna intervención de los accionistas, asumiera para la sociedad las consecuencias tan rigurosas que llevan consigo este género de contrato y que, por supuesto, exceden de las que constituyen la administración normal de la sociedad (33). Por ello los requisitos exigidos para este acuerdo son los mismos que anteriormente se han examinado para el acuerdo tomado por la sociedad por acciones.

Para el resto de los contratos, el órgano administrativo de la sociedad (34) a cuya empresa no afecta directamente el negocio sigue siendo absolutamente competente, y la eficacia del negocio concluido entre los dos órganos administrativos, depende sólo del acuerdo emitido en sentido positivo por la junta de la sociedad, cuya situación como gestor de la empresa social es afectada por él.

b) Recogiendo la práctica casi constante que con anterioridad a la publicación de los proyectos se observaba en el tráfico (35), se impone la forma escrita a todos los contratos calificados como contratos de empresa (36).

2. En el ordenamiento del AktGes 1937 se discute si la existencia y la eficacia de los contratos previstos en el § 265 depende o no de su inscripción en el registro. Cuando la conclusión de estos contratos se consideraba como una modificación de los estatutos, la inscripción era necesaria —según el § 148 AktGes—, pero no en el caso contrario (37).

El carácter constitutivo de la inscripción del contrato de empresa ha sido criticado por Rautmann (38). El fundamento crítico de este autor consiste en que atribuir a la inscripción carácter constitutivo

(33) *Beg.*, pág. 218.

(34) Si es un empresario individual no se plantea, naturalmente, este problema de relación entre los diversos órganos de la estructura corporativa: la voluntad es obra del empresario o titular de la empresa, que se une con la sociedad por acciones.

(35) *Beg.*, pág. 218. Como se hace notar, los contratos de este tipo celebrados oralmente no son reconocidos en la esfera fiscal.

(36) A la cual, por lo demás, ya está impulsada la sociedad por la intervención de la junta en la celebración del contrato: así, *Denkschrift BPB*, pág. 52.

(37) V. *Beg.*, pág. 219. La necesidad de la inscripción se preconizó antes de la reforma por la *Denkschrift BPB*, pág. 52 —frente al criterio anterior.

(38) RAUTMANN, *Probleme*, págs. 188/89.

perturba innecesariamente la vida extraregistral, porque, sin aumentar la protección de los accionistas y de los terceros, impide que el contrato de empresa despliegue todos los efectos lícitos que las partes contratantes pretenden obtener con la conclusión del contrato. Los efectos para los destinatarios de la inscripción son los mismos tanto si se trata de una inscripción constitutiva como si no lo es. Pero si se hace depender la existencia del contrato de su inscripción registral, resulta que ésta determina la fecha a partir de la cual el contrato produce sus efectos.

A fin de paliar esta crítica, la exposición aclara que el carácter constitutivo de la inscripción no excluye la atribución al contrato, una vez inscrito, de efectos retroactivos en tanto en cuanto tal atribución esté permitida por los principios generales (39).

Por otro lado, la publicidad registral no se limita al acuerdo aprobatorio del contrato, sino que, por virtud del tratamiento a que el RegEnt somete los anexos (*Anlage*) del acta (40), el contrato mismo es publicado, a fin de que los socios puedan continuar teniendo conocimiento, después de concluida la junta, de los términos en que se celebró el contrato.

B. La efectividad de cualquier modificación que experimenten los contratos de empresa, quedan sometidos al cumplimiento de los requisitos establecidos por el § 284.

Para mantener la seguridad jurídica, tan buscada en esta materia, el proyecto no distingue entre alteraciones esenciales del contrato y alteraciones sin este carácter. El mismo régimen jurídico se aplica, por lo tanto, a todas las alteraciones (41).

Los requisitos establecidos por este precepto son semejantes a los exigidos para la conclusión de los contratos, que se modifican e inspirados en las mismas razones de seguridad y publicidad ya indicadas.

En primer lugar es necesario en todo caso, el acuerdo de la junta general de la sociedad, adoptado con idénticos requisitos que establece el § 282 para la conclusión del mismo. Las particularidades que se contienen en este lugar son las siguientes.

Por la aplicación del § 282, resulta que cuando el contrato modificado es un contrato de dominación o de cesión de beneficios, es necesario el acuerdo de la junta general de la sociedad que adquiere

(39) Lo cual ha sido debatido últimamente con relación al cambio de socios: WOESTE/JACOBS, *Satzungsänderung mit rückwirkender Gültigkeit*, Die AG, 1958, págs. 221 y ss.; ZILLAS, *Rückwirkende Satzungsänderung bei Kapitalgesellschaften*, JZ, 1959, págs. 50 y ss. El problema, como dice Beg., pág. 218, no ha sido resuelto expresamente ni para el caso de la modificación de estatutos ni en el caso de los contratos de empresa —v., sin embargo, RAUTMANN, ob. cit., pág. 189, con relación al RegEnt.

(40) Beg., pág. 153. A fin de resolver una cuestión suscitada en la literatura con anterioridad, el § 124 establece la necesidad de presentar en el registro no sólo el acta de la junta, sino también sus anexos.

(41) Beg., pág. 219.

el dominio o a cuyo patrimonio se desvían las ganancias de la sociedad.

Además, es necesario un acuerdo especial (*Sonderabschluss*) tomado por los accionistas extraños al grupo, cuando se trate de modificar contratos que otorgan a estos accionistas el derecho a obtener una compensación o que obligan a la sociedad a adquirir sus acciones.

Este precepto es natural cuando el contrato fuese uno de los contemplados por el § 280 —contrato de dominación y contrato de desviación de ganancias— porque, siendo estas estipulaciones contenido necesario de estos tipos de contractuales, su modificación entraña automáticamente la modificación del contrato en puntos esenciales del mismo.

C. La terminación de los contratos de empresa es regulada por los § 284 y ss.

1. La disolución contractual (*vertragliche Auflösung*) de un contrato de empresa exige requisitos menos rigurosos que los establecidos para su conclusión o modificación, pues, según el § 285, 2, no se requiere el consentimiento de la junta general, por lo cual —igual que ocurre en el AktGes de 1937—, el órgano administrativo posee competencia para terminar el contrato. La razón de esta divergencia es que la terminación devuelve a la sociedad su independencia económica.

El contrato de empresa no puede terminar más que al final del ejercicio o del lapso de tiempo determinado contractualmente.

Cuando el contrato que termina impusiera a la otra parte contractual el deber de realizar una prestación compensatoria a favor de los socios externos al grupo o de adquirir sus acciones, es necesario que concurra el consentimiento de estos accionistas expresado mediante un acuerdo mayoritario con los requisitos establecidos por el § 282.

2. La terminación de un contrato de empresa por denuncia sólo se regula por el proyecto en algunos de sus aspectos, quedando abandonados los restantes a la libertad contractual (42) y, donde ésta no se haya expresado o lo haya hecho insuficientemente, a los principios generales que regulan este medio de extinguir los contratos, con las debidas adaptaciones al caso concreto aquí considerado.

El § 286 (1) establece —de acuerdo con los principios generales válidos para las relaciones de trato sucesivo (43)—, que un contrato de empresa puede denunciarse sin la observancia de un plazo de denuncia, siempre que concurren motivos importantes. Un motivo importante existe cuando es presumible que la otra parte contratante no estará en condiciones de cumplir los deberes, inherentes al contrato de empresa celebrado con la sociedad denunciante. Tales deberes pueden ser frente a la sociedad —deber de

(42) *Beg.*, al § 286.

(43) *Beg.*, loc. cit.

asumir sus deudas— o frente a los accionistas —deber de compensación—.

No se impone la concurrencia de un acuerdo especial de los accionistas externos, porque la facultad de denuncia se establece en su favor, y la producción de sus efectos no debe ser demorada (44).

El consentimiento de los accionistas externos al grupo expresado en un acuerdo especial con la mayoría impuesta por el § 282 (1), es necesario cuando, sin que concurran importantes motivos, se trata de denunciar un contrato de empresa que imponga a la empresa dominante el deber de realizar una compensación a favor de sus accionistas o de adquirir sus acciones. El fundamento de este requisito es el mismo que concurre en el caso de modificación o de disolución contractual (45).

De manera semejante a lo prescrito para la celebración de los contratos de empresa, el § 287 establece que el órgano administrativo de la sociedad tiene que solicitar inmediatamente que se inscriba en el registro mercantil la terminación del contrato, así como el fundamento de la extinción y el momento en que ocurre.

Los fundamentos aducidos para estas normas son los mismos expuestos con anterioridad para justificar la inscripción del contrato. Pero existe una diferencia muy importante entre los dos casos. Mientras la inscripción del contrato tiene carácter constitutivo, la de terminación no tiene más que efecto meramente declarativo. Por ello, el § 287 impone al órgano administrativo el deber de indicar el instante en que termina el contrato, porque ese instante y no el de la inscripción es, en principio, el decisivo para producir los efectos que se atribuyen a la misma (46).

No se determina específicamente por el RegEnt el contenido de las instrucciones (*Weisungen*) que la empresa dominante pueda impartir, por virtud de un contrato de dominación, a la empresa sometida. Pero, negativamente, el § 288, referible según su tenor literal a cualquier contrato de empresa, pero aplicable de manera fundamental al *Beherrschungsvertrag* (47) establece que la sociedad sometida no puede ser determinada por una instrucción a mantener, modificar o concluir el contrato de empresa que la une al legitimado.

Las relaciones entre los diversos órganos de la estructura social se determinan en este punto según las normas que, con carácter común, se han establecido al tratar de los órganos sociales (48). La junta general puede vincular al órgano administrativo a una modificación, mantenimiento o terminación del contrato en la medida en que lo permiten los §§ 80 y 115, 2), es decir, el primero puede exigir

(44) *Beg.*, loc., cit.

(45) *Beg.*, pág. 220.

(46) Aunque algunos efectos se producen para los acreedores a partir de la inscripción.

(47) *V. Beg.*, pág. 230.

(48) Así, expresamente, *Beg.*, pág. 221.

que la junta general decida sobre cuestiones referentes a la gestión social. Por otro lado, el órgano administrativo es, en principio, independiente del consejo de vigilancia en esta materia, pero los estatutos o el consejo de vigilancia pueden establecer, según el § 108, 4, que estos contratos y sus alteraciones sólo pueden practicarse con su consentimiento. En este caso, si el órgano de vigilancia deniega su consentimiento, la administración puede exigir que la junta general decida sobre el asunto, mediante un acuerdo que, para ser aprobatorio, requiere al menos las tres cuartas partes de los votos emitidos, siendo ésta una disposición irreformable por los estatutos, en los cuales no se puede, consecuentemente, exigir ni una mayoría más elevada ni requisitos de otro carácter.

En definitiva, lo que se pretende con este precepto es conservar la autonomía de la decisión de la sociedad sometida, por lo menos en lo que se refiere a la duración y contenido del vínculo que ha creado la agrupación.

IV. A pesar de las críticas que contra el Ent I y II se han lanzado, parece que, en líneas generales (49), haya de asentirse a la regulación que han hecho de los contratos de empresa. Es cierto que, en algunas circunstancias, la celebración del contrato de arrendamiento de su empresa por la sociedad no perseguirá finalidades de agrupamiento, sino que constituirá una forma de alcanzar el fin lucrativo propio de la sociedad. Pero, aún en estos casos, la modificación de la estructura económica de la sociedad es lo suficientemente profunda como para hacer intervenir el ordenamiento jurídico, impidiendo que se produzcan resultados injustos para una de las partes contratantes.

Aunque la celebración de estos contratos no es competencia del órgano administrativo, es preciso recordar que el acuerdo de la junta general se toma por todos los socios, algunos de los cuales puede tener intereses extraños a los sociales más poderosos que éstos. Ahora bien, la eliminación del deber de abstención del socio en conflicto no se ha hecho gratuitamente, sino que se ha sustituido una garantía cuya eficacia verdadera se considera escasa por un grupo de garantías que tutelan más eficazmente los intereses sociales de los accionistas minoritarios.

Por otro lado, aunque el contrato haya creado una equitativa composición de los intereses de las partes contratantes, en estos tipos contractuales existen siempre aspectos atinentes a la generalidad y que trascienden por lo tanto, al círculo de intereses de las partes. En primer lugar, todos los contratos de este tipo crean una efectiva concentración de empresas, ya que, mediante ellos, se establece una coordinación entre distintos empresarios participantes en el grupo, que mantienen una real comunidad de intereses, aunque sea en el limitado marco que proporciona la relación jurídica derivada de un contra-

---

(49) La restricción del texto se justifica en cuanto que sólo se recogen las críticas que pueden suscitarse en un plano estrictamente finalista: adecuación de la norma a la finalidad perseguida.

to de cambio. Existe un empresario que dispone —al menos económicamente— de los productos de varias empresas, que puede influir sobre el mercado.

Ahora bien, aunque el proyecto no pretende oponerse a la concentración, una de sus finalidades es la de hacer perceptibles las agrupaciones mediante su publicación. La publicidad de estos contratos tiene unos destinatarios muy concretos que son los interesados en el mercado de acciones y, concretamente, los futuros socios. Estos podrían engañarse acerca de la situación económica de la sociedad, si no dispusieran de los medios adecuados para saber que la estabilidad de los ingresos de la sociedad procede de un contrato de comunidad de ganancias, p. ej., o que los beneficios de otra penden de la prórroga de un arrendamiento de empresa. No basta asegurar la conclusión equitativa del contrato, sino que es preciso impedir las posibles consecuencias perjudiciales del mismo para los terceros.

El tratamiento insuficiente e insatisfactorio de los otros contratos de empresa previstos por el § 281 pueden constituir el portillo por el cual se burlen las disposiciones encaminadas a tutelar los intereses de los socios y de los acreedores cuando se celebra por la sociedad uno de los contratos del § 280 —contrato de dominación y contrato de cesión de beneficios— (50).

A pesar del carácter de contratos de cambio que dichos contratos ofrecen, su celebración otorga a la empresa arrendataria, p. ej., la facultad de gestionar la empresa de la sociedad con mayor libertad, acaso, que si hubiera concluído un contrato de dominación, en cuanto que, directamente y sin el intermedio de los órganos sociales, puede tomar las medidas más oportunas a su interés, sin contar con el interés de la sociedad propietaria de la empresa cedida. El carácter causal de estos contratos es una limitación puramente teórica —y sin ninguna trascendencia práctica— de su facultad de gestión.

Por ello la conclusión de un contrato de cesión de establecimiento —en alguna de las formas previstas por el § 281— con un gran accionista es una hipótesis especialmente peligrosa para los restantes socios externos quienes, para tutelar su interés, no tienen más posibilidad que impugnar el acuerdo aprobatorio del contrato cuando la contraprestación prevista por éste a cargo de la parte contractual adquirente de la empresa no es proporcionada a la prestación asumida por la sociedad. Las probabilidades de que la impugnación prospere son escasas, ya que los socios impugnantes encontrarán dificultades casi insuperables para probar convincentemente que la contraprestación pactada es inequitativa (51). Mas aunque el contrato haya instaurado un equilibrio equitativo entre la cesión del establecimiento y la correlativa contraprestación dineraria, resulta que la otra parte contratante se apropiá, en el plano de los resultados reales, del establecimiento de la sociedad, que-

(50) FLUME, *Grundfragen*, págs. 60 y ss. Antes, p. ej., DUDEN, *Zum Rentenentreurf...*, pág. 1102.

(51) FLUME, *Grundfragen*, pág. 60.

dando relegados los socios a meros perceptores de una cantidad fija, que poco tiene que ver con la cuantía de los beneficios que la explotación del establecimiento produce al adquirente temporal del mismo (52). En definitiva, quedan despojados del contenido económico —en el sentido recién indicado— de su posición de socios.

Para evitar estos inconvenientes se ha propuesto por Flume que la redacción definitiva establezca la prohibición de celebrar estos contratos —con excepción de los referentes a la cesión parcial de beneficios o a la comunidad de beneficios— entre una sociedad por acciones y un accionista dominante, cuando éste posee el 25 por 100 de las participaciones (53). El interés del gran accionista a disponer en alguna manera del establecimiento de la sociedad puede satisfacerse mediante la celebración de un contrato de incorporación —si aquél es sociedad anónima— o de un contrato de dominación —si no lo es o no concurren los requisitos que legitiman a una sociedad para celebrar el primero.

*(Continúa en el próximo número.)*

---

(52) Autor y ob. cits. en nota anterior, loc. cit.

(53) La posesión de acciones sería el único dato que permitiría caracterizar a una persona como gran accionista. Bastaría para alcanzar esta calificación la posesión del 25 por 100 de las acciones y no la mayoría: FLUME, ob. y loc. cits. Medida complementaria a esta prohibición sería la referente a la transmisión del patrimonio a un accionista poseedor de un número de participaciones igual al mencionado.

# BIBLIOGRAFIA

## LIBROS

**BERTOLA, Arnaldo:** «Il matrimonio», vol. 1.<sup>o</sup>, fasc. 3.<sup>o</sup> del «Trattato di diritto civile» diretto da Grosso e Santoro-Passarelli, Casa Editrice Vallardi, Milano, 1963; 210 págs.

Es conocido el hecho de que en Italia abundan los cultivadores de *utriusque iuris*, y así Bertola, autor de un excelente estudio del Derecho matrimonial canónico (la 3.<sup>a</sup> ed. se publicó en 1953), acomete ahora el tratamiento de la misma materia en el Derecho Civil dentro del Tratado que dirigen Grosso y Santoro-Passarelli.

La obra se inicia con la exposición del sistema matrimonial italiano, manteniéndose la pertenencia del Derecho matrimonial al Derecho privado, así como el carácter contractual del matrimonio mismo, aunque para ello deba sostener una noción de contrato más amplia que la implícita en el artículo 1.321 del vigente Código. Sigue un estudio amplio de la promesa de matrimonio, cuya naturaleza jurídica configura como un caso especial de obligación *ex lege*. Se ocupa luego de la doble forma de celebración en el Derecho italiano del negocio matrimonial, civil y religioso, con libertad de opción a favor de los particulares. La parte más extensa de la obra está dedicada al matrimonio civil, exponiendo sus presupuestos y elementos constitutivos, requisitos de validez, el consentimiento, la celebración, el matrimonio de los italianos en el extranjero y el de los extranjeros en Italia, y las acciones de nulidad. Debe observarse que el autor toma posición en la discutida cuestión sobre la relevancia de la simulación, a favor de la tesis positiva, ya que en tal caso no hay consentimiento ni matrimonio; postula, por otra parte, una generosa concepción del error de cualidad, dando entrada no sólo al estado sacerdotal o religioso (lo que es comprensible), sino también al estado de viuda, de madre soltera o de ciudadano extranjero (lo que no deja de ser muy discutible). A continuación se estudian los matrimonios celebrados delante de un ministro de la Religión, configurando la admisión de estos matrimonios como una renuncia por parte del Estado a su regulación. El último capítulo trata del estado matrimonial.

Sin llegar a la profundidad de un Jemolo, por ejemplo, la obra es apreciable por su claridad expositiva y por constituir una buena síntesis del estado actual de la doctrina italiana.

GABRIEL GARCÍA CANTERO

**BONET CORREA, José:** «La responsabilidad en el Derecho aéreo». Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 1963; 249 págs.

El tema de la responsabilidad es uno de los preferidos por la literatura

jurídica actual, dedicándosele una mayor atención correlativa al desarrollo de toda índole, en la sociedad de nuestros días.

Concretamente, con la aparición de una serie de instrumentos de manejo peligroso, el problema de la responsabilidad por daños y perjuicios ocasionados a consecuencia de su uso y empleo, bien de un modo inadecuado, negligente o ya meramente casual, se plantea en toda su magnitud en cuanto afecta a la protección de los derechos de la persona humana.

BONET CORREA, con esta brillante monografía, galardonada con el «Premio Castán», de la Academia de Jurisprudencia y Legislación, dedica su atención a la responsabilidad en el Derecho Aéreo y nos ofrece un estudio bien trabajado con gran trascendencia para los aspectos teórico y práctico.

Además de contener una exhaustiva literatura monográfica sobre la materia y aportar un punto de vista original, al poner de relieve el riesgo específico aéreo o de «intensidad», su obra ofrece un instrumento de trabajo para la práctica jurídica al recoger los criterios doctrinales y judiciales, nacionales y extranjeros, acotando, en cada tema, la Jurisprudencia uniforme que ha surgido en estos últimos años sobre los textos legales de los Convenios internacionales de Varsovia, La Haya y Roma.

Esta obra, pues, realiza el estudio de uno de los aspectos más importantes del Derecho Aéreo, cual es el estudio de la responsabilidad en sus ámbitos civil, penal y administrativo, aunque el autor dedique mayor atención a la responsabilidad civil en sus dos aspectos característicos: la responsabilidad contractual y la extracontractual.

Desde la publicación en 1960, de la Ley española sobre Navegación Aérea, aceptando el principio objetivo de responsabilidad por el mero daño ocasionado a las personas o a las cosas, se hacía necesario un estudio que investigase en sus normas y revelase el ámbito de aplicación de la reforma. El autor no sólo acomete esta labor, analíticamente y críticamente, sino que lo relaciona en toda su amplitud y lo extiende al panorama internacional. De aquí que el capítulo tercero de su obra comprenda el Convenio de Varsovia de 1929 y el de La Haya de 1955, así como las «Condiciones generales de la I. A. T. A.» y, el capítulo cuarto sistematice en torno al Convenio de Varsovia todo el amplio conjunto de legislaciones extranjeras para concluir en la española.

La responsabilidad extracontractual aérea es igualmente objeto de estudio en esta obra donde se exponen los Convenios de Roma de 1933 y de 1952, y las legislaciones comparadas y la española. Por último, el capítulo VII ó de conclusiones, destaca los puntos principales tratados en esta obra: la multiplicidad y diversidad de las legislaciones nacionales aéreas, la pugna de intereses en el binomio empresarios y aseguradores aéreos y usuarios y terceros, los sistemas de responsabilidad culpable y objetiva propuestos y su genuina función jurídica, el seguro como instrumento de corrección patrimonial del resarcimiento y las garantías de responsabilidad establecidas por la legislación aeronáutica española.

Un índice bibliográfico sobre el tema y un índice muy elaborado de ma-

terias, completan esta destacada contribución al estudio de la responsabilidad en el Derecho Aéreo.

JUAN HERNÁNDEZ-CANUT Y ESCRIVÁ

**BROSETA PONT, Manuel:** «*Restricciones estatutarias a la libre transmisión de acciones*». Biblioteca Temas de Estudios Jurídicos, Madrid, 1963; 272 págs.

Como pone de relieve el maestro Garrigues en el prólogo con el que se abre la obra que hoy comentamos, esta monografía de Manuel Broseta constituye un ejemplo, de la más alta calidad, del renacimiento y renovación que han experimentado los estudios del Derecho Mercantil en nuestro país. La monografía de Broseta es además, podríamos añadir nosotros, un ejemplo muy cumplido de rigor intelectual en el examen y en el tratamiento de un tema, de escrupulosa honestidad en el manejo de los datos, de las fuentes y de la bibliografía y de un gran sentido realista en la propuesta de soluciones. Todo ello unido a una gran claridad en el pensamiento del autor, en su exposición, hace que nos encontremos frente a un libro que posee un valor extraordinario tanto desde el punto de vista puramente teórico, como en el aspecto práctico.

Broseta acota un tema —un tema muy concreto y de un gran interés: el que sirve de título a la obra— y lo desmenuza. Sobre todas las demás virtudes que el autor posee y que va poniéndonos de manifiesto a lo largo de su libro, brilla en él una capacidad analítica. El tema central del libro se va desgranando, desarticulando en una numerosa serie de cuestiones que, a su vez, se van encadenando o eslabonando con un gran rigor. Ello hace que, aun para el lector que no esté directa e inmediatamente vinculado con el tema, la lectura del libro resulte de gran interés.

\* \* \*

El libro comienza buscando las raíces mismas del problema. La disponibilidad de la cualidad de socio y la transmisibilidad de la acción son «principios esenciales del derecho de sociedades anónimas». Mas el hecho de que la acción sea esencialmente transmisible no significa que en todo caso sea libremente transmisible. El derecho de transmitir la acción es un derecho inderogable del accionista que forma parte de las bases esenciales de la sociedad anónima. No puede —es cierto— derogarse, pero puede, en cambio, ser sometido a restricciones, a limitaciones, a condicionamientos. Estas restricciones, que no privan a las acciones de su naturaleza de títulos valores, tienen sobre todo por objeto encauzar la consideración personal de los socios, en un mecanismo como el de la sociedad anónima, en cuya estructura ideal, destinada a regir la gran empresa capitalista como colector de grandes masas de capitales, dicha consideración de la persona no tiene por regla general cabida.

Situado de este modo frente a su tema, el autor inicia una previa delimitación del mismo. Las restricciones pueden ser de varias clases: *legales*, cuando están contenidas en la ley; *convencionales*, cuando son los propios accionistas, generalmente una parte de ellos y no todos, quienes las convienen en un negocio para-social; y *estatutarias*, cuando son todos los accionistas quienes las acuerdan en el momento constitutivo o todos o la mayoría de ellos mediante acuerdo en Junta General (art. 85, 3.º L. S. A.) previa reforma de los estatutos. El autor dedica algunas páginas (pp. 28-55) a los dos primeros tipos, examinando con particular atención las limitaciones legales de la transmisibilidad de las acciones a extranjeros y a españoles residentes en el extranjero, las limitaciones legales que surgen indirectamente de la L. S. A., al regular momentos o situaciones generalmente anormales en la vida de una sociedad (por ejemplo, arts. 14, 32, 47, 135, etc.), así como las llamadas limitaciones convencionales o pactos de sindicación de acciones.

Las *restricciones estatutarias* constituyen sin embargo el tema central de la obra, al que ésta se dedica ya por entero, concluida aquella primera delimitación. Tras insistir sobre su función —reforzar el «*intuitus personae*» en la sociedad anónima— el autor se plantea de una manera frontal y valiente la cuestión de la licitud y validez de estas cláusulas estatutarias. La licitud y validez de las cláusulas es, a juicio del autor, incuestionable, como se deduce en nuestro derecho positivo de la lectura de los artículos 46 y 85, 3.º L. S. A. Admite, sin embargo, que en ocasiones quepa dudar de “la licitud de sus aplicaciones concretas” y que no obstante la licitud de las restricciones estatutarias en sí mismas consideradas, “puede ser ilícito el uso que se haga de ellas”. Dedujo de ello que el acuerdo de la Junta General que las apruebe estará siempre sometido a los motivos de impugnación del art. 67 L. S. A.

La validez de las cláusulas está, sin embargo, cautamente condicionada. Los requisitos de validez son, a juicio del autor: que las restricciones se encuentren expresamente impuestas por los estatutos; que no excluyan nunca de modo absoluto la transmisibilidad; que el procedimiento o las condiciones a que se subordine la transmisión sea lícito en sí mismo; y que las restricciones se interpreten restrictivamente.

Examina, a renglón seguido, el problema de la creación de las restricciones estatutarias, distinguiendo según que se hagan en el momento fundacional o en un momento posterior, es decir, a través de una modificación de estatutos, hipótesis esta última que, aunque doctrinalmente es muy discutida, en nuestro Derecho aparece admitida por el art. 85, 3.º L. S. A. Dedica el autor páginas especialmente incisivas a la exégesis de dicho precepto y en particular a la *vacatio establecida* en el mismo, y sobre todo al problema relativo a la posibilidad de restringir la transmisibilidad de acciones al portador, cuestión que a su juicio merece una respuesta negativa, debiendo establecerse de este modo una regla de incompatibilidad entre acciones al portador y restricciones estatutarias.

El capítulo siguiente se dedica al estudio de las diversas formas o clases que adoptan las restricciones estatutarias, distinguiendo y analizando cui-

dadosamente las cláusulas que establecen un derecho de adquisición preferente, las que subordinan la transmisión a la autorización o "placet" de la sociedad y las que establecen que el adquirente debe reunir determinadas condiciones personales.

Una mención muy especial merece el capítulo quinto del libro, donde a mi juicio se encuentra la médula de todo el tema. Se suscita en él la cuestión de las consecuencias que produce una violación de las restricciones estatutarias. El autor comienza analizando las diversas construcciones que se han sostenido en la doctrina. A saber: la de la eficacia plena de la enajenación que viola las restricciones (Messineo), que parte de la idea de que éstas son eficaces frente al accionista que transmite, pero inoponibles al adquirente; la de la ineficacia relativa de la transmisión (Stolfi, Brunetti, Fre, Ascarelli), que afirma que el negocio concluido sin respetar las restricciones estatutarias es ineficaz frente a la sociedad, pero eficaz "inter partes"; la de la ineficacia absoluta (Candian), es decir, tanto "inter partes" como frente a la sociedad; y, por último, la que considera la enajenación como un negocio complejo integrado por las declaraciones de voluntad de las partes y por la declaración de la sociedad, de forma que hasta que ambas concurren no hay negocio perfecto y, por tanto, no se producen ni efectos obligatorios, ni efectos reales (Ferri).

Después de examinar las mencionadas construcciones, el autor adopta su propia posición. A su juicio, si las restricciones son *rríidas* frente a la sociedad cuando constan en los estatutos (art. 46 L. S. A.), ello quiere decir que frente a ella deben producir el *efecto* restrictivo querido. La violación de las restricciones estatutarias permite, pues, a la sociedad desconocer como accionista al adquirente. Ahora bien, ¿cuáles son los efectos que produce sobre las relaciones "inter partes" la violación de las restricciones? El negocio de transmisión tiene, piensa el autor, por lo menos eficacia obligatoria. Si el efecto real no llega a producirse, por falta del "placet" de la sociedad, entonces hay que distinguir. Si el adquirente conocía la existencia de las restricciones o debía diligentemente conocerla, el transmitente cumple íntegramente con entregar las acciones. Cuando el adquirente en cambio no conocía ni tenía por qué conocer las restricciones, es justo concederle alguna forma de remediar el resultado a que se llega: acción de resolución del contrato.

Todavía descubre Broseta en las páginas finales del libro, nuevos problemas, como son el de la adquisición en Bósa de acciones vinculadas y las relaciones que existen entre las restricciones estatutarias y la sucesión hereditaria, el usufructo, la prenda, el embargo y la ejecución forzosa de las acciones.

\* \* \*

Este apretado índice de cuestiones puede dar una idea —aunque muy somera— de la envergadura de este libro, inagotable en la problemática que plantea, en la fecundidad del discurso intelectual y en la justeza, ponderación y sentido práctico de las soluciones. Debemos, por ello, para concluir,

felicitar ciertamente al autor por haber creado la obra, pero felicitarnos nosotros también por disponer y disfrutar de ella.

LUIS DÍEZ-PICAZO

**DIAZ DE LA RIVA, Angel, y GUERRA-LIBRERO Y ARROYO, Gumer-**sindo: «Montes municipales, públicos en general y de particulares. Legis-  
lación, jurisprudencia, comentarios y concordancias». Ediciones Municipa-  
lia. Madrid, 1963; 918 págs.

Comprende la exposición de la legislación vigente en materia de montes, partiendo del Reglamento de Montes de 22 de febrero de 1962, cuyo articulado se transcribe y glosa. Se parte del Reglamento, sin duda, porque, en éste, como en su preámbulo se indica, se optó por «refundir la legislación de montes, incluidos los propios preceptos de la Ley nueva (de 8 de junio de 1957) en un único texto legal que facilite la consulta y aplicación del Derecho vigente». De modo que, aunque en el Reglamento no se han recogido todos los preceptos en vigor, por cuanto se dejaron fuera de él «las disposiciones de carácter orgánico y aquellas otras que, por responder a un determinado criterio de política económica, están sujetas a los cambios de orientación que impone la evolución de la coyuntura», viene a ser más que un simple Reglamento, casi un texto refundido. Por otra parte, si bien los autores se mueven en el rígido marco de la glosa al articulado, en sus comentarios —algunos muy extensos, como el referente al art. 43 (exclusión de montes del Catálogo)— recogen ampliamente las numerosas disposiciones concordantes y las aportaciones doctrinales, así como abundantes indicaciones jurisprudenciales.

Se incluyen en el volumen, en apéndice, la Ley de montes y un detallado índice alfabético de materias, que facilita grandemente la consulta práctica de la obra.

J. G. Y.

**GARCIA DE HARO, Ramón: «La posición jurídica del trabajador subor-  
dinado». Estudio General de Navarra. Ediciones Rialp, Madrid, 1963;  
347 págs.**

El Derecho del trabajo se construyó inicialmente partiendo de la figura del contrato de trabajo, pero la creciente complejidad de su regulación planteó pronto el problema de la suficiencia, e incluso de la permanencia, de aquel esquema, produciéndose los intentos superadores de la relación contractual representados por las teorías de la incorporación y de la institución. El problema se plantea todavía, aunque hayan perdido radicalidad las posturas mantenidas (puede ser útil confrontar el trabajo del profesor BO-  
RRAGO DACRUZ, *La teoría de la relación de trabajo en el Fuero del Trabajo*,

en el volumen que recientemente la "Revista de Trabajo" ha dedicado al estudio del Fuero, núm. 2, Madrid, 1963; págs. 179 y sigs.), en atención a que las distintas teorías, si han señalado acertadamente los fallos de las restantes, no han podido quedar, a su vez, exentas de objeciones.

En el libro que ahora reseñamos, García de Haro inicia su interpretación partiendo de la decisión del empresario de crear la empresa, y analizando las variadas relaciones jurídicas encaminadas a aportar los distintos factores de la producción: trabajo y capital. A la vez, observa que en la empresa existen una serie de relaciones de carácter colectivo que la proveen de órganos de actuación y manifiestan su naturaleza de cuerpo social dotado de espontánea tendencia hacia una vida propia. Al examinar los distintos derechos y deberes definidores de la situación del trabajador en la empresa, se separan unos que responden a la existencia de una relación contractual de trabajo —lo que permite al autor afirmar la permanencia de esta noción— pero, al mismo tiempo, se advierten otra serie de derechos y deberes que no pueden reducirse a la relación contractual de trabajo, en cuanto que unos viven fuera de ella, y otros alteran la estructura típica de la misma. El profundo estudio monográfico que realiza García de Haro va encaminado a dar razón de dichas peculiaridades, recogiendo con afán constructivo lo mejor de las varias teorías formuladas, y armonizándolas en una concepción en gran medida original.

Para ello, después de exponer y criticar las opiniones de los principales representantes de las teorías de la incorporación y de la institución, encuentra un sólido apoyo en la tesis de Prosperetti. Estima García de Haro que es preciso partir, no sólo de la insuficiencia del contrato (como evidenció la teoría de la incorporación), sino también de la incorporación (como demuestra la tesis de Prosperetti, que nos habla de la *posición profesional* del trabajador). Pero, todo ello, sin olvidar la importancia del contrato, como han hecho los seguidores de la teoría de la incorporación, ni la trascendencia de ésta, como sucede en la interpretación de Prosperetti. La básica formación civilista del autor le permite, en base a la distinción formulada por el prof. De Castro, entre *status* y condición, configurar la situación profesional del trabajador como una condición, que agrupa los distintos derechos y deberes, predominantemente de naturaleza pública, fruto de la acción de asistencia y policía estatal del trabajo, o del encuadramiento político-social del trabajador (derechos y deberes sindicales). Sigue, además, que la posición del trabajador queda afectada por su incorporación a la empresa. El fin de la empresa y la existencia del organismo empresarial influyen sobre las dos figuras básicas de la posición jurídica del trabajador: relación de trabajo y condición profesional. El fin de la empresa altera la estructura de la relación contractual, lo que García de Haro explica en virtud de la doctrina de los negocios conexos; por otra parte, la existencia de la empresa determina que el Derecho se sirva de ella como centro de imputación de determinadas normas sobre la condición del trabajador, asignando a sus componentes una colaboración en funciones de tipo público. En resumen, las nociones que explican la posición del trabajador en la empresa son: la "relación de trabajo" (relación contractual de cambio, que es la base de la

integración del trabajador en la empresa), la "condición de trabajador", la "conexión entre negocios" y la "colaboración de los particulares en actividades de la Administración".

Tal es el esquema de esta monografía, que por el rigor de su elaboración y el interés de sus resultados, enriquece notablemente la bibliografía del Derecho del trabajo.

JUSTO J. GÓMEZ Y SABEL

**GERI, Vinicio:** «Responsabilità civile per danni da cose ed animali». A. Giuffrè Editore, Milano, 1962; 481 págs.

La Colección de estudios y legislación que lleva por título «La Circolazione stradale», dirigida por Gentile y Guerrieri, ha publicado ya varios volúmenes sobre temas de responsabilidad en la circulación de vehículos; el presente, que hace el número 10, aunque se sale de dicho restringido terreno, no abandona el de la responsabilidad extracontractual.

Los arts. 2.050 a 2.053, y 2.054 pár. final, del vigente Código italiano tipifican diversos supuestos de responsabilidad civil por razón de hechos ocasionados directamente por agentes inanimados, o por agentes animados que obedecen a estímulos, por lo general, extraños a la voluntad y conocimiento del sujeto, y de los que se responde en razón a un vínculo especial que liga a éste con la cosa o con el animal.

Sabido es que la doctrina italiana, a diferencia de la francesa, no abunda en estudios de conjunto sobre la responsabilidad extracontractual; aparte de las obras de Chironi, sobre el viejo Código, y de De Cupis, sobre el vigente, el análisis de la mayoría de los problemas que aquélla origina, se ha llevado a cabo por prácticos. En esta línea debe insertarse el presente trabajo de Geri, destacable por su propósito de ofrecer un estudio unitario de los diversos supuestos de responsabilidad indirecta por el hecho de las cosas o de los animales. Con amplio apoyo en la jurisprudencia y un casuismo agotador el autor estudia en particular la responsabilidad civil que puede nacer del ejercicio de actividades peligrosas, de los daños causados por las cosas en custodia, por los animales, por la ruina de los edificios, y por los vicios de construcción o defectos de conservación de los vehículos.

Aunque la normativa de nuestro Código sólo en parte coincide con la italiana en este punto, la consulta de esta obra puede ser de utilidad para una adecuada interpretación de los arts. 1.905 a 1.910 del Código civil.

G. G. C.

**GULLÓN BALLESTEROS, Antonio:** «La Transacción», tomo XLIII, volumen 2.º del «Tratado Práctico y Crítico de Derecho civil», del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1964; 199 páginas.

Esta monografía del joven catedrático de Derecho civil de la Universidad de Santiago de Compostela, Antonio Gullón Ballesteros, bastaría por sí sola,

de no haber ido precedida de múltiples publicaciones en libros y revistas, para consagrarse como un auténtico maestro en la difícil ciencia del Derecho civil, porque pocas veces se encuentran unidas en una síntesis feliz, la profundidad de las ideas, la altura teórica de su planteamiento, la erudición bibliográfica, la claridad expositiva y el sentido práctico de las consecuencias, articuladas en una construcción sistemática que refleja, al mismo tiempo, la madurez del juicio y el equilibrio necesario entre las distintas partes de la obra científica.

No pretende Antonio Gullón deslumbrar al lector con las innumerables citas de segunda mano que tanto abundan en obras similares y que constituyen una verdadera enfermedad de nuestra doctrina, ni comparte tampoco ese respeto reverencial a la jurisprudencia, libre de toda crítica. Cita sólo lo que ha leído, que es mucho, y para él la referencia jurisprudencial no se convierte en una definición, sino en un estímulo para seguir profundizando en los problemas que la doctrina de la transacción le suscita. Nosotros que tenemos una gran admiración por la labor doctrinal llevada a cabo por el Tribunal Supremo, que sabemos lo mucho que la ciencia española tiene que agradecerle, creemos que por someter a crítica, no la resolución, sino la fundamentación que a aquélla conduce, que es una cosa muy distinta, no queríamos nuestro deber de acatamiento, ni ponemos en entredicho la dignidad de que la función judicial ha de ir revestida, sino que por el contrario, colaboramos, aunque sea con toda modestia, en la labor difícil y espinosa que corresponde desempeñar a nuestros Tribunales de justicia.

En este sentido, la obra de Gullón es verdaderamente ejemplar, que entre otras virtudes del autor, refleja la más atractiva de su personalidad científica: la sinceridad honrada que le lleva en cada caso a exponer su verdad, si es preciso, con toda crudeza, sin paliativos, tal como él la ve y tal como él la piensa. Esta verdad le hace abandonar los cauces trasnochados del conceptualismo jurídico, y plantearse los problemas vivos de la institución que estudia, sin ningún prejuicio, directamente, atendiendo más que a su encaje en un sistema de conceptos, a su solución justa, viendo en la ley no tanto la mesa en que reposa el instrumental necesario para un malabarismo jurídico, como un sistema de normas cuya última finalidad ha de ser siempre la de dar a cada uno lo suyo, aunque para ello haya que destruir no pocas interpretaciones y precedentes.

Claro está que precisamente en este punto es donde más patente se hace la dificultad de su trabajo, porque si hemos de entender que la justicia, fin del derecho, no consiste en otra cosa que en dar a cada uno lo suyo, ¿cómo podemos justificar una institución que, como esta de la transacción, se funda precisamente en lo contrario, es decir, en que ceda cada uno una parte de su propio derecho? Partiendo de esta aparente paradoja, se inicia la monografía con un amplio estudio estructural de la institución jurídica, a través de las distintas concepciones clásicas y modernas, tal como se van concretando en las doctrinas de la «res dubia» y de la «res litigiosa», para enfrentarse después con el difícil problema de la causa de la transacción.

Si se parte de la base de que la transacción exige como supuesto previo una situación de duda o de incertidumbre, es obvio que nos veríamos forza-

dos a llegar a ciertas contradictrias consecuencias. Porque la duda no puede estar nunca en las cosas, sino en las personas: nunca seria objetivamente dudoso un derecho o el sentido de una norma, ya que el derecho existe o no existe, la norma tiene uno u otro sentido; si la transacción se fundase en el estado subjetivo de carácter psicológico en que pueden encontrarse las partes o el intérprete, seria una institución evanescente, afectada de nulidad en su misma raíz, ya que siempre, al ser esa duda de carácter subjetivo, siempre una de las partes podría, al desvanecerla, acudir a la impugnación del acto partiendo del error sustancial... y algunas veces, las dos.

Si se parte, por el contrario, de la base de la «res litigiosa», la cuestión no se nos ofrece menos equívoca, porque si por «res litigiosa» hubiéramos de entender una materia que era objeto de un verdadero litigio, únicamente la transacción judicial tendría sentido; y si admitimos, como es forzoso admitir, que basta una situación de «peligro» para que la transacción pueda tener una base, volveríamos a fundarla en un elemento puramente subjetivo, también sometido a error, cual es el temor más o menos fundado de que las partes puedan llegar a una controversia judicial, de no acudirse a este remedio extremo que es la transacción. Las partes sustituirían voluntariamente al juez, actuando en cierto modo como podría hacerlo un árbitro de equidad, que únicamente fundase su resolución en razones de buena fe, y no en la pura legalidad existente.

Es evidente dados los términos de nuestro Derecho positivo, y así lo entiende Gullón, que la esencia de la transacción, o, si se prefiere, su finalidad y función jurídica, consiste en evitar o poner término a una contienda inter partes, y ello, por la vía de un contrato, concertado entre las mismas: Prescindiendo de su valor procesal, lo que resulta a mi juicio evidente, es que la transacción es y significa dentro del sistema jurídico, algo más que una mera modalidad de lo que en el plan del Tratado en que se integra esta monografía se denomina «contratos sobre litigios», representando una concepción del derecho que en cierto modo se opone a la normal y ordinaria.

En efecto, los juristas estamos acostumbrados a concebir las relaciones jurídicas como situaciones de conflicto entre diferentes y opuestos intereses. Lo tuyo y lo mío como categorías inalterables, capaces de imponer a través de una litis en que las partes, como los combatientes en una batalla, se clasifican en vencedores y vencidos, aunque posiblemente, como en la guerra, unos y otros queden después de la lucha totalmente arruinados. Si partimos de la base de que ésto y no otra cosa es lo que exige la justicia, dar a cada uno lo suyo mediante el instrumento de una condena judicial, no podríamos alcanzar cuál era el sentido de la transacción, que se basa exactamente en lo contrario, es decir, en ceder cada una de las partes algo de su propio derecho, dentro del general sistema de Derecho. Sería, en definitiva, como hemos señalado antes, algo contrario a la justicia, dentro de un sistema que precisamente se orienta en la justicia.

Pero es que dentro del orden del derecho, coexisten dos sistemas, sólo en apariencia contradictorios: el sistema que pudéramos llamar jurisdiccional, que se funda en la definición de lo que es derecho en cada caso, y orientado

en simple razones de justicia, y el que designaríamos sistema transaccional, que no persigue tanto la definición del derecho y la realización absoluta de la idea de la justicia, sino que busca como resultado más apetecible, la paz entre las partes, su reciproca armonía, sustituyendo la guerra justa por la amistad de quienes se ven forzados a la convivencia.

La aparente oposición existente entre ambas concepciones, determina agudos conflictos cuando tratamos de valorar la transacción con el criterio de la justicia, porque sus resultados son, por esencia, injustos, en cuanto no reconocen a cada uno lo que es legítimamente suyo, sino que más bien vienen a negárselo, suponiendo una verdadera dejación de su derecho. Y es que la transacción no debe ser valorada con criterios nacidos de la idea de justicia, sino más bien en función de su finalidad específica, cual es la pacificación de las partes en virtud de un convenio.

Precisamente en esta función transaccional, es donde he visto siempre la verdadera gloria de la misión del abogado, el aspecto positivo de su labor, su verdadera aportación decisiva a la sociedad de la que forma parte, porque si es indudable que hemos de preferir un mal arreglo a un buen pleito, no es tanto por el aspecto meramente negativo de economía de gastos y preocupaciones, como porque el ideal social se funda siempre en que no existan dentro de ella ni vencedores ni vencidos, y en ello el abogado tiene la responsabilidad de la iniciativa.

Claro está que la monografía que examinamos, no plantea sus temas en este mero plano ideal, sino que manifiesta su utilidad, de una parte, en cuanto nos brinda las soluciones para conseguir que lo convenido transaccionalmente, sea definitivo y sin posible impugnación, y, de otra, en cuanto señala los remedios que en orden jurisdiccional se nos ofrecen, cuando la función pacificadora perseguida se ha frustrado, y se hace necesario restablecer la situación de litigio que mediante este contrato se había intentado superar. En toda su complejidad pasa el autor a estudiar el difícil tema de la naturaleza jurídica de la transacción:

«Se nos olvida, dice, que la transacción es un medio de composición de controversias, pendientes de ser llevadas ante los órganos jurisdiccionales o presentes ante ellos, y que siempre que haya reciprocas concesiones, de la clase que sean, se dará el esquema contractual de la transacción. Las concesiones pueden ser de lo más variado. No siempre implican reconocimiento a cambio de algo, ni reconocimientos parciales de pretensiones, sino que otras veces suponen extinción de relaciones jurídicas y creación de otras nuevas. También se ha de indicar como la transacción soluciona litigios que rebasan, con mucho, ese marco estrecho de las renuncias y reconocimientos, es decir, que inciden en unas relaciones jurídicas controvertidas que son simplemente de fijación de deudas o de derechos reales. Así, por ejemplo, las controversias surgidas entre las partes relativas a la ejecución de un determinado contrato. Podemos, pues, decir, que la transacción es una especie de forma apta para contener las más variadas prestaciones. Su naturaleza jurídica, en suma, no puede ser unitaria.»

La cuestión se centra, por tanto, en cada caso concreto en determinar la forma en que la transacción operada ha podido influir en las relaciones ju-

rídicas preexistentes, y al mismo tiempo, su función dentro de las figuras contractuales típicas o atípicas que en ella encuentran su origen y fundamento, porque al fin y al cabo, la transacción es no sólo un contrato, sino más bien una causa que afecta a otros contratos, hasta el extremo de que su contenido típico de derechos y obligaciones, carece siempre de autonomía.

«En la transacción, concluye, existe una fijación convencional de derechos por obra de las partes, que declaran con un valor vinculante la extensión que ha de darse a la fuente de la relación jurídica controvertida. Viene a ser la transacción una nueva fuente de la relación, no en el sentido que sustituye a la primitiva, sino que coexiste con ella aclarándola. Los derechos y obligaciones de las partes, no ha de considerarse que tienen su causa en la transacción en sí, sino en la fuente primaria que ha sido completada. De este modo, la relación jurídica se presenta como cierta e incontrovertida. No obstante, conviene precisar que las partes, cuando fijan sus relaciones transaccionales están sometidas a una limitación impuesta por la misma naturaleza del instituto, y es la de que esa fijación ha de partir necesariamente del dato de las recíprocas concesiones, de las posiciones mantenidas en la controversia que han zanjado. No pueden hacer cualquier fijación, sino una que reconozca enteramente la pretensión de la parte, o bien de un modo parcial, o que se reconozca la inexistencia del derecho. El hecho de que no se pueda llegar en la transacción a una búsqueda objetiva y exacta del derecho aplicable, no obsta en nada a la naturaleza declarativa del negocio, porque viene impuesto por la misma esencia de la autocomposición del litigio.»

Se estudian minuciosamente a continuación todos los problemas que suscita la capacidad, el objeto y la forma de la transacción, para pasar después al examen detallado de sus efectos, y concluir con un sustancioso capítulo relativo a la ineficacia de la transacción, donde destaca el profundo estudio realizado sobre el error en la transacción. «En materia de error en la transacción conviene tener en cuenta, dice el autor, dos facetas perfectamente diferenciadas. Teniendo presente que el objeto de este negocio es aclarar o fijar una situación jurídica controvertida, es necesario no olvidar que como fundamento de las pretensiones aducidas por las partes en la controversia existen determinados supuestos que no entran en la discusión. El error, pues, es posible que se refiera al objeto de la controversia, o recaiga sobre esos presupuestos básicos que se dejaron sin discutir. En otras palabras, puede haber un error sobre el *caput controversum*, equivalente a cuestiones que han formado parte de la controversia, y error sobre el *caput non controversum*; equivalente a aquellas que no integrando la controversia, han sido implicitamente consideradas por las partes como pacíficas, de tal modo, que no habrían estipulado la transacción en caso contrario.»

Nos encontramos, sin duda, ante el más completo estudio que a la transacción se ha dedicado en lengua castellana, ante una aportación de definitivo valor y susceptible de parangonarse con los mejores logros de la doctrina

italiana y francesa. Una muestra, en fin de lo mucho que puede esperarse de Antonio Gullón en el campo de la doctrina de nuestro Derecho civil.

ALFONSO DE COSSÍO  
*Catedrático de Derecho civil.*

**JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS NOTARIALES DE ESPAÑA:**  
«Centenario de la Ley del Notariado, Sección tercera (Estudios Jurídicos Varios), volumen I». Madrid, 1964; 1.022 págs.

El volumen que presentamos es el cuarto de los publicados con motivo del Centenario de la Ley del Notariado. Es el volumen primero de la sección tercera, titulada *Estudios jurídicos varios*.

Dicho volumen recoge trabajos de las más prestigiosas figuras de la ciencia jurídica española actual. Los firman De Castro, Legaz, Roca Sastre, Ángel Sanz, Vallet de Goytisolo y Manuel de la Cámara. Basta esta enumeración para comprender que nos encontramos ante un libro excepcional, tanto por la riqueza de contenido como por la importancia de las cuestiones tratadas y la autoridad de los que las desarrollan. Vamos a intentar dar una breve impresión de su contenido.

El primero de los trabajos contenidos en el volumen es el del Profesor DE CASTRO, titulado *Formación y deformación del concepto de persona jurídica*. Este trabajo consta de cinco partes sensiblemente diferenciadas: En la primera de ellas, titulada «La formación del concepto de la persona jurídica», De Castro, tras poner de manifiesto la pluralidad de significaciones del término «persona», y señalar que en el Derecho Romano no existía en realidad, pese a algunas frases del Digesto, un concepto de la persona jurídica, nos lleva de la mano a través de la historia de la persona jurídica, enseñándonos cómo surgió en los glosadores a partir de Inocencio IV el concepto de *persona ficta*, cómo éste fue absorbido por el Derecho Público al crearse éste en el Renacimiento, cómo surgió el concepto iusnaturalista de persona moral con Grocio y Pufendorf, y cómo, por fin, con Savigny y la Pandectística alemana surgió el concepto moderno de persona jurídica.

En el segundo de los capítulos, que titula «Sentido estricto y sentido amplio del concepto de persona jurídica», pone de manifiesto la existencia en las legislaciones modernas de dos direcciones en torno al concepto de la persona jurídica. La primera de ellas, que denomina «El concepto en sentido estricto», triunfa en Alemania y en Inglaterra. La segunda, que considera como concepto en sentido amplio, triunfa en la doctrina de los países dominados por el Código civil francés y sensiblemente en la nuestra, pese a que, como señala el autor, el Código de Napoleón, de acuerdo con las doctrinas liberalistas de la época, no incluye regulación alguna de la persona jurídica. La existencia de esta disparidad de sentidos de persona jurídica hace especialmente difícil el estudio de la misma y la solución de los problemas que surgen en el Derecho Internacional apenas se sale del estudio concreto

de una legislación para buscar soluciones aplicables en el supuesto de conflicto de leyes.

La tercera parte del trabajo que se titula "La persona jurídica como mito", pone de manifiesto a dónde nos ha llevado el desbordamiento del concepto de persona jurídica, producido, a su juicio, por dos circunstancias esenciales, a saber: por un lado, la anarquía doctrinal, ya que la extraordinaria riqueza de estudios sobre la persona jurídica y la pluralidad de opiniones de los autores en relación con el concepto y la naturaleza de la misma hacen extraordinariamente difícil la comprensión del problema y la búsqueda de soluciones exactas. Por otro lado y sobre todo, la proliferación de nuevas personas jurídicas: la sociedad anónima por un lado, con el hermetismo fruto de su especial concepción que hace que se produzca una total separación entre la persona y los miembros que la componen, y la creación de numerosas personas de carácter público que son un fruto más de la creciente intervención del Estado en la vida jurídica. Este extraordinario aumento de personas jurídicas hace que le sean inaplicables las doctrinas que los autores antiguos habían levantado para la explicación de los supuestos concretos que ellos conocían de personas jurídicas. Pero empleada ésta, como dice De Castro, para aligerar centros oficiales de la pesadumbre burocrática o para proporcionar el instrumento con el que un negociante puede esquivar el pagar a sus acreedores, se degrada de tal forma que en reacción natural da origen a la actual crisis de la persona jurídica.

A esta crisis de la persona jurídica dedica el Profesor De Castro la cuarta parte de su trabajo, donde nos enseña, por un lado, lo contradictorio del concepto que generalmente se acepta para explicar la persona jurídica, que destaca especialmente en España, donde se sigue la concepción de la persona jurídica en sentido amplio; por otro, cómo el centrar la persona jurídica en torno a la sociedad anónima hace olvidar otras figuras de persona jurídica como la fundación, y por último, cómo el auge de la sociedad anónima no deja de ser peligroso, ya que su extraordinaria potencia económica llega a darle un marcado significado político y, por otra parte, las circunstancias han obligado a desconocer la persona jurídica en algunos aspectos concretos de los que son manifestaciones claras la ruptura del concepto de nacionalidad a partir de la Guerra Europea, las recientes doctrinas sobre la responsabilidad del socio único que se va abriendo camino en algunas doctrinas nacionales y en la jurisprudencia, etc. Termina, sin embargo, su trabajo el Profesor De Castro, recordando cómo en la actualidad, y pese a los inconvenientes indicados, el concepto de persona jurídica continúa teniendo supervivencia práctica y cómo las modernas organizaciones supranacionales han acudido, una vez más, a dicho concepto, como ocurre con la ONU, la CECA o la OECE.

En el segundo de los trabajos contenidos en este tomo, el Profesor Legaz y Lacambra plantea el problema de la realidad del Derecho. El trabajo está dividido en cuatro capítulos fundamentales: en el primero de ellos, Legaza da un planteamiento metafísico y ontológico al problema de la realidad del Derecho; es decir, responde a la pregunta de si efectivamente existe el Derecho, para contestar afirmativamente, si bien en seguida señala que, ade-

más de ser en sí, el Derecho acontece, por lo cual es también susceptible de ciencia, de un planteamiento histórico. Señala luego cómo del Derecho hay dos sentidos coexistentes, uno el sentido normativo, que reduce el Derecho a la norma, y otro el sentido que podríamos llamar subjetivo y que se centra en la libertad del sujeto, condicionado por el Derecho, o sea, en lo que él llama Derecho Natural.

Estudia luego el autor ampliamente la posición de las diversas doctrinas en torno al problema, destacando el carácter marcadamente normativista que ya desde la propia doctrina del Derecho Natural, arrancando de Santo Tomás y con la excepción de Amor Ruibal, llega a sus máximas manifestaciones con Kant primero y sobre todo con el formalismo normativista de Stamler y Kelsen. Recoge la reacción antinormativista que arranca de la doctrina de Ihering, que centra el Derecho en el fin o interés y que llega a su máxima expresión con la doctrina de la Jurisprudencia de intereses, que si bien arranca de Ihering llega mucho más lejos que éste con la doctrina de la sociología jurídica, que, como bien señala el autor, en definitiva no es sino la negación del Derecho para reducirlo todo a psicología, señalando las afirmaciones de los autores más importantes de esta tendencia, ya en el realismo jurídico norteamericano, ya en la escuela de Upsala o en las ramificaciones del idealismo historicista italiano de Croce y Gentile.

En el último capítulo, que es indudablemente el más interesante de todo el trabajo, centra el Derecho como una forma de la vida social, incluyéndolo dentro de los usos sociales, tras destacar que el concepto de uso social es más amplio que el de costumbre, ya que cabe la posibilidad de que existan usos que sin embargo no sean costumbres; señala la trascendencia que tiene frente al poder coactivo del Estado la libertad interna del individuo, que hace que en él exista una zona de su ser completamente impermeable a la imposición normativa, si bien señala acertadamente que a esta zona de su ser no se le puede dar carácter jurídico, ya que para que la juridicidad exista es precisa la alteridad, la existencia de una interrelación entre el hombre y sus semejantes. Dentro del ámbito de las relaciones sociales donde sitúa el Derecho, no toda relación social tiene carácter jurídico, porque para que una relación social pueda cualificarse de jurídica es necesario que tenga sentido emitir sobre ella una calificación de justicia. La legalidad, es decir, el conjunto de normas, son las apariencias del Derecho, queriendo decir con el término apariencia que son la forma en que se manifiesta una realidad inmanente a la misma. De aquí que la realidad jurídica no sea la legalidad, pero se patentice a través de ella. De la doctrina del Profesor Legaz se deducen importantes consecuencias para la actuación notarial, porque si el Derecho no se reduce a la norma, sino que es en cierto modo la traducción de la libertad del hombre al producir relaciones intersociales, y la norma significa simplemente el freno o el camino a través del cual puede ejercitarse esta realidad, como el propio autor señala, la actuación notarial se inserta de una forma extraordinariamente interesante en esta realidad del mismo Derecho, ya que la misión del Notario contribuye a dar forma legal a las relaciones jurídicas y tiene un carácter cautelar que reiteradamente ha sido puesto de manifiesto por los autores; por eso el Profesor LEGAZ termina

su trabajo señalando que la importancia y trascendencia de la función notarial radica en que hace posible la aproximación real del sistema normativo y de la realidad jurídica y en que, por otra parte, constituye el elemento directa y concretamente configurante de la realidad jurídica misma.

En el *tercero* de los trabajos que contiene este volumen, firmado por RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, se contienen unas variaciones sobre la hipoteca cambiaria. Como se deduce del propio título, más que un estudio que pretenda ser completo de dicha hipoteca, es una serie de apuntes sobre los problemas más importantes que ésta plantea. Pone en primer lugar Roca de manifiesto cómo la hipoteca cambiaria es un fruto de la práctica más que de la Ley, fruto que fue por primera vez recogido por la Ley Hipotecaria de 1869 que, como es sabido, dio en esta material un giro total a la Ley de 1861, en cuya exposición de motivos expresamente se rechazaba la hipoteca en garantía de títulos a la orden o al portador.

Sin embargo, apunta Roca que la regulación legal, incluso en la Ley vigente, está pensada más para las obligaciones que se emiten en serie que para la estricta hipoteca cambiaria, entendida ésta como la hipoteca constituida en garantía de letras de cambio. Sin embargo, y tras reconocer lo anterior, admite, que los artículos 153 y 154 de la Ley Hipotecaria serán aplicables a este tipo de hipotecas, sin perjuicio de que lleguen a suplirse contractualmente los defectos y omisiones que en la misma puedan encontrarse. Admite Roca a continuación que la hipoteca en garantía de letras de cambio es una de las manifestaciones de la que se ha llamado hipoteca de seguridad, en la cual falta la constatación registral de uno de los elementos típicos de la hipoteca como es la persona a cuyo favor ésta se constituye, persona que viene determinada a través de los endosos legítimos de la cambiaria.

Como características del título constitutivo, Roca señala las tres siguientes: que la hipoteca podrá ser constituida por el deudor cambiario aceptante de la letra o por un tercero para él; que el importe de la obligación asegurada debe fijarse en moneda nacional, y que en la escritura de constitución hay que reseñar la letra o letras de cambio garantizadas con transcripción de sus datos y circunstancias para su debida identificación.

En cuanto a la inscripción, cree Roca que debe hacerse a favor del tenedor de la letra en el momento de la constitución, con lo cual quedará inscrita también para el futuro a favor de los sucesivos tenedores de la misma y en cuanto a la letra, cree que en ella debe hacerse constar, según lo dispuesto en el último párrafo del artículo 154 de la Ley Hipotecaria, la fecha y Notario autorizante de la escritura de constitución y el número de la finca, folio, libro y fecha de su inscripción en el Registro de la Propiedad.

En cuanto al problema quizás más importante que plantea la hipoteca cambiaria, como es el de la posibilidad de que ésta afecte a la renovación de las letras de cambio garantizadas, Roca, ante el silencio actual de nuestra Legislación, cree que podría en el futuro regularse en la forma siguiente: exigiendo que la hipoteca se constituya en garantía no sólo de la

primera letra, sino de sus futuras renovaciones, y en segundo lugar, que en la nueva cambial se extendiera nota expresiva de que renueva la anterior, con indicación de la numeración de ésta y reproducción de la nota e inscripción de la hipoteca consignada en la letra renovada o anterior. Por último, al margen de la inscripción de la hipoteca procedería extender nota expresiva de la renovación efectuada.

Para la transmisión del crédito hipotecario es suficiente el endoso de la letra, que no es preciso hacer constar en el Registro, si bien entiende Roca que no habrá que impedir que el endosatario pueda hacerlo si lo desea. En cuanto a las notificaciones y citaciones que haya que efectuar durante la vida de la letra, a pesar de que considera que la solución no es satisfactoria, se inclina como única posible por la del Código civil italiano, que establece se harán a quien figure en el Registro como propietario de la letra al constituirse la hipoteca, si bien entiende que ello no impedirá a quien sea entonces poseedor legítimo de la letra intervenir en el procedimiento correspondiente.

Para la ejecución de estas hipotecas sólo cree posible la utilización del procedimiento de ejecución hipotecaria normal, ya que estima que el artículo 155 no hay forma de aplicarlo a este tipo de hipotecas. Por último, y en cuanto a la cancelación de la hipoteca, el artículo 156 de la Ley Hipotecaria cree que contiene normas aprovechables a este respecto, a pesar de que en su regulación, como en toda la regulación de esta materia, no se distingue entre letras de cambio y títulos-obligaciones.

El cuarto de los trabajos comprendidos en el volumen cuya recensión estamos haciendo, se debe a la pluma de ANGEL SANZ, y tiene como título *Los bienes gananciales en el Registro de la Propiedad*. Es un estudio completo de las cuestiones que los bienes ganaciales producen en su contacto con el Registro de la Propiedad, sobre todo, después de la reforma del Código civil de 1958 y la del Reglamento Hipotecario del año 1959. En él, y con la claridad que es habitual en el autor, se estudian los problemas que la reforma del Reglamento Hipotecario de 1959 ha producido, estudiando con carácter amplio no solo, como promete el título, la inscripción de los bienes ganaciales, sino también la de las adquisiciones privativas realizadas por uno y otro cónyuge, los actos dispositivos otorgados durante el matrimonio de una y otra clase de bienes, así como los problemas que plantea la sociedad de gananciales disuelta o en liquidación siempre en sus relaciones con el Registro de la Propiedad. De sobra es conocida la orientación del autor, a quien se debe un serio intento de integración de las normas del Derecho Hipotecario en la problemática más amplia del Derecho civil del que nunca debieron salir; de aquí que este trabajo tenga una vez más una importancia excepcional, porque vuelve a poner de manifiesto cómo el Derecho hipotecario cuando se aparta o se opone al civil pierde su justificación y produce dificultades cuya solución no siempre es fácil. Es muy interesante la opinión de SANZ que se une a aquellos autores que entienden que no existen razonamientos que puedan justificar la radical reforma que introduce el Reglamento de 1959, entendiendo que dicha modificación ha ido mucho más allá de lo que exigía la reforma

civil, ha establecido una norma que desvirtúa el verdadero carácter de la sociedad de gananciales y es precisamente ahora cuando está en mayor desacuerdo con el Código civil.

Para SANZ, pues, la exigencia de que la inscripción de los bienes adquiridos durante el matrimonio por uno u otro de los cónyuges sin manifestación alguna en cuanto a la procedencia del precio se inscriba a nombre de ambos, carece totalmente de fundamento.

Estudia a continuación las adquisiciones con carácter privativo confesado, señalando la procedencia de la aseveración y los efectos de la misma, resumiendo con extraordinaria claridad las diversas posiciones doctrinales y jurisprudenciales en torno a los efectos que tiene la confesión por parte de un cónyuge del carácter privativo de la adquisición que hace el otro cónyuge. En cuanto a las adquisiciones privativas, estudia: la de los bienes adquiridos a título gratuito; la de bienes adquiridos por permuta con otros bienes privativos, inclinándose por la tesis de que para fijar el carácter ganancial o privativo habrá de estarse a la intención manifiesta de los contratantes, y si ésta no constase, se tendrá el acto por permuta si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero o su equivalente, y por venta en el caso contrario; la de los bienes adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno de los cónyuges, si bien entiende que no será aplicable esta doctrina cuando el retracto tenga carácter arrendaticio. Y por último la de los bienes comprados con dinero exclusivo de la mujer o del marido, siempre que esto se pruebe, siendo la prueba una cuestión de hecho que dependerá de la eficacia de los documentos aportados, y que es objeto de calificación por el Registrador.

En cuanto al supuesto, tan frecuente hoy, de compraventa con precio aplazado, cree que para determinar el carácter privativo o ganancial, y por tanto, la forma de la inscripción, deberá atenderse al momento de adquisición del dominio, sin que el ulterior pago del precio con dinero de otra procedencia altere el carácter de la adquisición, produciendo simplemente un crédito a favor de la comunidad o del cónyuge supérstite, según los casos.

Estudia en su segunda parte los actos dispositivos otorgados durante el matrimonio, separándolos en dos grupos: la disposición de los bienes gananciales y la disposición de los bienes de carácter privativo confesado. En cuanto a la disposición de los bienes gananciales, cree precisa la co-disposición en los actos a título gratuito y el consentimiento *uxoris* en los a título oneroso. En este punto, y resumiendo toda la situación legal, sienta tres principios fundamentales: el primero, el de que el poder dispositivo de los bienes radica exclusivamente en el marido, por lo que a él corresponde la iniciativa de los actos de disposición, no es preciso el consentimiento en los actos que impliquen no adquisición o renuncia de derechos y sólo el marido es parte en el acto dispositivo. El segundo, que el consentimiento de la mujer no atribuye a ésta ningún poder de disposición sobre los bienes, lo que trae como consecuencia que su autorización pueda ser suplida por la autorización judicial, aspecto que asemeja el consentimiento *uxoris* a la licencia marital. Y por último, que la única sanción que establece el Código para los actos realizados sin consentimiento de la mujer es que éstos no

perjudicarán a la mujer ni a sus herederos, por lo cual no podrán pedir la nulidad del acto ni el marido ni sus herederos, ni los terceros con quienes se contrató, sino sólo la mujer o los herederos de ella. Para SANZ, pues, el consentimiento *uxoris* es un negocio de asentimiento al acto dispositivo y no un acto de codisposición. No se trata, como apunta SANZ, de una mera cuestión terminológica o una discusión con efectos meramente teóricos, pues la falta de la autorización producirá efectos muy distintos, según que se admita una u otra tesis.

Estudia luego detenidamente los casos en que es necesario el consentimiento, separando los actos de enajenación, las enajenaciones forzosas en las que en principio considera que no es necesario el consentimiento, y las extinciones de derechos reales limitativos del dominio, siempre que tengan lugar en virtud de convenio con el dueño de la finca, pero no cuando la extinción del derecho real tiene lugar por causas objetivas independientes de la voluntad del titular, así como tampoco en la cancelación de hipotecas. El consentimiento puede ser, para SANZ, previo, simultáneo o posterior; y la forma del consentimiento, expresa o tácita. La autorización judicial sustituye íntegramente el consentimiento de la mujer, y cree con criterio amplio, ya defendido por CÁMARA y BONET, que deberá darse siempre que el acto no constituya una amenaza grave para los intereses de la sociedad, o al menos siempre que se demuestre su utilidad o conveniencia; cree también que no se puede otorgar con carácter general, aun reconociendo el fundamento de la opinión contraria que defiende Cámara. Al estudiar la disposición de los bienes de carácter privativo confesado, separa los bienes inscritos a nombre del marido de los bienes inscritos a nombre de la mujer; por lo que se refiere a este último supuesto, critica con gran acierto la tesis que ve el fundamento de las disposiciones del art. 96 en la facultad dispositiva registral como facultad distinta de la civil, tesis de LA RICA y de GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, o en el trato sucesivo, entendiendo, sin embargo, que la base de dicha disposición puede encontrarse en el consentimiento que el marido prestó mediante la afirmación de que el dinero tenía carácter privativo de la mujer a dicha inscripción, como consecuencia de lo cual, si bien respecto a terceros han de ser considerados todavía gananciales, no lo serán respecto del marido que no puede ir contra sus propios actos. Critica, por último, con gran acierto, el art. 96.

También es muy interesante todo el estudio que hace del embargo de bienes gananciales, criticando las disposiciones contenidas en el art. 144 del Reglamento, uniéndose a la ya larga serie de autores que se han mostrado contrarios a las disposiciones contenidas en dicho artículo.

En la tercera parte del trabajo estudia la sociedad de gananciales disuelta, distinguiendo tres hipótesis: bienes gananciales, bienes presuntivamente gananciales o privativos meramente confesados, y bienes privativos. En cuanto a la comunidad ganancial, señala las dificultades que existen para determinar la naturaleza de la misma en disolución. Admite luego que cualquiera de los cónyuges pueda enajenar la cuota que le corresponde en la totalidad del patrimonio ganancial en liquidación, pero no disponer de bienes con-

cretos, para los cuales será precisa la codisposición del cónyuge supérstite y los herederos del premuerto.

Respecto a los bienes privativos confesados, cree que su situación debe ser idéntica a la de los bienes gananciales, tesis en la que sigue la opinión de ROCA SASTRE. Sin embargo, a continuación destaca que no se aplicarán dichas disposiciones cuando el cónyuge titular pueda probar que estos bienes tienen carácter privativo por ser de tal naturaleza el dinero invertido, o cuando el cónyuge no titular ratifique su declaración del carácter privativo de la adquisición consiguiente.

Por último, y en cuanto al discutido problema de la enajenación de este tipo de bienes durante la indivisión, aun reconociendo la fuerza de las razones aducidas por VALLET en favor de la posibilidad de dicha enajenación, cree que es más ajustado al Derecho positivo negar la misma.

El trabajo de SANZ es, en definitiva, una clara exposición de la problemática que plantean los bienes del matrimonio en el Registro de la Propiedad, y su consulta será indispensable para la solución de los múltiples problemas que la práctica diaria plantea en esta materia.

El quinto de los trabajos que contiene el volumen se titula *Cautelas de opción compensatoria de la legítima* y está firmado por JUAN VALLET DE GÖYTISOLO. El trabajo de VALLET es en realidad un libro de más de 300 páginas; el autor hace en él un estudio exhaustivo de la materia, arrancando de los textos romanos y asombrándonos una vez más con su pasmosa erudición, ya que prácticamente no existe un autor que JUAN VALLET no haya consultado y del que no nos dé la cita exacta y de primera mano; ya se comprenderá que, en esta breve nota bibliográfica resulta completamente imposible indicar detalladamente la exposición del autor que va siguiendo paso a paso todas las opiniones que sobre la materia se han expresado, señalándonos las diferencias entre unos y otros autores para a través de este trabajoso camino llegar a enseñarnos cómo han podido surgir en la actualidad las cautelas de opción compensatoria de la legítima. En este camino VALLET en plan de maestro, se permite incluso rectificar opiniones de autores consagrados como GLÜCK, demostrando que en ocasiones no supieron recoger exactamente la opinión de algunos autores.

Por ello nos vamos a limitar a destacar las consecuencias a las que en su trabajo llega VALLET. El trabajo se divide en tres partes claramente diferenciadas. En la primera, VALLET se plantea el problema de si pueden resultar útiles, en caso de ser válidas, las cautelas que ofrecen una opción de compensación legitimaria; en la segunda, estudia el problema de la posibilidad jurídica de dichas cautelas; y en la tercera, señala cuáles son los requisitos, a su juicio, necesarios para la eficacia de las cautelas de opción compensatoria de la legítima.

En la primera de dichas partes concluye señalando que ni la *compensatio ipso iure* del aumento en el *quantum legitimario* con su gravamen en el *quale*, ni la necesidad de optar en este caso entre la legítima estricta y la atribución testamentaria, puede decirse que sean una regla general, por lo cual resultan indudablemente útiles las cautelas testamentarias en virtud de las cuales el testador impone la elección.

En su segunda parte se enfrenta con las dificultades que la admisión de estas cautelas han planteado en la práctica. A su validez recuerda VALLET que se le ha opuesto diversas objeciones, unas de carácter general y otras de carácter particular. Entre las de carácter general se encuentran la de que el gravamen impuesto sobre la legítima se entiende por no puesto; la de la duda que la doctrina ha tenido siempre sobre si los legitimarios pueden aceptar una limitación de sus derechos a la legítima que pueda en su día perjudicar a sus descendientes; la del carácter fraudulento y semicaptatorio que para algunos autores ha tenido la condición que pone al legitimario en trance de escoger entre su legítima estricta y la mayor porción a él relictá con el gravamen afectante a ella, tesis como es sabido que recientemente defendió entre nosotros GONZÁLEZ PALOMINO; la de si será válida la renuncia a derechos forzosamente debidos cuando a tal renuncia se condiciona una mayor atribución. Y a esto añade las objeciones particulares que a los supuestos en que la cautela se formula como una sanción se han opuesto por la doctrina, así como las opuestas a la llamada *cautela Cumani*, en la que se impone una sustitución *si sine liberis decesserit* sobre la totalidad de la herencia, resolviendo que de no aceptar el gravamen sobre la legítima se debería restituir lo recibido *ultra legítima* y los frutos de ese exceso. Una vez examinadas detalladamente todas las tesis contrarias a la admisión de las cautelas, hace VALLET un índice de los autores que se han pronunciado a lo largo de la Historia por la admisión, ya de las cautelas en general, ya de alguna de ellas en particular, índice que va acompañado de la cita exacta del libro y página en la que cada uno de los autores expone su tesis. A continuación estudia los argumentos que existen en favor de estas cautelas. El fundamento de las mismas señala VALLET, en el comienzo de esta parte, que radica en la aceptación por el legitimario de una mayor atribución ofrecida al mismo por su causante con carácter incompatible con la reclamación de su legítima, resaltando que son extraordinariamente frecuentes en la práctica notarial española y han sido admitidas por la Jurisprudencia. En cambio, VALLET duda cuando se trata de admitir las cautelas con eficacia sobre la mejora, defendiendo que esta cautela sólo será posible cuando el tercio de libre disposición no quede fuera de la misma cautela, por ejemplo, por haber sido atribuido en pleno dominio al cónyuge viudo, ya que en este caso se impondría indudablemente un gravamen sobre la totalidad de los legitimarios, lo que está expresamente prohibido por el Código.

En cuanto a los requisitos que para VALLET son necesarios para la eficacia de la cláusula de opción, son los siguientes:

1.º El que se atribuya al legitimario un mayor *quantum* del legalmente debido al mismo. En la práctica esto puede consistir en la atribución de una mayor cuota hereditaria, la atribución por un fideicomiso de una porción de la parte disponible a favor del legitimario que acepte el gravamen, la designación de un legado en lugar de la legítima, o la atribución de un prelegado a favor del legitimario que acepte la legítima, la atribución como legado de la parte disponible a favor del beneficiario en caso de que el legitimario prefiera entregarlo o bien la dispensa de imputación a la legítima de colación de donaciones que de otra forma deberían ser colacionables.

2.º La imposición del gravamen debe ser expresa, habiéndose de recordar cuál es la tesis de VALLET en cuanto al carácter expreso, que no quiere decir dejado con palabras sacramentales, sino de tal forma que claramente se deduzca cuál es la voluntad del testador.

3.º Que por el testador se haga la expresa imposición de incompatibilidad absoluta de reclamar la legítima y recibir al mismo tiempo lo recibido ultralegítima.

4.º La aceptación por el legitimario de la atribución testamentaria con su gravamen, es decir, con la limitación de su *quale legitimario*. Estudia, hasta agotarlas, las diversas cuestiones que pueden presentar la aceptación por el legitimario de la atribución testamentaria y su limitación.

El trabajo resulta, en resumen, un tratado monográfico completo sobre las cautelas compensatorias, cuya consulta será indispensable para cuantas cuestiones se susciten en relación con dicha materia.

El *último* trabajo que comprende este volumen está firmado por MANUEL DE LA CÁMARA y lleva como título *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil*. El trabajo se divide en dos grandes partes.

En la primera estudia CÁMARA el fundamento jurídico del derecho a obtener la legítima en bienes hereditarios. Para ello comienza analizando cuál es la naturaleza jurídica de nuestro sistema legitimario, para —después estudiar los distintos sistemas desde un punto de vista de Derecho comparado, así como las distintas construcciones de nuestros autores para explicar la legítima, ya como *pars hereditatis*, ya como *pars valoris*, ya como *pars bonorum*— terminar defendiendo que en nuestro Derecho la Ley no defiere directamente al legitimario una cuota o porción del patrimonio hereditario líquido que justificase la legítima como una *pars bonorum*, sino que únicamente reserva dicha porción de bienes a su favor en el art. 806, articulo que dadas sus características y en un afán de integrarlo con los distintos preceptos del Código, hay que entenderlo en el sentido de que es simplemente el mecanismo legal para corregir las infracciones más graves al deber legitimario que pesa sobre el testador, de aquí que el legitimario sólo tendrá derecho a exigir el pago en bienes de la herencia cuando por cualquier causa haya sufrido merma en su derecho legitimario, desapareciendo con esta opinión una de las principales dificultades que a la concesión al testador de la facultad para pagar la legítima en metálico pudieran aparecer en nuestro Derecho.

En el segundo capítulo de la primera parte del trabajo, Cámara estudia exhaustivamente el choque del derecho a la legítima *in natura* con las facultades distributivas del testador; tras estudiar los antecedentes históricos y el Derecho comparado, señala que a su juicio el testador goza en nuestro Derecho de amplísimas facultades distributivas y puede asignar en pago de la legítima cualquier bien hereditario, como lo prueba la posibilidad de donar o legar bienes específicos con cargo a la parte libre y el que la legítima pueda ser dejada por vía de legado o donación, según resulta del art. 815, la posibilidad de mejorar en cosa cierta que consagra el art. 829, y lo dispuesto en el art. 1.056 que sanciona la libertad distributiva del testador al obligar a sus hijos a pasar por ella en cuanto no se perjudique la legítima de los

herederos forzados; hasta aquí la tesis de Cámara coincide con lo que es doctrina común en la materia. Como última consecuencia de esta parte señala Cámara que si en la herencia hubiera dinero, no habría razón alguna para impedir que el testador pueda adjudicar dicho dinero en pago de sus derechos legitimarios a uno de los herederos sin que por parte de éste pudiera alzarse contra dicha disposición reclamación alguna. Pero Cámara va más lejos, porque a través de estos preceptos deduce que lo que preocupa a la Ley, más que el que el legitimario reciba unos bienes concretos, es el que reciba un valor, y que en definitiva el objeto del art. 803 es el de garantizar al legitimario que no sufrirá quebranto en sus derechos, de aquí que considere que cualquiera que sean las garantías que el legislador haya querido conferir al legitimario, éstas son compatibles o deben serlo con el pago de la legítima a metálico, y trasladando el problema al de las facultades del testador, no ve dificultad alguna en las garantías del legitimario al pago de la legítima en metálico.

La principal dificultad que la doctrina ha encontrado para admitir el pago de la legítima con dinero extrahereditario es el de que puedan quedar quebrantadas las garantías del legitimario. En este sentido, se ha dicho que el pago con dinero de la legítima convierte al legitimario de titular de un derecho real en mero acreedor de la herencia. El tercer capítulo de la primera parte del trabajo de CÁMARA va dirigido a desmontar esta afirmación. En efecto, aun cuando la legítima se pague con dinero extrahereditario, el legitimario tendrá los derechos siguientes: primero, el de que la herencia se liquide con entrega inmediata de los bienes asignados, lo que hace que el legitimario pueda exigir que la partición no se realice sin su consentimiento, que quede pagado en ella y que pueda promover el juicio de testamentaria. En segundo lugar, en el supuesto de que los bienes que el testador le deje en sustitución de la cuota no existan, no sean suficientes, no se le satisfagan o no sean aptos para pagar la legítima, el legitimario continuará siempre teniendo derecho a reclamar la cuota reservada al amparo de lo que dispone el art. 806 del Código. Estas dos tesis son aplicables, como detalladamente demuestra CÁMARA, a todos y cada uno de los supuestos en los que el Código admite el pago de la legítima en metálico, con lo cual resulta que en ninguno de estos supuestos el pago en metálico anula las garantías de que en principio goza el legitimario. Recorre luego CÁMARA detalladamente los distintos supuestos de partición, para ir demostrando en cada uno de ellos cómo se defiende el derecho del legitimario sin que por el hecho de pagarse la legítima en metálico disminuyan las garantías de que la Ley ha querido rodear a éste.

La segunda parte del trabajo de CÁMARA va directamente dirigido a defender la admisibilidad del pago en metálico de la legítima en el Código civil. Toda su tesis se centra en torno al hecho de entender que los diversos supuestos en los que el Código autoriza el pago de la legítima con metálico extrahereditario no son como cree la generalidad de la doctrina e incluso la Jurisprudencia, excepciones a una regla general, sino que al contrario, son manifestaciones concretas de la regla general de que cabe el pago de la legítima en metálico. Observa CÁMARA, para empezar, que en realidad no

existe una regla concreta en el Código que prohíba el pago de la legítima en metálico. Estudia luego con gran detalle los arts. 829 y 1.056, núm. 2 del Código civil, entendiendo que en realidad este último es una aplicación concreta del primero y que no debe considerarse ni interpretarse con sentido restrictivo, ya que el art. 829 es mucho más amplio y sin embargo puede considerarse regla general, mientras que la interpretación corriente en la doctrina de considerar al art. 1.056, núm. 2, norma excepcional, y por lo tanto de interpretación restrictiva, a través de cuya interpretación se deduce la regla general de no poderse pagar la legítima en metálico, carece, a juicio de CÁMARA y así lo demuestra a través de su larga argumentación, totalmente de fundamento.

Sin embargo, el contenido del trabajo de CÁMARA es mucho más amplio y rico que lo que de su mero título podría desprenderse. Así, entre otros asuntos más o menos directamente relacionados con el que estudia, se pueden encontrar en el trabajo opiniones todas ellas muy interesantes sobre la naturaleza de la legítima, la distinción de partición y normas particionales, sobre algunos aspectos de los más interesantes y olvidados por la doctrina española de la partición hecha por el testador, un replanteamiento nuevo de su opinión sobre el *beneficium separationis* y su posible admisión en nuestro Derecho, un estudio muy completo de las acciones y garantías que al legitimario concede nuestro Código civil, unas notas muy juiciosas sobre la naturaleza de la partición, así como algunos de los aspectos de la partición extrajudicial, su opinión siempre interesante sobre las facultades de los albaceas, sobre la posibilidad de aplicación del art. 15 de la Ley Hipotecaria a supuestos de Derecho común, sobre la cuota usufructuaria concedida al viudo, su naturaleza y su posible commutación, de acuerdo con el artículo 839, un estudio muy interesante sobre la legítima de los hijos naturales, su opinión sobre los efectos de la fluctuación del valor de la moneda sobre las legítimas, en especial cuando éstas se han de pagar en metálico y notas sobre los legados de parte alicuota, las distintas formas de mejora, etcétera. Como se ve por esta enumeración, que sólo tiene carácter de ejemplo y no agota la riqueza del contenido del trabajo de CÁMARA, éste trata, a veces con un planteamiento totalmente nuevo, la mayoría de las cuestiones de nuestro Derecho sucesorio. De aquí que el trabajo de CÁMARA sea uno de los más interesantes contenidos en el volumen que hemos recensionado.

Basta todo lo expuesto para comprender que este volumen es una de las obras más importantes de Derecho Privado que se han publicado en España en los últimos tiempos.

JOSÉ MARÍA DE PRADA  
Notario de Madrid

**LACRUZ, José Luis:** «Derecho de Familia (El matrimonio y su economía)», t. IV, volumen 1.º del «Tratado teórico-práctico de Derecho civil», de Lacruz y Albaladejo. Barcelona, Librería Bosch, 1963; 742 págs.

En la misma línea que el anterior «Derecho de sucesiones. Parte general» (1), prosigue el magnífico «Tratado teórico-práctico» de Lacruz-Albaladejo mediante la publicación de este volumen sobre el matrimonio y su régimen patrimonial, redactado por José Luis Lacruz con la colaboración, en los capítulos II a IV, de A. Sancho Rebullida.

Ante el nuevo volumen de este importante Tratado, confirmo mis anteriores apreciaciones de conjunto, que doy por reproducidas. Sólo volveré a decir aquí que la obra es un verdadero Tratado *teórico-práctico*, a lo Planiol-Ripert, lleno de doctrina y vida por la savia jurisprudencial que lo traspasa. Con esto ya no habría que agregar nada.

Pero conviene en esta breve recensión dar una idea acerca del rico contenido de la obra.

El volumen se abre (capítulo I) con unas consideraciones generales sobre la familia y el Derecho familiar. Sigue con el estudio del matrimonio en general (capítulo II), donde destaca el parágrafo dedicado al sistema matrimonial español, por la claridad y rigor de la síntesis doctrinal llevada a cabo.

En el capítulo III se analiza la formación, requisitos, formalidades, conclusión y prueba, tanto del matrimonio canónico como del civil. El vínculo matrimonial es el objeto del capítulo IV, en el que se exponen la invalidez, ilicitud, ineficacia, suspensión y disolución del matrimonio. Con particular agrado veo que ha sido substancialmente recogida mi doctrina sobre el matrimonio putativo como apariencia jurídica matrimonial (2).

El análisis de los efectos personales del matrimonio entre los cónyuges se aborda en el capítulo V y la organización económica en general de la sociedad conyugal, en el VI. Lacruz ha cuidado especialmente la exposición de la publicidad del régimen patrimonial del matrimonio.

El mejor capítulo del volumen es, sin duda alguna, el VII, dedicado a las capitulaciones matrimoniales. Lacruz profundiza —como él sabe hacer— en el concepto, caracteres, requisitos, contenido, novación e ineficacia de los capítulos matrimoniales.

Naturalmente, la dote (capítulo VIII) y la sociedad legal de gananciales (capítulo X) están muy bien tratadas, pues ya Lacruz demostró en anteriores esfuerzos su perfecto dominio de estos temas.

Particular interés ofrece el capítulo IX sobre las masas patrimoniales en general (y sobre los bienes parafernales en particular), verdadera «clave» de toda la segunda parte de la obra (economía del matrimonio).

El volumen finaliza con la exposición de otros regímenes económicos del matrimonio (comunidad universal, nivelación de ganancias, separación absoluta y régimen dotal) y de las situaciones anormales en el matrimonio (la

(1) Vid. nuestra recensión en este ANUARIO, t. XV (1962), págs. 162 y sigs.

(2) Vid. nuestro estudio «El matrimonio putativo como apariencia jurídica matrimonial», en este ANUARIO, t. XIV (1961), págs. 343-382.

llamada separación judicial y la administración y enajenación de los bienes del matrimonio en los estados anómalos) (capítulos XI y XII, respectivamente).

Hay tres apéndices: el primero con supuestos prácticos de liquidación de comunidad conyugal, donde se nota la mano del Profesor-Abogado; el segundo con la jurisprudencia posterior a la redacción de la obra (puesta así al día); y el tercero con la bibliografía (muy completa y escogida).

Cumplido nuestro encargo de dar cuenta de la aparición de este nuevo volumen, sólo nos resta felicitar muy cordialmente a los autores del "Tratado Teórico-práctico de Derecho civil" en curso de publicación, por su extraordinario y meritorio esfuerzo, alentándoles a proseguir con la misma calidad su gran obra, para bien de la ciencia y vida jurídica privada española.

JUAN B. JORDANO BAREA

**ROBLEDA, O.: «La nulidad del acto jurídico». 2.<sup>a</sup> ed. Roma, 1964. Librería Editrice dell'Università Gregoriana. Un volumen de VIII + 385 págs.**

Esta obra del ilustre profesor de la Universidad Gregoriana de Roma es un estudio muy completo del conjunto de Derecho civil comparado y una contribución profunda al tema de la nulidad del acto jurídico en el Derecho canónico.

Después de un capítulo introductorio al concepto del acto jurídico, la primera parte está dedicada a la nulidad del acto jurídico en el Derecho civil moderno que abarca con profundidad su estudio en el Código civil francés, en el Código civil alemán, en el Código civil italiano y en el Código civil español. La segunda parte, que contiene el estudio de la nulidad del acto jurídico en el Código de Derecho canónico, el profesor Robleda se muestra como el eximio canonista, como el maestro de fina vena dialéctica. Se abordan las aspectos de la nulidad del matrimonio, de la nulidad por falta de licencia, de nulidad en el proceso y los criterios de nulidad en el Código de Derecho canónico (virtual y textual), donde el autor cala hondo y donde aporta sus contribuciones de gran valor para el civilista.

En esta segunda edición hay que significar que, además de las muchas mejoras introducidas en la parte de introducción, así como en la de Derecho comparado y Derecho canónico (especialmente sobre los criterios de nulidad), la obra se enriquece con un apéndice complementario sobre el estudio de la nulidad en el Derecho romano, que supone una verdadera aportación en la materia, dada la especial vocación del profesor Robleda por los estudios romanistas, según ha demostrado en su Manual en lengua latina, único en su clase actualmente en esta especialidad.

La obra, trabajada rigurosa y científicamente, con índices preparados para una mejor consulta de la misma, es una aportación valiosa al estudio de la nulidad en el ámbito del ordenamiento jurídico en la órbita de la tradición continental europea.

J. B. C.

**PETER: «La responsabilité décennale des architectes et entrepreneurs».** Editorial Dunod, París, 1963; 152 págs.

La responsabilidad de arquitectos y empresarios por la ruina de los edificios se regula en Derecho francés por dos textos legales, los artículos 1.792 y 2.270 del *Code*, cuya falta de concordancia resulta difícil de conciliar. Por otra parte, la situación social y económica que contemplaba el legislador de 1804 ha variado considerablemente; el autor menciona como factores del cambio, la amplitud de demoliciones causadas por las dos Guerras Mundiales y la creciente intervención del Estado para resolver la crisis de la vivienda; ante el gran número de litigios planteados ante el Consejo de Estado, este organismo ha entendido aplicable la responsabilidad decenal a los contratos administrativos (cfr. la Crónica de Gabolde en el *Dalloz*, 1962, página 251, quien señala una tendencia a la unificación de criterios interpretativos entre ambas jurisdicciones. El tema está inédito entre nosotros).

El autor no oculta desde la primera página, la modestía de su propósito y el carácter práctico de su obra. Pese a la ausencia de objetivos científicos, el libro ofrece un completo cuadro de la actual problemática francesa con referencias constantes a la jurisprudencia. Se divide en seis capítulos y un Anexo. Trata el primero de la garantía decenal; el segundo, de las condiciones de aplicación; el tercero, de la distribución de responsabilidades entre los constructores; el cuarto, de los supuestos de atenuación o desaparición de la responsabilidad; el quinto, de la validez de las cláusulas de exoneración y modificación de aquéllas; y el sexto, de la acción para exigir la garantía decenal. El anexo trata del seguro de este riesgo.

Sin pretensiones dogmáticas, el autor se hace eco de la doctrina común; ofrecen interés las nociones de «gros ouvrages» (p. 38 ss.) y la concepción funcional de vicio de construcción (p. 45). Deja, en cambio, sin resolver el problema de la responsabilidad frente a terceros con base en el art. 1.386.

G. G. C.

**SANCHO REBULLIDA, F. de A.: «La novación de las obligaciones».** Barcelona. Editorial Nauta, 1964; 484 págs.

He aquí un buen libro, de superior calidad. Sancho Rebullida tomó la vieja y secular institución de la *novatio* y profundizó en ella. El fruto de ese concienzudo y paciente trabajo de investigación, prolongado a lo largo de casi cuatro años, ha sido una valiosísima y original aportación al Derecho civil, en la que se lleva a cabo una reordenación crítica de la institución en nuestro ordenamiento.

Como es sabido, el Código civil español ofrece al intérprete una regulación ambigua y desconcertada de la novación, lo que permitió a la doctrina primero y después a la jurisprudencia introducir figuras como la llamada novación modificativa y la asunción de deuda.

En el Derecho romano y en la evolución histórica posterior halla Sancho

Rebullida la clave de algunos "misterios" del Código, replanteando las cuestiones que suscita el régimen legal de la novación, al margen de toda inercia conceptual, con un tercero método histórico-crítico y realista.

Por lo que mira concretamente a la categoría de la "novación modificativa" y a la admisibilidad de la transmisión pasiva a título singular de las obligaciones, entiende Sancho Rebullida que la opinión dominante no es la interpretación más conforme con el espíritu del Código, ni el tratamiento más lógico y sistemático de las figuras en juego, ni, en fin, la concepción práctica y útil para las necesidades del tráfico y justicia de los resultados.

El estudio profundo de la novación en su dimensión histórica permite a Sancho Rebullida demostrar con gran lujo de argumentos que la pretendida novación meramente modificativa no es sólo una contradicción lógica y una desarmonía sistemática, sino también el resultado de ciertos errores históricos concatenados, perfectamente localizables. No niega el autor la modificabilidad de las obligaciones, pero afirma su posibilidad como independiente de la novación y al margen del artículo 1.204 C. c., cuya trayectoria histórica lo hace irreferible a la simple modificación. Su base legal está en el artículo 1.255 C. c., tiene sus reglas de determinación en los artículos 1.281 y sigs. (mucho más cómodas que la rígida e inadecuada del artículo 1.204) y su límite objetivo concreto en el mismo artículo 1.255 y en el 1.203-1º C. c.

Tampoco la dirección doctrinal dominante en cuanto a la admisibilidad de la transmisión pasiva a título particular de las obligaciones es —a juicio de Sancho Rebullida— el tratamiento más indicado y progresista. Entiende que a su posibilidad se opone la *natura rerum*, de suerte que lo único que se consigue, aun por los intentos doctrinales más depurados, es cambiar de nombre y de presentación a las mismas cosas. Por razones técnicas (arg. *ex*, artículo 1.911 C. c.) y de justicia —los *derechos de tercero*— en toda asunción de deuda existe novación, a su modo de ver. No se trata, por tanto, de negar la existencia, utilidad, etc. del contrato de asunción de deuda, sino de negar que suponga una verdadera sucesión a título particular y de relacionarlo, en cambio, con la novación (extintiva) *mutato debitore* que en el fondo, siempre produce.

Tras de releer con atención varias veces las páginas 393 a 418 del libro, donde el autor somete a fina crítica la doctrina expuesta por mí al comentar la sentencia del T. S. de 10 de febrero de 1950 (1), creó que subsiste un valioso argumento para respaldar mis anteriores posiciones en esta materia: desde el ángulo visual de una teoría realista del Derecho, a la que tanto Sancho Rebullida como yo mostramos simpatía, la jurisprudencia juega un papel decisivo, y la jurisprudencia ha consagrado ya entre nosotros la asunción de deuda como sucesión en el *idem debitum*.

Mi argumentación, a la que me remito (2), no comporta, pues, una petición de principio, porque arranca precisamente de dicha expresa consagración por el Derecho positivo (Derecho *impuesto*, en este caso por el Tribunal Supremo *summum ius*) de la continuidad o persistencia del vínculo obligacional, pese a la mudanza del deudor. Si después resulta que las notas

(1) En este ANUARIO, III-4 (1950), págs. 1372 y ss.

(2) Vid. nota 14 de la pág. 1378 del cit. comentario.

diferenciales *quoad effectum* entre sucesión en la deuda a título singular y novación (extintiva) *mutato debitore* se esfuman incluso hasta casi desaparecer del todo, ello obedece a que con la segunda figura, convenientemente adaptada como «modalidad hermenéutica», se trata de conseguir el mismo resultado práctico o efecto económico que persigue la primera. Dos caminos pueden conducir al mismo sitio, sin que tales caminos sean necesariamente iguales entre sí; la identidad está en el punto de llegada.

Particular interés ofrece también la postura de Sancho Rebullida respecto al efecto novatorio en la cesión del contrato. A su juicio, ésta significa subrogación *ex lege* o *ex voluntate* (por virtud de un negocio jurídico traslativo causal, *a se*, típico o atípico) en el término subjetivo de la relación o relaciones jurídicas básicas creadas y regidas por el contrato cual *privata lex*. En principio, todos los contratos son cedibles; pero mediante un mantenimiento exacto de la situación por ellos creada (subrogación) solamente los contratos de ejecución continuada y en cuanto a las obligaciones “en devengo”; los de ejecución única —y la transmisión de las obligaciones “devengadas”, en unos y otros— puede hacerse, pero produciendo novación en las deudas y cesión (o novación también) en los créditos.

La idea de la imposibilidad “casi ontológica” de la transmisión de las deudas a título singular vuelve a reaparecer aquí en una habilidosa construcción asimétrica, con precisaciones y distingos que tratan de resolver la referida dificultad técnica y procuran soluciones justas en los casos concretos de la vida real.

Podrá acaso discutirse, pero es el intento más serio y completo que en España se ha realizado para construir la llamada cesión del contrato

Por mi parte, que con el Tribunal Supremo no encuentro dificultad para transportar las cargas (mejor que “agueros”) de los patrimonios sin éstos, no veo la necesidad de extinguir las deudas ya nacidas en un patrimonio y de crearlas *ex novo*, con el mismo contenido, en otro patrimonio distinto.

Pero, a fin de cuentas, es posible que las pequeñas diferencias de criterio esbozadas en esta breve e incompleta nota crítica sean puramente *nominales*. En realidad, la asunción de deuda y la cesión del contrato —tanto para Sancho Rebullida como para mí (3)— tienen respectivamente los mismos requisitos y producen iguales efectos.

En el fondo, pues, estamos de acuerdo. El libro de Sancho Rebullida es tan bueno que acaba por convencer al crítico más exigente.

JUAN B. JORDANO BAREA  
Catedrático de Derecho civil  
en la Universidad de Sevilla.

---

(3) Respecto a la cesión del contrato, puede verse mi postura en la reseña a la obra de CARRESI, en este ANUARIO, IV-3 (1951), págs. 1112 y sigs.

**SERRA DOMINGUEZ, Manuel:** «Normas de presunción en el Código civil y Ley de Arrendamientos urbanos». Ediciones Nauta, S. A., Barcelona, 1963; 248 págs.

Sobre un tema escasamente estudiado por la doctrina, el autor ha construido una densa monografía, en busca de un concepto general de la presunción. Después de unas breves referencias históricas, nos define el Dr. Serra Domínguez la presunción como “aquella actividad intelectual probatoria del juzgador, realizada en la fase de fijación, por la cual afirma un hecho distinto del afirmado por las partes instrumentales, a causa del nexo causal o lógico existente entre ambas afirmaciones” (pág. 17); analiza seguidamente cada uno de los elementos que integran la presunción, destacando que el elemento característico de la misma es el enlace entre la afirmación base y la afirmación consecuencia, que se efectúa mediante lo que la doctrina conoce con el nombre de “máximas de experiencia”. Las máximas de experiencia tienen carácter extrajurídico; forman parte del clima que rodea a las instituciones jurídicas y constituyen, por ello, un factor de comunicación entre la vida y el Derecho y la actividad judicial, que evidentemente no puede, como a veces se ha pretendido, quedar reducida a actividad puramente mecánica o automática.

Examina el autor las distintas clases de presunciones, y rechazando, de acuerdo con las generalidades de la doctrina, la existencia de las mal llamadas presunciones *iuris et de iure*, distingue las presunciones legales de las judiciales, añadiendo a la definición general transcrita los rasgos propios de cada una de ellas. Esta distinción supone el reconocimiento de matices específicos, pero no una diferencia radical y esencial; por ello, es posible estudiar la naturaleza jurídica de la presunción, abarcando aquellos problemas y aspectos que tienen un valor general para toda clase de presunciones. El autor sitúa esta figura jurídica dentro del Derecho procesal, pero sin reducirla al ámbito de la apreciación de la prueba, ni estudiarla como simple regla en torno a la carga de la misma. “Es preciso —dice Serra— otorgar al instituto de la presunción una sustantividad propia y considerarla como un elemento inherente a todo género de pruebas, pero que sólo en algunas adquieren plena efectividad” (pág. 61).

Elaborado así el concepto de presunción, el autor realiza un detallado y agudo análisis de los preceptos del Código civil que establecen verdaderas presunciones, separando previamente aquellos otros artículos en los que, aunque otra cosa se afirme frecuentemente, no existen —a juicio de Serra Domínguez— auténticas presunciones.

La investigación se traslada después al ámbito de la Ley de Arrendamientos Urbanos —de la que hace una acerba crítica, que podemos resumir en la acusación del autor, de que “se trata de una institución jurídica totalmente antisocial y antijurídica” (pág. 184); “Ley fundamentalmente injusta y antisocial” (reitera en la pág. 195)— examinando las distintas presunciones que contiene su articulado, así como las formulaciones jurisprudenciales que sobre algunas presunciones ha elaborado el Tribunal Supremo.

Se trata, ciertamente, de un trabajo importante y de sumo interés. A nues-

tro juicio, más conseguido en su primera parte, es decir, en lo que se refiere a la formulación del concepto de presunción y su aplicación al ámbito del Código civil. Por lo que afecta a la Ley de Arrendamientos Urbanos, dejando a un lado la radicalidad del juicio que en conjunto le merece (1), no parecen exactos ciertos extremos: Así su afirmación de que la institución regulada por la Ley especial no es un arrendamiento, por faltar los elementos esenciales del mismo, tiempo determinado y precio cierto; tampoco su observación de que la distinción legal entre causas de resolución del contrato de arrendamiento y excepciones a la prórroga del mismo "carece de toda relevancia doctrinal y práctica" (pág. 182) (2); igualmente, con ciertas re-

(1) Además de los rotundos juicios del conjunto de la Ley, antes citados, pueden indicarse estos otros, no menos radicales y apasionados: Ley "nefasta", "absurda e injusta", "injusta, inadecuada e imperfecta" (todos en una sola página, la 182); Ley de "carácter excepcional" (pág. 178) "y, por consiguiente, odiosa" (pág. 187). Para el autor, "a la congelación de la renta ha seguido inmediatamente la crisis de la industria de la construcción" (pág. 181), lugar común generalizado en numerosos autores, y que olvida, en primer lugar, que la escasez de viviendas es muy anterior a la promulgación de las dos últimas leyes especiales; en segundo lugar, que es un fenómeno universal (que, también universalmente, ha dado lugar a medidas legislativas sensiblemente análogas) y de causas complejísimas, que se sienten ya, sin remontarnos más allá de nuestro siglo, en el R. D. de 21 de junio de 1920. A la antigua escasez de viviendas hay que añadir las destrucciones ocasionadas por la guerra, el incremento de población, la enorme movilidad social hacia las grandes ciudades y, en general, de los pueblos hacia las capitales de provincia, la revolución industrial por la que España está pasando, con la consiguiente inversión de materiales y capitales en actividades más lucrativas que la construcción de viviendas no suntuarias; sin que pueda olvidarse, por otra parte, el importante ritmo de construcción existente y la activa aportación de la iniciativa privada protegida. (Así, de las aproximadamente 120.000 viviendas construidas en 1960, el 72,5 por 100 corresponden a promotores de carácter particular. El Plan nacional de la vivienda, 1961-1976, advierte los dos peligros que cercan al ritmo de la construcción: "Su reducción llevaría a una paralización de la industria de la construcción, con el consiguiente desempleo de mano de obra y falta de rentabilidad del capital en aquélla invertido. Su excesiva aceleración podría originar un fenómeno inflacionista que dejase sin efecto los resultados obtenidos con el Plan de Estabilización", "B. O. del M. de la Vivienda", 31 de julio de 1962, núm. 57). Hay que tener en cuenta la totalidad de los factores concurrentes —pues el legislador no puede escoger la realidad social más apetecible para legislar— y, a la luz de ellos, examinar los principios fundamentales de la protección al inquilino, dispensada por la ley especial arrendaticia, y pensar en las consecuencias sociales que el régimen ultraliberal del Código civil —ultraliberal, pues recuérdese su art. 1.571— habría producido; de este modo, podrá hacerse una crítica más serena de la Ley, que distinguiera el fondo de la forma. Así lo hizo, con objetividad y agudeza, Alfonso de Cossío, quien, refiriéndose a la anterior L.A.U., criticó implacablemente sus defectos, lo que no le impidió afirmar que "los inconvenientes y defectos de esa Ley obedecen, no tanto a la inconsistencia de (sus) principios, como a la forma en que técnicamente han sido aplicados y desenvueltos". Destaca el ilustre catedrático de Derecho civil que nos encontramos en presencia, no de un Derecho excepcional, sino especial, y que un examen detenido de sus principios inspiradores "nos demuestran que no son por completo ajenos a la conciencia jurídica popular, sino que con el transcurso del tiempo se han ido infiltrando en ella, hasta el extremo de ser unánimemente admitidos como justos y necesariamente impuestos por las circunstancias. Nadie pretendería seriamente que se volviese al sistema de libre contratación y temporalidad del arrendamiento y nadie concibe hoy día la propiedad como dominio absoluto carente de límites sociales". (A. DE COSSÍO: *Legislación y jurisprudencia de arrendamientos urbanos*. Conferencia pronunciada dentro del "Curso de conferencias sobre el tema general de Arrendamientos Urbanos", en el I. N. E. J., marzo-mayo, 1954; las citas corresponden a las páginas 1 y 3, respectivamente.)

(2) No vamos, naturalmente, a entrar ahora en la cuestión de si la figura jurídica regulada por la L.A.U. es un arrendamiento o no. (Sin propósito exhaustivo, pueden consul-

servas han de acogerse algunos de los extractos jurisprudenciales que alega como muestras de presunciones judiciales, por ser demasiado esquemáticos

tarse los trabajos de OGÁYAR AYLLÓN: *Exposición sistemática de la nueva Ley de inquilinato*, en "R. G. L. J.", 1947; MORENO MOCHOLÍ: *Naturaleza jurídica de derecho del arrendatario*, en "R. G. L. J.", 1948; LACASA: *El actual arrendamiento urbano ¿es contrato? Algunas observaciones para su calificación jurídica*, en "R. G. D.", Valencia, 1948; NART: *Ex arrendamientos*, en "A. D. C.", 1951, págs. 891 y sigs.; NOGUERA: *De la enfeiteusis a la enfeiteusis*, en "Anales de la A. M. del Notariado", V, Madrid, 1950, especialmente págs. 441 y sigs.; ATTARD: *En torno a la cláusula "rebus sic stantibus". El abuso de derecho en la nueva ley de Arrendamientos Urbanos*, Sep. de "Propiedad y Construcción", Valencia, 1956; página 65). Parece, en cualquier caso, que el juicio sobre la justicia o injusticia de la Ley habrá de buscarse con independencia de su calificación conceptual, y que ésta misma se efectúa de manera apriorística, si la regulación concreta e histórica que ofrece el Código civil se eleva a la categoría de normas abstractas e intemporales, configuradoras de la institución. Por otra parte, respecto a la argumentación que Serra Domínguez emplea cabe decir:

I. Por lo que se refiere al *precio cierto*, para el autor no existe en la regulación de la L.A.U., en cuanto que fijándonos sólo en la Ley vigente: a) Se da en ella una relativa libertad en la fijación del precio, pero supeditada a que no sea impugnada dentro del plazo por el nuevo ocupante de la finca (art. 96). En cambio, la elevación del precio queda fuera de la autonomía contractual (arts. 98 y 99)". "b) En todo caso —sigue diciendo Serra—, el precio no puede estimarse cierto en cuanto es susceptible de variación imperativa por el Gobierno" (pág. 183). Frente a esta opinión puede objetarse: 1º) Es fácil advertir que se produce una confusión entre *precio cierto* y *precio libremente pactado y sin límites*. Precio cierto es el precio conocido, precisado, determinado; es un *quantum* medido. "Existe precio cierto —dice la S. 16 de mayo de 1947— cuando se pacta una cantidad fija esencial, aunque pueda añadirse otra accidental variable". Aunque la renta viniera fijada imperativamente por el legislador, no puede decirse que no existe, por ello, precio cierto. 2º) Tampoco puede aceptarse los términos generales con los que Serra Domínguez habla de la "relativa libertad" para fijar el precio. La realidad es la siguiente: 1º) *Locales de negocio*: Libertad para estipular la renta (art. 97). 2º) *Viviendas*: Libertad para determinar la renta contractual, con la sola excepción de que, si se trata de viviendas que ya hubieren estado ocupadas antes de la nueva L. A. U., tenga éxito la facultad que al inquilino se le concede, dentro de los tres meses siguientes a la celebración del nuevo contrato, para instar la revisión de la renta ante la Junta de Estimación, si la nueva renta se estimara *abusiva*, para lo cual se tendrán en consideración "cuantos factores puedan conducir a la determinación de la *renta justa*" (artículo 96). Se trata, pues, de una excepción, de alcance limitado y loable por la finalidad perseguida. Las limitaciones de la renta que provengan de leyes especiales son de otra índole, en cuanto que responden al régimen al que el constructor se acogió libremente, y que entraña privilegios y deberes especiales. 3º) Lejos de ser cierto que la elevación de la renta quede fuera de la autonomía contractual, sucede: 1º) Los artículos 98 y 99 L. A. U. sólo se refieren, como evidencia su texto, a *elevación unilateral por parte del arrendador*; excepción, de una parte, al artículo 1.449 C. c., aplicable al arrendamiento; constituyendo, por otra parte, más que elevaciones de la renta propiamente dicha, repercusiones, participaciones o recargos por distintos conceptos. 2º) Ni los artículos 98 y 99 ni ninguno otro prohíben el aumento de renta, cuando sea consentido por ambas partes; doctrina aplicable tanto al contrato celebrado antes de la entrada en vigor de la Ley vigente como al posterior a la misma. Naturalmente, ha de tratarse de una auténtica *elevación* de la renta ya fijada en el contrato y, por ello, posterior al momento de la celebración del arrendamiento. (En el mismo sentido, CASTÁN y CALVILLO: *Tratado práctico de arrendamientos urbanos*, II, Madrid, 1957; págs. 100 y sig.) 4º) La revisión de las rentas de los arrendamientos que se encuentren en período de prórroga (art. 100) no puede tampoco hacer incierto el precio, máxime cuando su finalidad es mantener la equivalencia de la renta pactada, a tenor de las variaciones experimentadas en los índices ponderados de vida.

II. *Tiempo determinado*. Es claro que el mecanismo de la prórroga obligatoria para el arrendador supone una innovación respecto del régimen del Código civil. Aun entendiendo la expresión "tiempo determinado" en el sentido de tiempo "fijado" o "concretado" (para CASTÁN y CALVILLO—ob. cit., II, pág. 225— sólo significa que el arrendamiento ha de ser temporal y no perpetuo), supondrá esto que la institución regulada en la L. A. U. no sea

y aislados del contexto de la sentencia (3), ya que son sumamente raros los casos en que la presunción de cesión, subarriendo o traspaso inconsentidos se deciden por un simple hecho (4).

En resumen, con independencia de reparos como los señalados, en su mayor parte accesorios al tema modular de la monografía, es justo señalar que el profesor Serra Domínguez nos ofrece un trabajo concienzudamente elaborado, en gran parte original, y de indudable utilidad doctrinal y práctica, así como interesante, de *lege ferenda*, por razón de las sugerencias, interpretación y nueva redacción que propone de buen número de los artículos estudiados, tanto del Código civil como de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

JUSTO J. GÓMEZ Y SABEL

---

un arrendamiento? Pensemos, sin embargo, que "parece lo más verosímil que los arrendamientos urbanos, tanto en Roma como en Bizancio, se hacían sin término fijo... Lo normal era, pues, arrendar las casas por tiempo indeterminado, quedando libre cada una de las partes para salirse del contrato cuando lo estimase conveniente" (Cossío y Rubio: *Tratado de arrendamientos urbanos*, Madrid, 1949, pág. 40; puede verse en esta misma obra la evolución histórica sufrida y su regulación en nuestro Derecho anterior al Código civil, págs. 71 y sigs.); por otra parte, "que la prórroga sea indefinida no implica que la duración del inquilinato sea ilimitada. La Ley vigente, aunque extiende la duración, conserva su temporalidad" (CASTÁN y CALVILLO: *ob. cit.*, II, pág. 222). En todo caso, no puede aceptarse que la determinación del plazo contractual carezca de toda relevancia doctrinal y práctica, ni para el arrendatario ni para el arrendador. En efecto, dejando a un lado que se haya prescindido en la práctica de fijar plazo alguno —como afirma Serra, y que estadísticamente ignoramos— esto sólo significaría la entrada en juego del artículo 1.581 C. c.; por lo demás, la distinción entre plazo y prórroga está en la misma Ley especial y tiene importancia: Además de que la prórroga no afecta a las estipulaciones accesorias (Cossío y Rubio, *ob. cit.*, pág. 402; CASTÁN y CALVILLO, *ob. cit.*, II, págs. 219 y sigs.), existen otras manifestaciones, tales como la revisión de la renta, que sólo afecta a los contratos en período de prórroga (art. 100, 1), la referente a la indemnización en caso de que el arrendatario abandone el local "antes del plazo estipulado" (art. 56), la distinción entre causas de resolución y excepciones a la prórroga, en cuanto que éstas últimas sólo pueden hacerse valer cuando el arrendamiento se encuentra en la fase de prórroga, pero no durante el plazo pactado o, en su caso, determinado por el artículo 1.581 C. c.

(3) Así, en el caso de la S. de 11 de mayo de 1957. La Sentencia no deduce el subarriendo de la "existencia de un club o asociación particular en un establecimiento público" (página 193), simplemente, sino que se afirma en virtud de "más que vehementes presunciones" analizando las distintas pruebas y, especialmente, el contenido del requerimiento notarial donde un ex director de la sociedad subarrendataria manifiesta la realidad de este contrato, un acta notarial en la que de forma inequívoca se habla del subarriendo, los ejemplares de los periódicos en los que consta el domicilio social de la sociedad ocupante, la certificación de la junta de conciliación sindical, y otras.

(4) Expresiva es, al respecto, la significación dada al cambio de la titularidad fiscal, como Serra Domínguez termina reconociendo (pág. 198).

# REVISTAS

A cargo de José María DESANTES GUANTER  
y Carlos MELON INFANTE.

## I. DERECHO CIVIL

### 1. Parte general.

PÉREZ LEÑERO, José: *Derecho económico del trabajo*, RDM, núm. 89, julio-septiembre 1963; págs. 145-165.

Considerado el Derecho económico como conjunto de normas que dan forma a la dirección política o estatal del mundo económico mediante el ordenamiento de la iniciativa privada de los sujetos, el Derecho económico del trabajo será "la rama especializada del Derecho económico que regula la dirección del trabajo como bien y factor económico mediante el ordenamiento de la iniciativa privada de los sujetos componentes de la empresa laboral". El Derecho económico del trabajo tiene dos caracteres esenciales: es Derecho público y es a la vez Derecho excepcional. Tres principios configuran el Derecho económico del trabajo: la relación entre Economía y Política, la posición rectora que al Estado corresponde, y, finalmente, la función social de la empresa. Instituciones básicas del Derecho económico laboral que se relacionan con el trabajo como factor de producción e instituciones principalmente reguladas por el mismo que se relacionan con el trabajo como factor económico.

### 2. Derecho de la persona

BARRERA GRAF, Jorge: *Notas sobre la representación en el Derecho mexicano*, RDM, núm. 89, julio-septiembre 1963; págs. 7-30.

Se considera la representación como "la facultad o poder de asumir derechos y contraer obligaciones a virtud de la actividad y la conducta de una persona (representante) designada por el interesado (representado) o por la ley, persona que no es parte ni tiene interés directo en tales derechos y obligaciones". Concepción amplia, que comprende tanto la representación voluntaria como la legal, y que viene impuesta por la función que a la institución corresponde en el moderno tráfico jurídico. Recordados sus posibles antecedentes en Roma y la parquedad y ausencia de reglamentación directa que se observa en los Códigos mexicanos, estima el autor como elementos esenciales de la representación éstos: a) actuación del representante en nombre y en interés (o por cuenta) del representado; b) que el acto o negocio del representante le sea ajeno por corresponder al representado.

La representación indirecta no es en el fondo una verdadera representación, ya que con razón ha sido considerada una supervivencia romana en cuanto que el "representante" queda vinculado con el tercero contratante. Sin embargo, aun siendo ajena al genuino concepto de la "representación" tiene semejanzas con el mismo: el obrar por cuenta de otro y el hecho de que el acto ejecutado recaiga en el patrimonio del representado. Delimitación de la representación indirecta frente a las figuras del negocio fiduciario, del negocio simulado y del negocio realizado en fraude de ley. Diferencias respectivas.

GANDOLFI, Giuseppe: *Sui negozi collegati*, RDC, año LX, núms. 9-10, septiembre-octubre 1962, 2.ª parte; págs. 342-352.

No se está ante un solo negocio unitario, sino ante dos o más negocios concurrentes, cuando existen varias declaraciones conexas, contenidas o no en un solo acto formal, a cada una de las cuales se vinculan sus propios efectos jurídicos. En los negocios unidos los nexos que entre ellos se producen no excluyen el valor independiente de cada negocio; dichos nexos, más que converger en un único plano tendente a un único resultado, se suceden uno a otro con autonomía y eficacia propias. Después de estas afirmaciones generales, formuladas por la Corte de Casación italiana, en sentencia de 6 de marzo de 1962, y con referencia a un supuesto de arrendamiento, se hacen estas otras declaraciones específicas: a) En el contrato de arrendamiento la contraprestación (*il corrispettivo*) puede consistir, además de en un canon periódico, en una utilidad satisfecha una sola vez, en relación a la prevista duración del contrato. b) No excluye la locación la circunstancia de que, a consecuencia de los acuerdos de las partes, una casa sea construida por aquél que la va a recibir en goce hasta un determinado tiempo, por una contraprestación igual al valor de la obra realizada; siempre que resulte una escisión entre los dos acuerdos, de forma tal que al primero (construcción de la casa), agotado con la construcción y con la traducción en dinero de la obra realizada, siga el segundo (la cesión del goce), que se inicia y perdura con vida propia y con absoluta independencia del negocio que le ha precedido.

En el comentario se ofrece un breve esbozo doctrinal en torno al debatido problema de la distinción entre los negocios mixtos y la unión de negocios. Siendo el criterio predominante el que atiende a la causa, la sentencia basa su posición en los resultados a que tienden y que producen las respectivas declaraciones de voluntad. En el supuesto en cuestión estima el autor la presencia de contratos recíprocos: hipótesis que se verifica cuando en una situación negocial compleja las prestaciones que caracterizan el tipo (en el *appalto* la ejecución de la obra, en el arrendamiento la cesión del goce de la cosa) figuran en un contrato a cargo de una parte y en el otro a cargo de la otra. Distinción de los contratos de doble tipo (negocio unitario mixto). Referencias doctrinales al respecto.

NAUROIS, Louis de: *Aux confins du Droit privé et du Droit public. La liberté religieuse*, RTDC, año 61, núm. 2, abril-junio 1962; págs. 241-266.

La noción de "libertad religiosa" es enormemente compleja; y aunque se ha confundido con frecuencia con ella, es cosa bien distinta de la libertad de

culto. Esta no es sino un concreto aspecto de los muchos, y muy varios, que aquélla comprende. Los textos jurídicos que se refieren directamente a la libertad religiosa son en Francia numerosos, a partir de los principios formulados por la Revolución. Arrancan del art. 10 de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 y, pasando por otras declaraciones constitucionales y por el art. 1 de la Ley de Separación de 9 de diciembre de 1905, plasman hoy en el artículo 2 de la Constitución de la V República, así concebido: "Francia garantiza la igualdad ante la Ley a todos los ciudadanos, *sin distinción* de origen, de raza o *de religión*; respeta todas las creencias". En todos los textos la libertad religiosa se encuentra con el carácter con que el autor la entiende: no discriminación entre los ciudadanos sobre la base de la opción y de la pertenencia religiosa; libertad de convicciones y de opción religiosa; libertad de culto y de comportamiento de inspiración religiosa. El significado de los textos no puede ser correctamente apreciado en su totalidad más que si dichos textos se sitúan dentro del postulado más general del principio constitucional del laicismo del Estado, cuya triple manifestación es ésta: no confesionalidad del Estado; libertad religiosa; incompetencia de las Iglesias para conocer y delimitar lo temporal y, simétricamente, voluntad del Estado de no inmiscuirse en el orden espiritual.

La libertad religiosa tiene un doble aspecto fundamental: libertad de opción religiosa y libertad de comportamiento de inspiración religiosa. La libertad religiosa aparece como una de las grandes "libertades públicas" del Derecho francés. ¿Presenta la libertad religiosa especialidades, comparada con las otras libertades? Sus especialidades no sólo son técnicas. La libertad religiosa, examinada en su conjunto, supone no simplemente el respeto de "opiniones" relativas a la religión, sino también el respeto de una pertenencia a una Iglesia determinada. La libertad de conciencia comporta, pues, la libertad de pertenencia. El autor se pregunta si la libertad religiosa se puede aproximar a los "derechos fundamentales". Examinada la libertad en cuestión, en su doble aspecto de libertad de opción religiosa y de libertad de comportamiento de inspiración religiosa, el balance de aspectos contemplados inclina de forma decidida a la tesis afirmativa. La libertad de opción está fuertemente protegida. Que el comportamiento de inspiración religiosa esté sometido a las exigencias del orden público, soberanamente definido por el Estado, es una consecuencia inexcusable del principio del laicismo: lo importante es que el Estado, en esta definición del orden público, se muestre respetuoso con el hombre y con sus convicciones religiosas.

VERCELLONE, Paolo: *Utilizzazione dei fotogrammi d'un'opera cinematografica per la creazione d'un cineromanzo*, RDC, año LX, núms. 11-12, noviembre-diciembre 1962, 2.ª parte; págs. 455-460.

El "cineromanzo" consiste en la narración de una escena o secuencia cinematográfica a través de una sucesión de ilustraciones que recogen momentos diversos de la secuencia en cuestión, acompañando las ilustraciones, para hacer inteligible la narración de un breve texto literario que, generalmente, se reduce al diálogo de los personajes o al resumen esquemático de su pensamiento. El art. 80 de la Ley italiana sobre derecho de autor concede una equitativa

compensación a favor de los intérpretes siempre que su recitación, representación o ejecución sea difundida por cualquiera, salvo cuando se hace precisamente con el fin de esa difusión. ¿Corresponde esa compensación en el caso del "cineromanzo" o representación que hacen los actores en el "set"? La opinión frecuente se refleja en la sentencia del Tribunal de Milán de 30 de noviembre de 1961. Afirma que la norma del art. 80 de la Ley sobre derecho de autor indica a título de mero ejemplo las formas de reproducción de la "prestación artística", no haciendo otra cosa que sentar el principio según el cual toda forma de utilización de la actividad artística, aun contenida en obras autónomas del ingenio, debe ser compensada equitativamente cuando venga reproducida en forma distinta de la originaria, constituyendo una utilización nueva distinta de la originariamente prevista. En el supuesto del "cineromanzo" corresponde, pues, a los actores que aparecen en los fotogramas utilizados la equitativa compensación de que habla el art. 80 de la Ley sobre derecho de autor. Se comenta la tesis anterior, criticando la circunstancia de que en ella no se toman en cuenta las normas que disciplinan la divulgación del retrato ajeno y el hecho de olvidar que los fotogramas aislados son una cosa bien distinta de la constituida por la obra cinematográfica.

### 3. Derecho de cosas

ELZABURU, Alberto de: *Reflexiones sobre lo que puede protegerse por Patentes de Invención o Introducción y por registros de Modelos*, RDM, número 86, octubre-diciembre 1962; págs. 449-457.

En el régimen jurídico de la llamada propiedad industrial resulta, en ocasiones, enormemente confuso determinar qué es lo que debe protegerse por medio de una Patente de Invención o de Introducción y qué lo que ha de resultar protegido a través del registro de Modelos de Utilidad. Comparación de los artículos 46 y 171 del Estatuto, confusos en extremo y de gran imprecisión terminológica. Señaladas las dificultades de decisión en orden a la cuestión indicada, apunta el autor, como posible ayuda para la práctica administrativa, estas orientaciones: 1.<sup>a</sup>) Los procedimientos (de fabricación) o sucesión de operaciones mecánicas o químicas, y los eléctricos también, son protegidos por Patentes: de Invención (por veinte años) o de Introducción (por diez años), según sea la índole de su novedad. 2.<sup>a</sup>) Las máquinas, los aparatos, los instrumentos, los dispositivos y objetos o partes de los mismos, no patentables en cuanto se consideran productos industriales, deben ser protegidos mediante la modalidad de Modelos de Utilidad (por veinte años) si su forma constructiva propia origina una mejora técnica (resultado industrial) de utilidad; esto es, "que aporte a la función a que son destinados un beneficio o efecto nuevo, o una economía de tiempo, energía, mano de obra o un mejoramiento en las condiciones higiénicas o psicológicas del trabajo". 3.<sup>a</sup>) Los modelos de objetos que pueden servir de tipo para la fabricación de un producto y que puedan describirse por su estructura, configuración u ornamentación, mensurables en sus tres dimensiones (es decir, que no sean "dibujos" simplemente, lo que les in-

cuiría en la modalidad de registro así especialmente denominada), pueden ser protegidos, si están dotados de la novedad requerida, como modelos industriales por diez años, renovables por otros diez. Significación y eficacia de uno y otro tipo de protección en los distintos supuestos enumerados.

MARTÍN RETORTILLO, Cirilo: *Naturaleza jurídico fiscal del canon de superficie minera*, RDM, núm. 86, octubre-diciembre 1962; págs. 433-448.

Como consecuencia de la Ley de Reforma Tributaria de 1940 (Ley Lárraz) el canon de superficie minera queda integrado en la contribución industrial. La jurisprudencia y la doctrina habían llegado a estar concordes en este punto, no obstante algunas Ordenes Ministeriales que, sin justificación ni poder para ello, oscurecieron el problema relativo a la naturaleza jurídico fiscal de dicho canon. De nuevo una sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 24 de octubre de 1961, se ha pronunciado por la tesis de la independencia del canon en cuestión con respecto a la contribución industrial. Ha suscitado la natural extrañeza.

#### 4. Obligaciones y contratos

BERNAL MARTÍN, Salvador: *El derecho de retorno y la ley del Suelo*, RDM, número 86, octubre-diciembre 1962; págs. 459-480.

Uno de los muchos problemas de nada fácil solución que la Ley del Suelo origina es la determinación de si en ella se pretende abolir o no por completo, en ciertas ocasiones, el derecho de retorno que a los arrendatarios concede la Ley de Arrendamientos Urbanos. No cabe una tesis tajante al respecto, dada la forma en la que la Ley del Suelo ha oscurecido ciertas disposiciones de la antigua Legislación sobre solares; en especial en lo relativo a la inclusión o no en el Registro especial. Se distinguen por el autor, en el momento actual de la Legislación española, los que estima supuestos de inexistencia del derecho de retorno y los supuestos de existencia del mismo, de una manera absoluta o relativa. Previamente se ha aludido a la evolución del derecho de retorno en la Legislación y a los aspectos fundamentales del mismo en su apreciación jurisprudencial.

FLUME, Werner: *Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers*, ACP, tomo 161, número 5, septiembre 1962; págs. 385-408.

Fundamental estudio de conjunto acerca de la posición jurídica, en su consideración genérica y en sus diversos aspectos concretos, del comprador con pacto de reserva de dominio. Dicha posición jurídica ha de deducirse del principio contenido en el § 455 del BGB, según el cual la transmisión de la propiedad se realiza bajo la condición suspensiva de pago total del precio de compra; de la regulación legal inmediata de los §§ 160 y 161 del propio BGB, relativos

a la adquisición de un derecho bajo condición y a los actos de disposición sometidos a condición; finalmente, de la decisión que se adopte para las cuestiones concretas en relación con el problema.

La posición jurídica del "comprador con reserva" puede considerarse como un derecho de expectativa, que, sin embargo, no sólo está proyectado hacia el futuro; el comprador tiene ya un derecho de posesión y de aprovechamiento que, en su concepto de poseedor legítimo, puede defender incluso frente a terceros. Fundamental en el sentido indicado es la consideración que se deduce de los §§ 160 y 161 del BGB, de que en los negocios de disposición condicionales la adquisición definitiva del titular debe quedar jurídicamente garantizada para el caso de que la condición se cumpla; fundamental, asimismo, es la cesibilidad, reconocida en general, de la posición jurídica derivada de un negocio condicional. No resulta posible, a través de una regla o de un concepto general, pretender resolver de antemano las cuestiones no reguladas legalmente de manera inmediata. Las discusiones en torno a la expectativa del comprador con reserva constituyen una diáfana demostración de lo correcto del principio "non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat". El encuadre de la posición jurídica del comprador con reserva en el sistema del Derecho de Cosas no constituye en realidad problema. Dicha posición jurídica constituye una fase o estadio previo hacia la propiedad. Ante todo, mediante la formulación indicada, no debe posponerse la esencial diferencia entre "mío" y "tuyo". Todo gira en torno a la adquisición de la propiedad por el comprador con el pago total del precio. La solución de los problemas concretos debe ser congruente con estas tres ideas: a) según la reglamentación legal la adquisición debe estar garantizada al cumplirse la condición, de acuerdo con lo establecido en la reglamentación negocial; b) la posición del comprador es cedible; c) el comprador tiene ya un derecho actual de posesión y disfrute, defendido por la protección posesoria del poseedor legítimo. En todo caso son recusables los frecuentes intentos de configurar la expectativa del comprador como una posición constitutiva de una especie de "propiedad menor".

El trabajo reseñado se distribuye en cuatro apartados fundamentales: I. Especialidad de la posición jurídica del comprador con reserva en relación a las cosas así adquiridas en el ámbito de la doctrina del negocio de disposición condicionado. II. El pago del precio de compra como condición de la transmisión de la propiedad. III. La cuestión del derecho de expectativa del comprador con reserva. IV. Cuestiones concretas esenciales de la posición jurídica del comprador con reserva. Las cuestiones a que en este apartado cuarto se alude son las siguientes: La adquisición de buena fe del comprador con reserva; la cedibilidad de su posición jurídica; la cuestión de la adquisición de buena fe de un supuesto comprador con reserva; la situación posesoria en la compra con reserva; la protección jurídica frente a terceros antes del pago total del precio; el embargo de la posición jurídica del comprador con reserva; posición jurídica del comprador con reserva en el concurso del vendedor o de él mismo; posición jurídica del comprador con reserva con relación a la cosa en los supuestos de afección de la misma derivada de derechos de prenda legales.

PROSSER, William L.: *Il cumulo della responsabilità contrattuale ed extracontractuale negli Stati Uniti*, RDC, año LX, núms. 11-12, noviembre-diciembre 1962; 1.ª Parte, págs. 401-409.

Citando dos remotos precedentes del Derecho inglés, en los que comienza a delinearse la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, se indica que en los Estados Unidos, después de una serie de vacilaciones y concepciones no muy lógicas (pero de resultados justos en el caso concreto), el postulado fundamental es éste: Por el total incumplimiento de la promesa (*nonfeasance*) sólo es admisible la acción contractual, mientras que por la conducta irregular o de abandono, una vez iniciado el cumplimiento o la actuación de la persona obligada (*misfeasance*), procede la acción extracontractual. En los supuestos de concurrencia o cúmulo de responsabilidades, o se concede la facultad de opción al actor, o los Tribunales encauzan la reclamación, forzosamente, por una u otra vía.

El principio fundamental de que por el total incumplimiento de la promesa (*nonfeasance*), sólo es admisible la acción contractual, va quebrando en virtud de cuatro excepciones, por las cuales se admite la extracontractual: 1.ª) Los que se obligan mediante ofertas públicas a prestar servicios al público (servicios públicos, hoteles, transportes, agua, gas, electricidad, etc.), responden extracontractualmente de su inacción. 2.ª) Los arrendadores de fondos que asumen de manera expresa el deber de mantener en buen estado los fondos arrendados, responden, no sólo ante el arrendatario, sino también, extracontractualmente, ante los familiares y aquellos que se encuentren en el fondo con permiso de dicho arrendatario. 3.ª) Quien promete con la intención de no cumplir, comete un acto de fraude, contra el que cabe la acción por *deceit*. El estado de ánimo de una persona, según Lord Boven, es un hecho que permite asociar a él la responsabilidad extracontractual. 4.ª) El incumplimiento total de un contrato o de una obligación unilateral puede dar lugar a una acción extracontractual, si resulta un daño personal para el acreedor que ha confiado en la promesa asumiendo los riesgos de su incumplimiento. Este supuesto se formula expresamente en el *Restatement sobre responsabilidad extracontractual de 1934*, párrafo 325. Sobre su base hay ya dos sentencias de 1957 y 1958. En la primera se admitió la responsabilidad extracontractual en el caso de una señora mordida por un gato, habiendo asumido su dueño el deber de vigilarlo, que no cumplió, para observar si el animal tenía o no la enfermedad de la rabia. Ante el incumplimiento, la persona mordida decide someterse al tratamiento Pasteur con las molestias y perjuicios consiguientes. En la segunda, se admite la responsabilidad extracontractual de una empresa, porque un ayudante de conductor de camión, ante la indisposición de éste, asume el deber de avisar a un médico y no lo hace. El conductor muere por falta de asistencia.

TSATSOS, Dimitris: *Der Einfluss des deutschen Rechtes auf das griechische Staatshaftungssystem im Bereich rechtswidriger hoheitlicher Amtshandlungen*, ACP, tomo 161, núm. 5, septiembre 1962; págs. 456-457.

Un sistema plenamente eficaz de responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos que sufren los particulares a consecuencia de la actuación soberana

de un órgano estatal, constituye hoy un inexcusable principio de todo Estado de Derecho. La exigencia de que la Administración actúe dentro de la legalidad requiere, para plasmar en hechos, una regulación expresa. Debido a la inestabilidad de la evolución política en Grecia, en este país el principio terminante de la responsabilidad de la Administración frente a los particulares no ha existido sino desde 1946. Se sanciona en el artículo 105 de la Ley de Introducción al Código Civil Griego de 1940, vigente desde 1946. Tanto la formación histórica de la norma como el propio texto de la disposición acusan una enorme influencia del § 839 del BGB y del artículo 131 de la Constitución de Weimar. La finalidad del presente estudio es demostrar la semejanza de la regulación griega con la alemana, determinando si la variación entre los textos supone o no una diferencia de fondo. Se estima existente coincidencia en los aspectos fundamentales.

La jurisprudencia griega anterior al Código Civil y a su Ley de Introducción no era uniforme y había tratado por varios caminos de dar realidad al carácter de Estado de Derecho que latía en la Constitución política griega. Unas sentencias basaban la responsabilidad del Estado en la idea de la *culpa in eligendo*; otras, trataron, inspirándose en el texto del Digesto que habla de la imposibilidad de responsabilidad de los "municipes" a causa de acto doloso (D. 4, 3, 15, 1), de aplicar la responsabilidad sólo a supuestos de culpa, dejando los de dolo como hipótesis de enriquecimiento injusto del Estado; otras hicieron jugar en todo caso (dolo y culpa) esta idea del enriquecimiento; finalmente, la tendencia más extendida distinguía entre "Administración fiscal" y "Administración soberana". Esta caótica situación termina con el indicado artículo 105 de la Ley de Introducción al Código Civil griego, así concebido: "Por los actos u omisiones antijurídicos de los órganos del Estado en el ejercicio del poder público a ellos encomendado responde el Estado de la indemnización de daños, a no ser que el acto o la omisión fuera realizado infringiendo una disposición que existe para la protección de un interés general. Con el Estado responde como deudor solidario también la persona culpable; quedan intactas las disposiciones especiales sobre responsabilidades de los Ministros". Indicación de las vicisitudes de formación de la norma. Acusada influencia alemana. Presupuestos de aplicación del principio de responsabilidad del Estado.

## 6. Derecho de sucesiones

PÉREZ ESCOLAR, Rafael: *El albaceazgo y la empresa bancaria*, RDM, núm. 88, abril-junio 1963; págs. 251-304.

Comienza el autor refiriéndose a la, para él sintomática, contraposición entre Garrigues y Castán en cuanto a la posibilidad o no en nuestro Derecho del "albaceazgo bancario". Estima el primero como indudable la admisibilidad en el Derecho español del ejercicio por los Bancos de las funciones de albaceas; entiende el segundo, en cambio, que el incluir entre los servicios fiduciarios de los Bancos el ejercicio del albaceazgo no puede hacerse sin violar en cierto modo las normas del Código civil sobre la figura del albacea. Con estos antecedentes doctrinales, el autor se plantea de nuevo el problema de la posibilidad del alba-

ceazgo bancario en el Derecho español, lo cual, naturalmente, supone, como cuestión previa, la determinación de si una persona jurídica puede o no ser albacea. La tesis afirmativa, que es la sostenida en el trabajo, no puede basarse sin más en la ausencia de preceto expreso que lo prohíba. Debe apoyarse en circunstancias positivas, tales como el origen histórico del albaceazgo, el Derecho comparado, la naturaleza de la institución, su finalidad, la capacidad para el cargo y los caracteres del mismo. Indicadas las funciones de la persona jurídica albacea, se pasa a examinar su posición ante las normas del Derecho mercantil.

La última parte del estudio se refiere ya específicamente a la empresa bancaria en la ejecución sucesoria, con arreglo al siguiente esquema: el supuesto ante el Código de Comercio y ante la legislación bancaria; actuación del cargo de albacea por la empresa bancaria; panorama de la ejecución sucesoria como actividad mercantil bancaria. Sigue como apéndice un ilustrativo ejemplo del Derecho comparado.

### III. DERECHO MERCANTIL

#### 1. Parte general

CASTILLO, Luciano; OLAVARRÍA, Julio: *Influencia en la Zona Latinoamericana de Libre Comercio en el Derecho Comercial de los países que la integran*, RDM, núm. 90, octubre-diciembre 1963; págs. 399-408.

Siendo la creación de una zona de libre comercio la condición básica declarada para formar ulteriormente un mercado común latinoamericano entre los países que suscriban o se adhieran al Tratado de Montevideo de 1960, interesa precisar en qué medida será necesario y conveniente orientar la legislación mercantil privada de esos países para favorecer el propósito indicado. En el caso de la América Latina, y particularmente en el de los países que forman la Zona de Libre Comercio, no han de vencerse obstáculos irremovibles, puesto que en el fondo se trata simplemente de retornar a situaciones jurídicas conocidas en el pasado y que forman parte del acervo de su experiencia histórica, constituida en gran parte por los principios extraídos de las Ordenanzas de Bilbao. La fórmula ideal sería la adopción de un Código de Comercio Común entre los países que forman la Zona de Libre Comercio. En tanto se lograra dar este paso trascendental, venciendo ciertas resistencias surgidas de la doctrina y jurisprudencia nacionales, las reformas unificadoras habrían de centrarse en instituciones especiales y concretas. Sobre todo en la Legislación sobre títulos de crédito, sociedades mercantiles, transportes, seguros y normas relativas al arbitraje.

FRANCESCHELLI, Remo: *Il primo Regolamento di applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato di Roma; in particolare la parte concernente l'applicazione dell'art. 85, § 3*, RDC, año LX, núms. 11-12, noviembre-diciembre 1962, 1.ª parte; págs. 429-438.

El art. 87 del Tratado de Roma confiaba al Consejo de la CEE la misión de dictar los Reglamentos para la aplicación de los principios enunciados en los

artículos 85 y 86. El 21 de febrero de 1962 se ha publicado en el Diario Oficial de la Comunidad el Reglamento en cuestión; entra en vigor, después de su publicación, el 13 de marzo de 1962. Es cierto que el Reglamento ha resuelto muchos problemas; pero ha dado lugar a otros, derivados de su mismo carácter, de las dificultades que nacen de su formación, del modo en que se ha elaborado y, sobre todo, de los errores de técnica legislativa que hacen de él un texto muy poco claro y nada armónico. Consta de 24 artículos y sólo considerándole como una ley delegada pueden encontrar justificación los principios en él contenidos. Pretende el Reglamento en cuestión determinar las sanciones particulares derivadas de las prohibiciones de los arts. 85 y 86 del Tratado; determinar las modalidades de aplicación del art. 85, § 3; definir las relaciones entre la Comisión y la Corte de Justicia; y, finalmente, precisar, en los diversos sectores económicos, el campo de aplicación de las reglas fundamentales contenidas en los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma. Por la diversidad de su respectiva naturaleza, las disposiciones que en el Reglamento se contienen constituyen un verdadero microcosmos jurídicos; normas sustanciales, constitucionales, transitorias, administrativas, etc. El sistema que parece resultar del Reglamento es el siguiente: 1) Acuerdos, decisiones ilícitas y nulas, prácticas concordadas ilícitas, abusos ilícitos de empresas dominantes. 2) Acuerdos, decisiones y prácticas concordadas autorizadas, exentas o toleradas en base al artículo 85, § 3. 3) Acuerdos, decisiones y prácticas concordadas provisionalmente exentas en sí, sin necesidad de autorización preventiva. 4) Acuerdos, decisiones de empresas, prácticas concordadas o empresas en posición dominante para las cuales ha sido solicitada a la Comisión la constatación negativa a que se refiere el artículo 2 del Reglamento.

GRISOLI, Angelo: *Le regole di concorrenza del Mercato Comune Europeo*, RDC, año LX, núms. 11-12, noviembre-diciembre 1962, 1.<sup>a</sup> parte; páginas 439-456.

Se trata de una conferencia del autor, pronunciada en octubre del año 1962. Comienza refiriéndose al carácter y significado de las disposiciones en materia de concurrencia contenidas en los Tratados instauradores de la Comunidad Económica Europea, así como a la función y finalidad de esas normas. Se enumeran después los Reglamentos de aplicación en la materia, haciendo un examen de conjunto de los mismos. No puede desconocerse la circunstancia de que se trata de una disciplina enormemente compleja y complicada, que en muchos aspectos introduce incluso principios nuevos. Sin perjuicio de las críticas a que la nueva disciplina se someterá, sería injusto concluir su examen en términos absolutamente negativos. No siempre son justificadas las alarmas y perplejidades que la complejidad técnica del sistema acogido en los Reglamentos ha producido. Las pequeñas empresas pueden en principio quedar al margen a través del sistema de la "constatación negativa". En cuanto a las grandes, pueden disponer del asesoramiento técnico necesario a fin de apreciar su compleja dificultad. Puede servir la experiencia obtenida en el funcionamiento, ya decenal, de la CECA. Se impone con urgencia una adecuación de la actividad empresarial a las nuevas dimensiones europeas, no sólo en el plano de una me-

jora de los procesos productivos y de distribución, sino también en el plano más estrictamente técnico jurídico.

ROTONDI, Mario: *La disciplina della concorrenza negli Stati Uniti e la sua evoluzione verso la tutela delle uguaglianze nella concorrenza*, RDC, año LX, números 11-12, noviembre-diciembre 1962, 1.<sup>a</sup> parte; págs. 410-429.

En el ámbito del Derecho comparado ofrece especial interés para los juristas continentales la disciplina original y la evolución posterior de las normas sobre la concurrencia desleal en los Estados Unidos. En el presente estudio, a la vez que se indican los caracteres iniciales de la reglamentación y las figuras concretas en que plasma la represión de los atentados a la libertad de competencia, se trazan las directrices de la evolución posterior en su aspecto sociológico y jurídico. Dos circunstancias han de tenerse en cuenta como punto de partida: 1.<sup>a</sup>) Falta un ordenamiento unitario; en su lugar, a las normas federales se superponen las existentes en los distintos Estados de la Unión. 2.<sup>a</sup>) Faltan postulados generales al modo continental, en el que se altude a las prácticas contrarias a la "honestidad comercial" o a la "corrección comercial" (cfr., por ejemplo, C. c. italiano, art. 2.598). Como figuras concretas a tener en cuenta destacan el abuso del *privilege of competition*, la acción por *passing off* (destinada a evitar confusiones en materia de marcas y nombres comerciales), la *misrepresentation*, la represión del boicot y los acuerdos sobre control de precios con fines de monopolio. En todas estas figuras, que se ponen en relación con los supuestos de *competitive torts*, se pretende siempre garantizar la libertad de concurrencia en beneficio de los empresarios entre sí; con fines de protección de sus intereses privados en cuanto tales. La tendencia actual se manifiesta en un doble sentido: en la represión de las prácticas restrictivas de la libre competencia se toman ahora en cuenta y se defienden intereses de carácter general y a la vez que a los sujetos directamente interesados en la concurrencia se tiende a la protección de los consumidores en general, haciendo a ellos extensivos los beneficios que de la defensa de la libertad de concurrencia se derivan. De la tutela de la libertad en la concurrencia se va pasando a la tutela de la igualdad en la concurrencia. En este sentido se observa una creciente tutela administrativa al lado de la judicial; una tutela preventiva y no ya sólo represiva; finalmente una creciente y progresiva irrelevancia de la cualidad subjetiva de comerciante a los fines de la lucha contra el "ilícito concurrencial". Se alude siempre a los "casos" fundamentales, que han de ser considerados como hitos en la evolución.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando: *El Proyecto de Ley de Represión de las prácticas comerciales restrictivas de la competencia*, RDM, núm. 88, abril-junio 1963; págs. 307-322.

Conferencia pronunciada en abril de 1963 en la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas de la Universidad de Madrid. Se examina el sistema general que aparece en el Proyecto de Ley (hoy Ley) de represión de las prácticas comerciales restrictivas de la competencia, inspirado de forma muy directa en

las normas sobre la materia contenidas en el Tratado de Roma, con fines y criterios, elogiables desde luego, de unificación legislativa. Tanto en el principio general prohibitivo como en la enumeración de prácticas prohibidas se aprecia claramente la inspiración en las normas del Tratado. Consideración especial, asimismo con información comparativa, del problema capital del señalamiento de las excepciones al principio general prohibitivo de los acuerdos limitativos de la competencia. Se adopta el sistema del previo control, con más rigidez aún que en la Comisión Europea. Referencia al Registro especial, al Servicio y al Tribunal de defensa de la competencia. En ciertos casos adolece el Proyecto de notoria ingenuidad. No obstante, debe reputarse acertada su orientación general, con defectos ciertamente subsanables. Completo inexcusable de una reglamentación jurídica de la defensa de la libre competencia sería, en el Derecho español, un nuevo régimen de patentes y de la competencia desleal, así como ciertas normas complementarias a las leyes de sociedades.

SANTA PINTER, J. J.: *Objetivos del «Uniform Commercial Code»*, RDM, núm. 88, abril-junio 1963; págs. 323-329.

Características generales, significado y finalidad del "Código Uniforme de Comercio" de los Estados Unidos. El UCC (Uniform Commercial Code) es el resultado de doce años de ardua labor realizada entre varios centenares de abogados, jueces, profesores, banqueros y "business men" bajo los auspicios del "American Law Institute" y de la "National Conference on Commissioners on Uniform State Law". No es un Código al estilo de los Códigos de Comercio de los países de Civil Law. Aprobado en 1952 y sometido a la aprobación de los Estados de la Unión, lo han aceptado hasta ahora 18 de los mismos. Consta de 10 "artículos", cada uno de los cuales se divide en "partes" y éstas en "secciones". El Código pretende: a) Simplificar, esclarecer y modernizar el Derecho que rige los actos de comercio. b) Facilitar la expansión continua de las prácticas comerciales mediante la costumbre, el uso y el acuerdo de las partes. c) Unificar el Derecho de los Estados. Dado su carácter el Código contiene numerosas "general definitions". El jurista continental no siempre estimará su contenido como "mercantil".

VANZETTI, Adriano: *Un convegno sulla disciplina antimonopolistica del Trattato della C. E. E.*, RDC, año LX, núms. 11-12, noviembre-diciembre 1962, 1.<sup>a</sup> parte; págs. 457-459.

En el "Institut für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht" de la Universidad de Francfort ha tenido lugar, del 8 al 10 de noviembre de 1962, un Congreso sobre problemas de la Comunidad Económica Europea. Las reuniones se han destinado a tratar de la disciplina antimonopolística contenida en los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma. Especialmente se ha dedicado la atención a la conveniencia y los límites de la utilidad de la comparación con la jurisprudencia americana en materia de Legislación *anti-trust*, a los fines de interpretación más adecuada de los artículos indicados. Breve indicación de las

ponencias sostenidas por Kronstein, Coing, Ellis, Schlochauer, Jacomet, Günther, Clement.

VARANGOT, Carlos Jorge: *Publicidad mercantil*, RDM, núm. 89, julio-septiembre 1963; págs. 55-91. Núm. 90, octubre-diciembre; págs. 363-397.

La actividad comercial publicitaria (propaganda) no ha sido frecuente objeto de atención ni en el ámbito doctrinal ni en el legislativo. Pretende el presente estudio considerar los varios aspectos del fenómeno de la publicidad, considerándola como *un hacer coadyuvante* que tiende a la ejecución de operaciones mercantiles por parte de quienes ofrecen cosas o servicios. Señalados sus posibles orígenes se consideran como caracteres de la publicidad el ser un fenómeno mercantil, económico, técnico, social y jurídico. Clasificación y división de los medios de publicidad.

Después del fenómeno de la publicidad en sí y como tal, pasa el autor a ocuparse del contrato de publicidad. Concepto, caracteres, elementos y requisitos del mismo. Variedades y tipos. Referencia a la Legislación, doctrina y jurisprudencia argentinas. El trabajo continúa en número posterior de RDM.

VARIOS: *Panorama del Derecho mercantil italiano*, RDM, núm. 87, enero-marzo 1963; págs. 131-153.

Reseña informativa, correspondiente al año 1961, relativa a la Legislación, jurisprudencia y doctrina italianas en materia de Derecho Mercantil. La información se refiere a: I. Empresa y Hacienda (Santini).—II. Sociedades (Gallego).—III. Seguros (Castellano).—IV. Transporte. Arrendamiento de obra (Caltabiano).—V. Banca y Contratos Bancarios (ídem).—VI. Títulos de crédito (Pellizi).—VII. Quiebras (Semiani Bignardi).

VERDERA, E.: *Los problemas económicos de la Comunidad europea al comienzo de la segunda etapa*, RDM, núm. 87, enero-marzo 1963; págs. 155-161.

Se trata del extracto de una conferencia del profesor G. Stammati, en el Instituto de Derecho Comparado italo-ibero-americano, de Bolonia. A partir de enero de 1962, cuando comienza una política agraria común, puede considerarse abierta la segunda etapa de la Comunidad Económica Europea. Los problemas económicos y políticos que plantea, no siendo ciertamente el menor la limitación de la soberanía de los Estados miembros, en cuanto que a la regla de la unanimidad ha sustituido en importantes aspectos la de la mayoría cualificativa. Ampliación de la Comunidad. Problemas en relación con las tarifas. Una programación supranacional debe imponerse y tener efecto vinculante en relación con los problemas nacionales.

VERDERA, Evelio: *Tres mercantilistas españoles en Bolonia*, RDM, núm. 85, julio-septiembre 1962; págs. 83-108.

Indicación, en extracto, de las conferencias pronunciadas en Italia, en el Instituto de Derecho Comparado italo-ibero-americano, por los profesores Uría, Vicente Gella y Olivencia Ruiz. Las dos conferencias de Uría versan sobre "La experiencia decenal en la aplicación de la Ley de sociedades anónimas" y sobre "La participación social en la sociedad de responsabilidad limitada". Vicente Gella disertó sobre "El comercio y la industria como clase social y como fuerza política" y sobre la "Unificación del Derecho mercantil en los Estados Unidos". Finalmente las conferencias de Olivencia versaron sobre "El movimiento de reforma del Derecho concursal español" y sobre "La empresa en el Derecho positivo español". Se destacan las ideas fundamentales contenidas en cada una de las lecciones indicadas.

VICENTE-ARCHE DOMINGO, Fernando: *La nueva ordenación del crédito y de la Banca*, RDM, núm. 87, enero-marzo 1963; págs. 7-56.

La nueva ordenación bancaria y crediticia comenzó a implantarse en España con la Ley de 14 de abril de 1962, llamada indebidamente "Ley de bases de ordenación del crédito y la Banca". Mas que de una Ley de Bases en sentido propio y exacto, se trata en el fondo de una Ley en la que parece se ha pretendido *informar* al país acerca de las directrices e intenciones gubernamentales en orden a la reestructuración del mecanismo bancario y crediticio. El contenido normativo de la reforma bancaria y crediticia donde se contiene realmente es en los distintos Decretos Leyes que se van dictando a continuación de la Ley de Bases, relativos a la nacionalización y organización de los Bancos oficiales y a la reorganización de la Banca privada.

Se señalan los aspectos fundamentales de la nueva ordenación que, tanto por el ámbito que abarca como por la índole de las medidas que supone, constituye la más amplia y profunda reforma del sistema bancario y crediticio llevada a cabo en España.

El programa de la nueva ordenación se proyecta ante todo en el Banco de España que, al ser nacionalizado, pierde su anterior carácter y pasa a ser el "instrumento de la política monetaria del Gobierno". La nacionalización afecta también al Banco de Crédito Industrial, al Banco Hipotecario de España y al Banco de Crédito Local. Se han reorganizado otras entidades oficiales de crédito: el Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional (transformado en Banco de Crédito a la Construcción), el Servicio Nacional de Crédito Agrícola (convertido en Banco de Crédito Agrícola) y la Caja Central de Crédito Marítimo y Pesquero. La reglamentación de la Banca privada parece estar presidida por otras ideas rectoras: a) especialización progresiva de la misma; b) mayor intervención del poder público en su estructura y funcionamiento; c) desconcentración.

La exposición se centra después en el estudio de dos puntos que se reputan esenciales: 1) La estructura y funciones del Banco de España. 2) La proble-

mática estructural de la Banca privada, en relación a la función a que esta corresponde en la financiación de las actividades productivas.

## 2. Comerciantes y sociedades

DUQUE, Justino F.: *La lista de los asistentes en la junta general de la sociedad anónima*, RDM, núm. 85, julio-septiembre 1962; págs. 7-45. Núm. 86, octubre-diciembre 1962; págs. 315-363.

Recogiendo la práctica estatutaria anterior a la Ley de sociedades anónimas, el art. 64 de dicha Ley consagra expresamente la lista de los socios asistentes a la Junta general de la sociedad. Dejando aparte lo acertado o desacertado de la colocación sistemática del precepto en la Ley, lo cierto es que las dificultades que el régimen jurídico del documento plantea derivan esencialmente de la parquedad de su regulación, agravada por la somera visión legislativa del otro documento que completa la documentación de la junta general: el acta propiamente dicha. El autor pretende reaccionar contra el olvido general de la doctrina hacia la "lista de los asistentes", estudiando los múltiples y diversos aspectos sustantivos y secundarios que el documento en cuestión origina. Al estudio casuista de los mismos en el Derecho español preceden unas consideraciones generales y unas indicaciones de Derecho comparado. Se estima un acierto el desdoblamiento que en la documentación de la junta general introduce la Ley de sociedades anónimas. Comienza el autor afirmando que la llamada por la Ley "lista de los asistentes" a la junta general de la sociedad anónima constituye una manifestación de la autonomía conceptual del derecho de asistencia frente a los restantes poderes que se ejercitan por el socio con ocasión de la junta general y que tiene, por lo tanto, como presupuesto el ejercicio de aquel derecho. En el documento se recoge el ejercicio del derecho de asistencia, desligado de cualquier otro poder del accionista. Ello, por un lado, acentúa la instrumentalidad del derecho; por otro, reafirma y consagra su independencia conceptual frente a los demás poderes del socio ejercitados en la junta general o con ocasión de ella.

DUQUE, Justino F.: *El ejercicio del voto por los institutos de crédito en la reforma alemana del Derecho de acciones*, RDM, núm. 89, julio-septiembre 1963; págs. 31-51.

La junta general sigue considerándose como el órgano supremo en la estructura orgánica de la sociedad por acciones. Es natural que cuando, como en la reforma emprendida en Alemania, se pretende aumentar la competencia de dicho órgano se plantee la cuestión de asegurar el funcionamiento de una junta cuya composición, cualitativa y cuantitativamente, responda de verdad a los intereses de los socios en la sociedad. Tal fenómeno choca con el absentismo de los accionistas, tradicional y frecuentemente "no asistentes" a las juntas. Por ello, los proyectos alemanes (de 1958 y 1960) de reforma de la Ley de sociedades por acciones de 1937 han mantenido las instituciones tradicionales mediante

las cuales los socios asistían a las juntas; de un modo especial la intervención de las instituciones bancarias en las juntas con las acciones que sus clientes habían depositado previamente en su poder. Junto a la representación como modo de asistir a la junta, el accionista alemán ha utilizado la "autorización" mediante la transmisión de la legitimación o cesión legitimadora de las acciones a los Bancos a efectos de asistencia de éstos a las juntas. Esta "autorización" se caracteriza como actuación del Banco *en nombre propio* de un derecho ajeno en virtud del consentimiento del titular; el autorizado, pues, no es ni representante (porque no actúa en nombre del representado) ni fiduciario (en cuanto que no actúa un derecho propio, sino ajeno). Con objeto de garantizar la actuación de los Bancos en el ejercicio de la "autorización", los proyectos introducen dos importantes innovaciones: 1.<sup>a</sup>) necesidad de una publicidad de la relación Banco-accionista; 2.<sup>a</sup>) creación de la posibilidad de que el accionista forme su voluntad y comunique al Banco sus instrucciones espontáneamente o en virtud de la comunicación que el Banco ha de hacerle obligatoriamente.

Aspectos concretos de la proyectada reforma: extensión de la "autorización" a todas las instituciones de crédito; distinción del ejercicio del derecho de voto, según que las acciones "autorizantes" sean al portador o de carácter nominativo; necesidad de que el poder sea un poder especial para cada junta; legitimación de la institución de crédito frente a la sociedad sin necesidad de averiguaciones por parte de ésta; sanción por la inobservancia de normas. Consideración crítica de la reforma. Acompaña un modelo de formulario para la "autorización".

DUQUE, Justino F.: *El lugar de celebración de las juntas generales de la sociedad anónima*, RDM, núm. 90, octubre-diciembre 1963; págs. 245-293.

Se trata de un amplio comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1961. La problemática suscitada por la decisión se centra en torno al *lugar* donde la sociedad anónima tiene que celebrar sus juntas de accionistas, pues aunque el supuesto de hecho se refiere a la impugnación del acuerdo adoptado por una junta reunida en lugar distinto del previsto legalmente, la solución de la cuestión primeramente enunciada es presupuesto lógico para entrar en el examen de las suscitadas por la infracción de la norma. Una sociedad domiciliada en Barcelona celebra junta general ordinaria no en el lugar de su domicilio, sino en la localidad de una sucursal o delegación. La junta, no obstante la oposición del Presidente del Consejo de Administración, se celebra con asistencia del noventa y cinco por ciento del capital y con la presencia del indicado Presidente, que no participó en los acuerdos aprobatorios de la gestión y de las cuentas presentadas. Los acuerdos adoptados se impugnan por el socio oponente. El Tribunal de instancia acoge la impugnación. Interpuesto recurso de casación por la sociedad demandada, el Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida. Sobre la idea fundamental de considerar que el art. 63 de la Ley de Sociedades Anónimas no constituye una norma de Derecho necesario, sino de Derecho dispositivo, a la vez que se comenta de forma crítica la sentencia se hace un minucioso análisis del problema de la localización de las juntas de la sociedad anónima, seguido de una indicación de los supuestos de infracción de las normas que disciplinan esa localización.

SUÁREZ LLANOS, Luis: *Sobre la distinción entre administración y representación de sociedades mercantiles*, RDM, núm. 85, julio-septiembre 1962; páginas 47-79.

En la literatura jurídico-mercantil se encuentra casi unánimemente generalizada la tesis de la distinción entre "administración interna" o gestión de la sociedad y "administración externa" o representación de la misma: *administración* por una parte, y *representación* por otra. Estima el autor que la contraposición se formula con un alcance que excede de las puras necesidades expositivas de la materia, y que incide en el terreno de la dogmática como si se tratara de dos conceptos jurídicos distintos basados en dos tipos legislativos diferenciados. Se somete a revisión la tesis indicada, en lo que a su alcance se refiere. Que la distinción entre administración y representación tiene un cierto valor, es indudable. Pero no cabe proponer una sustancial separación entre ambas figuras ni en el terreno conceptual ni en la esfera de nuestro Derecho positivo. Se impone una concepción unitaria. El supuesto fáctico de existencia de un administrador "no representante" significa que, en ese caso, es al administrador quien ve *mermadas* sus facultades normales; no significa que el administrador que puede representar vea *aumentadas* las suyas. Normalmente el administrador representa. Desarrollo de la tesis unitaria propuesta.

#### 4. Obligaciones y contratos

BLANC, José María, y CABALLERO, Ernesto: *El elemento "empresa" en un concepto unitario del contrato de seguro*, RDM, núm. 87, enero-marzo 1963; páginas 163-175.

La noción del contrato de seguro ha de ajustarse en principio a alguno de estos criterios: a) *enumerativo* o relación completa de sus caracteres diferenciales; b) *sustancial*, cuya finalidad es recoger únicamente las notas esenciales del contrato. Uno y otro criterio son plenamente válidos, siempre que aparezcan debidamente justificados y correspondan a lo que el contrato de seguro debe ser por encima de cualquier formulación, reducida a explicar lo que el mismo significa exclusivamente en base al Derecho positivo de cada país. Los tres elementos necesarios para elaborar una noción moderna del contrato de seguro son los siguientes: a) Contrato tipificado por la presencia de una empresa sometida a un régimen jurídico especial. b) Contrato regido por normas esencialmente impuestas y presidido por principios de orden público. c) El fundamento o causa de la obligación es la eliminación de un daño eventual. De los tres elementos indicados se estudia el elemento "empresa", acentuando como nuevo punto de vista con relación al mismo la especialidad del régimen jurídico-privado del empresario de seguros. Sobre la base enunciada se define el contrato de seguro como "un contrato mediante el cual un empresario sometido a régimen jurídico especial se compromete con otra persona a reparar total o parcialmente un daño o perjuicio patrimonial, caso de acaecer un evento determinado e incierto".

BERNAL MARTÍN, Salvador: *Las empresas y entidades aseguradoras frente a terceros responsables en supuesto de accidentes de trabajo, enfermedad y uso y circulación de vehículos a motor*, RDM, núm. 89, julio-septiembre 1963; págs. 115-136.

Con referencia a los tres tipos de seguro a los que el enunciado del trabajo se refiere es examinado, en el ámbito de la norma, de la doctrina y de la jurisprudencia, el debatido problema de la subrogación del asegurador contra terceros responsables del evento que hizo "funcionar" el seguro.

Accidentes de trabajo: En el ámbito normativo está clara la facultad de subrogación del asegurador, según los arts. 58 de la Ley y 189 del Reglamento y la Orden de 7 de agosto de 1961. En el ámbito doctrinal, con alguna excepción, suele reconocerse la posibilidad de que en el mismo proceso penal se opere la actuación de la subrogación. En la jurisprudencia fue ésta la tesis admitida en principio, pero posteriormente se cambió de criterio por entenderse sobre todo que el asegurador no es tercero perjudicado. El autor critica la posición reciente de la jurisprudencia.

Seguro de enfermedad: En teoría está clara la posibilidad de que el "Seguro" de Enfermedad, en el caso de satisfacción de prestaciones sanitarias en supuestos que escapan del mismo, se subrogue contra el patrón responsable o entidad que asegura a sus productores. En la práctica, el problema está enormemente oscurecido.

Uso y circulación de vehículos de motor: Gran amplitud de los preceptos de la Ley de 1962. Repetición, aun contra el propio responsable asegurado, por la entidad aseguradora una vez pagado el seguro al perjudicado. Supuestos dudosos y problemas no resueltos en la Ley por su misma generalidad.

FÉLIX MORANDI, Juan Carlos: *El Derecho de seguros y su Legislación orgánica*, RDM, núm. 86, octubre-diciembre 1962; págs. 365-417.

Las normas jurídicas relativas al seguro están experimentando un proceso de especificación, tendente y conducente a la autonomía legislativa de sus disposiciones y a la aparición de un Derecho de seguros con autonomía didáctica dentro del cuadro de la enseñanza del Derecho en general, sosteniéndose incluso la independencia sustancial de la materia que forma su contenido característico. Se estudia la evolución del contrato de seguro, arrancando de la antigüedad y llegando a las Leyes del siglo actual. Después de una referencia al panorama doctrinal, se acentúa, con especial consideración del Proyecto argentino de una Ley General de Seguros, la necesidad de una Legislación orgánica. El autor resume así su pensamiento: a) El proceso evolutivo del seguro tiende a alcanzar en principio una autonomía conceptual, pretendiendo luego una independización de un Derecho especial de seguros con propia sustantividad. b) Se asiste a un remozamiento institucional, que dará lugar a nuevas concepciones depuradoras de los conceptos tradicionales y determinantes del campo de actuación del Derecho de seguros. c) En una reforma del régimen jurídico de los seguros no debe comprenderse sólo el aspecto privado contenido en los Códigos de Comercio, sino abarcarse también el régimen de las empresas de seguros y su

control estatal. *d)* Existen unos principios generales comunes que dominan todo el difuso material jurídico relativo a los seguros. No cabe negar la unidad sustancial de la materia aseguradora. *e)* La vetustedad de las legislaciones de los países hispano-latino-americanos impone una reforma profunda de las mismas; reforma que debiera ser emprendida sobre bases comunes, habida cuenta de las numerosas e importantes coincidencias que unen a dichas Legislaciones. En este aspecto pudiera representar una aportación de gran valor el Proyecto de Ley General de seguros para la República argentina elaborado en 1961.

GARCÍA TREVIJANO, José A.: *El seguro privado de accidentes en el Derecho español: subrogación y responsabilidad del Estado*, RDM, núm. 88, abril-junio 1963; págs. 229-250.

El estudio se centra en el problema de si en el contrato de seguro privado de accidentes individuales tiene cabida la figura de la subrogación del asegurador en la posición del asegurado, cuando los daños han sido producidos por dolo o culpa de tercero, y de qué forma y con qué alcance se podría conseguir la aplicación de la subrogación cuando el tercero fuese el Estado o cualquier ente público. La cuestión surge con motivo de un accidente de aviación, ocurrido en 1958, del que resultó siniestro tanto para la aeronave como para la tripulación y pasajeros. El accidente se produce por culpa de un funcionario del aeropuerto, que fue después condenado por imprudencia. Las compañías pagaron los seguros. Se enfrentan luego con la posible repetición contra el Estado. Agrupadas las compañías en cuestión en una entidad de distribución de riesgos (cosa distinta del reaseguro), parece clara la legitimación de esa entidad para actuar en nombre de las compañías que agrupa en la repetición indicada. El problema de fondo que esa posible repetición plantea se escinde en dos cuestiones: *a)* La subrogación de las compañías aseguradoras en el seguro de daños y en el de accidentes. *b)* La determinación de si es imputable la actuación del funcionario al Estado, para que surja la responsabilidad de éste.

Examinada la subrogación desde el punto de vista de la técnica matemáticamente-actuarial del seguro, no debiera estimarse procedente en cuanto que supone un recargo de la seguridad; porque el asegurador ha cubierto con las primas las posibles discrepancias o desviaciones que sucedan. Desde el punto de vista jurídico, la subrogación del asegurador plantea el previo problema del encuadramiento del seguro de accidentes y de vida en la clasificación general de los seguros. Admitida la subrogación para el seguro de daños, los de vida y accidentes escapan a dicha subrogación, como principio general, en razón a su valoración alzada; en los de accidentes, cuando la valoración no sea alzada, cabría sin embargo la subrogación. En caso contrario, admitir la subrogación supone ir contra los principios rectores de la técnica del seguro. Ello no significa que se extinga la responsabilidad de los terceros; significa simplemente acumulación de indemnizaciones a favor de los beneficiarios del seguro. Todo lo anterior no es aplicable, en el caso que sirve de base al estudio, al seguro de casco de la aeronave, por tratarse de un típico seguro de daños: cabe la subrogación.

En cuanto a la responsabilidad del Estado, es indudable que existe en base

a los principios contenidos en la Ley de Régimen jurídico de la Administración, que ha sustituido el viejo sistema de la actuación por medio del agente especial del Código civil.

PÉREZ ESCOLAR, Rafael: *La empresa bancaria en el "Report of the Company Law Committee"*, RDM, núm. 86, octubre-diciembre 1962; págs. 421-431.

El presidente del "Board of Trade", el 10 de octubre de 1959, nombra un Comité integrado por relevantes personalidades políticas, universitarias y mercantiles con el encargo de redactar un informe sobre la vigencia y aplicación en el Reino Unido de la Ley de Sociedades de 1948, de la Ley de Prevención de Fraude de 1958 y de la Ley de Registro de Nombres Comerciales de 1916. Se pretende apreciar en el "Report" cuáles son las experiencias obtenidas y cuáles los cambios legislativos aconsejables. El "Report" se eleva al Gobierno en enero de 1962. El autor sintetiza los aspectos bancarios que en el Informe se contienen: Definición de la empresa bancaria, Bancos extranjeros, Privilegios de que gozan las empresas bancarias en Gran Bretaña. Finalmente se recogen las Recomendaciones que en el "Report" se formulán.

SÁNCHEZ GAMBORINO, F. Miguel: *La información pública en las concesiones de transportes por carretera*, RDM, núm. 89, julio-septiembre 1963, páginas 137-143.

Con el carácter de trámite indispensable, la información pública en las concesiones de transportes por carretera pretende proporcionar a la Administración datos sobre los cuales basar su pronunciamiento acerca de la necesidad o conveniencia del proyecto; pretende además salvaguardar los derechos de terceros. La información, una vez declarada la suficiencia del proyecto, tiene lugar en las provincias a que afecta. Indicación de cómo se desarrolla la información en cuanto a circunstancias de lugar, tiempo, sujetos, forma, gastos y consecuencias de su defecto o de la incomparecencia en la misma.

VICENTE CHAMORRO, Jesús; PÉREZ ESCOLAR, Rafael: *La empresa de seguros en el proceso penal*, RDM, núm. 85, julio-septiembre 1962; págs. 109-143.

En los accidentes de trabajo ha de mediar, como es lógico, una relación causal entre el trabajo y el resultado dañoso y lesivo que para el trabajador accidentado se produce. El accidente ha de producirse "con ocasión o por consecuencia del trabajo que se ejercite por cuenta ajena". La relación causal puede romperse por el acto doloso o imprudente de un tercero. En este caso la calificación del resultado como accidente de trabajo incumbe a la jurisdicción laboral. La calificación como delito corresponde a la criminal. Se glosa la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha examinado la posición de las empresas de seguros en el proceso penal en casos de accidentes de trabajo, cuando el hecho que da lugar al pago de la suma asegurada constituye, al mismo tiempo, la conducta delictiva objeto del proceso. El pago de la suma asegurada,

más que un perjuicio, es para la empresa aseguradora el cumplimiento de una obligación. Pero hay que tener en cuenta, junto a la idea anterior, que, como consecuencia del supuesto accidente-delito, el perjudicado no debe cobrar dos veces ni tampoco el autor del delito quedar exento de su deber de indemnización. De ahí la acción de la empresa aseguradora frente al causante del daño que provocó la prestación en base al seguro. La jurisprudencia excluye a las compañías de seguros de la posibilidad de deducir sus pretensiones *en el proceso penal*. Razones que se aducen como fundamento.

### 5. Derecho marítimo y aeronáutico

DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, Antonio: *Construcción de buque con materiales proporcionados por el comitente. Su propiedad. La entrega como acto de administración*, RDM, núm. 90, octubre-diciembre 1963; páginas 415-436.

Unos astilleros que forman una comunidad incidental de bienes proceden a la construcción de un buque por encargo particular de uno de los comuneros, que aporta la totalidad de los materiales empleados en la construcción del casco, el equipo propulsor y los demás elementos mecánicos auxiliares. Construido el buque, dos de los cinco propietarios de los astilleros, que desde luego representan más del cincuenta por ciento de los intereses de la comunidad, realizan, mediante las oportunas escrituras, la entrega de dicho buque al armador y declaran haber recibido el oportuno precio por la construcción realizada. La Resolución de 7 de julio de 1962, en contra del anterior criterio del Registrador, estima procedente la inscripción de las escrituras de referencia, basándose fundamentalmente en lo siguiente: por haber suministrado los materiales el comitente, la entrega del buque no era más que un acto de administración de la comunidad que no requería la unanimidad de los comuneros, sino únicamente la mayoría a que se refieren los arts. 397 y siguientes del Código civil. La propiedad siempre fue del comitente. Con la entrega del buque por los astilleros constructores del mismo que no se realizaba, pues, acto dispositivo alguno. Se comentaba elogiosamente la tesis contenida en la Resolución.

### 6. Derecho de quiebras

FERRER MARTÍN, Daniel: *Naturaleza jurídica de la suspensión de pagos*, RDM, número 89, julio-septiembre 1963; págs. 93-113.

La declaración del estado de suspensión de pagos requiere un trámite judicial de comprobación y reclamación. De esta circunstancia se desprende el doble aspecto en que dicha institución ha de ser considerada para la determinación de su naturaleza jurídica: el aspecto sustantivo y el aspecto procesal. En el aspecto sustantivo la suspensión de pagos puede ser considerada desde un cuádruple punto de vista que el autor examina: como beneficio del deudor; como

concordato preventivo; como estado jurídico especial; como estado preliminar a la quiebra. En el aspecto procesal la suspensión de pagos constituye un procedimiento judicial especial, estando dividida la doctrina en lo referente a si se trata de un caso de jurisdicción contenciosa o de jurisdicción voluntaria. A juicio del autor su naturaleza procesal ha de completarse teniendo en cuenta que el procedimiento de suspensión de pagos es un procedimiento universal y no es un procedimiento de ejecución.

LAGUNA IBÁÑEZ, Fernando: *En torno al artículo 878 del Código de Comercio*, RDM, núm. 87, enero-marzo 1963; págs. 57-128.

El criterio que adopta el art. 878, II, del Código de Comercio, al decretar la nulidad de todos los actos de dominio y administración del quebrado posteriores a la época a que se retrotraen los efectos de la quiebra, es de enorme y excesivo rigor y ha dividido a nuestros mercantilistas en cuanto a la determinación de su verdadera significación y alcance práctico. Se propone el autor señalar una serie de circunstancia provocadas por el art. 878 del Código de Comercio en el desarrollo de la contratación, indicando al mismo tiempo las colisiones con preceptos legales no contenidos en dicho Código. Se aprecia comunidad de opinión en cuanto a la necesidad de una mayor elasticidad interpretativa que atenue la rigidez de la terminante declaración del art. 878. El afán parificador del precepto ocasiona contradicciones con otras normas; con la legislación hipotecaria sobre todo.

Indicadas someramente las posiciones doctrinales en torno al significado del artículo 878, en relación con los preceptos que le siguen, se examinan las calificadas por el autor de "reglas generales", antes de entrar en el estudio de la problemática particular derivada de dicha norma, tomada en cuenta con criterios en exceso casuistas. Como "reglas generales" alude el trabajo a la relación del art. 878 con el embargo preventivo, con la compensación y con el seguro marítimo. Los problemas concretos estudiados son los siguientes: la colisión entre los intereses del tráfico inmobiliario y el postulado de la nulidad contenido en el art. 878; el problema del vencimiento anticipado de las deudas del quebrado (art. 883) aludiendo a la laguna que supone el no decirse nada respecto a las deudas condicionales; la retroacción en el caso de empresa social; el significado y carácter de la ineficacia, anulabilidad y "rescisión" consagradas en los arts. 879 a 882 (con referencia previa al supuesto de enajenación previsto por el art. 85). La donación es objeto de consideración especial. Teniendo también en cuenta en ocasiones las disposiciones del Anteproyecto de Ley Concursal se contempla la simulación en materia concursal que, en dicho Anteproyecto, suele dar lugar a la rescisión. Finalmente, y dentro de la problemática específica, se alude al problema de la subrogación en las acciones del quebrado, la situación de los terceros afectados por la retroacción y las relaciones de ésta con la compensación y la cuenta corriente.

## V. DERECHO PROCESAL

## 3. Procesos especiales

AZZOLINA, Umberto: *Osservazioni sulla competenza del Tribunale fallimentare (a proposito di estensione del fallimento all'imprenditore occulto)*, RDC, año LX, núms. 11-12, noviembre-diciembre 1962, 2.ª parte; págs. 473-480.

El Tribunal de Monza declara la quiebra de la razón social (ditta) *A*, sin que contra la sentencia declarativa se formule oposición alguna. Posteriormente, numerosos acreedores de la razón social indicada, basados en la pretensión de que ésta no era sino una *longa manus* de la razón social *P* (de mucha mayor importancia y operante en el mismo ramo de comercio de Milán) solicitan que la quiebra se haga extensiva a la razón social *P* en concepto de socio de hecho de *A*. Se opone la razón social *P*, que afirma ser un acreedor más de *A*. Así las cosas, los acreedores de *A*, que reclaman también la extensión a *P* de la quiebra, cambian de criterio: dejan de atribuir a *P* la vestidura de socio fáctico de *A* y, pretendiendo se trata en el fondo de un empresario oculto de la razón *A*, solicitan la declaración autónoma de la quiebra de *P* ex novo.

Situado ante el planteamiento descrito, el Tribunal de Monza, en sentencia de 4 de julio de 1962, ha entendido lo que sigue: 1.º) No se dan las circunstancias para la extensión de la quiebra en el sentido del art. 147 de la Ley italiana de quiebras, no habiéndose probado la relación social entre la quebrada razón social *A* y la razón social *P*. 2.º) La atribución a ésta de la condición de empresario oculto, que domina y maneja la razón social *A* para sus fines particulares, no permite al Tribunal juzgar en orden a la existencia o no de los extremos para la declaración de quiebra directa, ex novo, de *P*, ya que ésta tiene su sede principal en Milán y es preciso respetar las reglas de competencia del artículo 9 de la Ley de quiebras. 3.º) Teniendo en cuenta el principio de que en todo caso los socios ilimitadamente responsables están obligados a responder de las deudas de la sociedad, pero no al revés, ya que las varias obligaciones insatisfechas creadas por los titulares de la razón social *A* debían ser consideradas como obligaciones personales de éstos (y de las cuales la razón *P*, como eventual partícipe en una combinación social de hecho con la razón *A*, no habría tenido que responder), se ha declarado consecuentemente por el Tribunal la propia incompetencia territorial y funcional para decidir en orden a la demanda de quiebra de la razón *P*. Comentario elogioso de la decisión, por su agudeza conceptual, rigor lógico y plena fundamentación del fallo.

MENEU MONLEÓN, Pascual: *Hacia la unificación de las Leyes sobre el arbitraje en Europa*, RDM, núm. 88, abril-junio 1963; págs. 359-371.

Realizando el programa jurídico del Consejo de Europa, la Conferencia de Ministros Europeos de Justicia, reunida en Roma en octubre de 1962, ha estudiado el texto de una Ley Uniforme en materia de arbitraje y del Anteproyecto de Convención Europea estableciéndola. Referencia a los aspectos esenciales del Anteproyecto, según el cual toda controversia nacida o que pueda nacer de una relación jurídica determinada y sobre la que sea posible transigir puede

ser objeto de arbitraje. Forma de pactar el arbitraje, invalidez del compromiso, número de árbitros y nombramiento, recusación, normas de procedimiento, sentencia por mayoría, sentencia y supuestos en que contra ella cabe recurso.

La posibilidad de que los Estados contratantes deroguen en cualquier momento las disposiciones de la Ley Uniforme, lo mismo que las numerosas reservas que pueden formularse, hacen que realmente no quiepa esperar mucho del Anteproyecto en lo que a su eficacia se refiere.

PELLICER VALERO, Jesús Agustín: *La protección judicial de las empresas y sus asociaciones en las Comunidades europeas*, RDM, núm. 88, abril-junio 1963; págs. 331-358.

Casuística indicación de la forma y mecanismo de protección judicial de las empresas y sus asociaciones en el régimen de las Comunidades Europeas. La protección se hace extensiva a las empresas productoras y a las empresas no productoras, en el sentido en que unas y otras deben entenderse. Una vez estudiada la protección jurisdiccional en general, sobre la base fundamental de los principios establecidos por la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), se estudia de forma específica la protección en ésta, en el Mercado Común y en el Euratom. Supuestos de protección y acciones diversas ejercitables.

PELLICER VALERO, Jesús A.: *Las sanciones a empresas y asociaciones en el Mercado Común y sus recursos judiciales*, RDM, núm. 90, octubre-diciembre 1963; págs. 295-359.

Los tres Tratados de las Comunidades Europeas (la CECA, la CEE y CEEA) prevén recursos de anulación y recursos de plena jurisdicción, tomando la distinción del Derecho francés. El recurso de plena jurisdicción está dirigido contra un acto administrativo; su legalidad objetiva es examinada y, en su caso, es anulado. El recurso de plena jurisdicción se dirige contra la Administración como parte y se funda en los derechos subjetivos; el Tribunal tiene plena competencia para examinar el asunto desde el punto de vista de los hechos y del Derecho y puede no solamente anular la decisión de la Administración, sino incluso reformarla o condenar a la Administración a indemnizar. Recordada la distinción anterior, se delimita el poder del Tribunal en materia de sanciones del que le corresponde para dictar sentencias de condena; se alude al poder sancionador de los órganos administrativos de los Estados y a la disciplina del poder sancionador en el ámbito de las Comunidades. Separadamente es analizado después, con gran causismo y en detalle, el problema de las sanciones a las empresas y a sus asociaciones en cada una de las Comunidades: la Comunidad Económica Europea del Carbón y del Acero (CECA), en la Comunidad Europea (CEE) y en la Comunidad Europea de Energía Atómica (CEEA). En todo caso se indican las clases de sanciones, los sujetos pasivos de las medidas sancionadoras y las principales aplicaciones del poder represivo y de la Alta Autoridad frente a las empresas.

POCAR, Fausto: *Carenza di legitimazione processuale del fallito e costituzione in giudizio del curatore*, RDC, año LX, núm. 11-12, noviembre 1962, 2.ª parte; págs. 392-408.

Se toman como base las afirmaciones de la sentencia de casación italiana de 16 de enero de 1962, relativa a un caso de comerciante declarado quebrado en Francia y compareciente en juicio en Italia. Aparte de lo dispuesto en el artículo 17 de las disposiciones sobre la Ley en general, y de la similitud del artículo 473 del Código de Comercio francés con el artículo 43 de la Ley de quiebras italiana, aduce el fallo, en aras de la aplicación de la Ley italiana, la circunstancia de la complementación recíproca de los ordenamientos. Supuesta, pues, la aplicación del artículo 43 de la Ley italiana de quiebras, relativo a la posición procesal del quebrado, estudia el comentario dos cuestiones en relación con el precepto: 1.º) Si la incapacidad procesal del quebrado respecto a las relaciones del Derecho patrimonial comprendidas en la quiebra debe calificarse de absoluta o de relativa con referencia a la masa de los acreedores. 2.º) Si el curador de la quiebra puede, interviniendo en un juicio promovido por el quebrado, sanar el defecto inicial de legitimación y obtener que el proceso siga válidamente con relación a él.

En cuanto a la primera cuestión la tesis general, que también acoge la sentencia, es la de que la incapacidad procesal del quebrado es relativa, y que sólo se manifiesta, por tanto, con relación a los acreedores, en cuyo beneficio se establece. No se comparte esta doctrina, que aplica criterios privatísticos a un problema procesal de carácter eminentemente de Derecho público. A juicio del autor se trata de una incapacidad que, desde luego, debe calificarse de absoluta.

La segunda cuestión la resuelve el autor en sentido afirmativo. No olvida la posible fundamentación en la figura de la intervención, pero entiende que basta acudir simplemente a una interpretación del artículo 182, 2.º, del Código de Procedimiento civil italiano que prevé la posibilidad de una constitución tardía de aquél a quien corresponde la representación o la asistencia de la parte incapaz en juicio, sin que sea necesaria una explícita declaración de validación de los actos realizados por aquélla (la cual va implícita en tal constitución en juicio). Se rechaza la solución en sentido negativo de esta segunda cuestión, basada en la inaplicabilidad al proceso de la *nogotiorum gestio*.

TOGNONI, Augusta: *L'intervento nel giudizio di rinvio*, RDC, año LX, número 11-12, noviembre-diciembre 1962, 2.ª parte; págs. 430-450.

La sentencia de 13 de julio de 1961 (Corte de apelación de Turín) plantea la interesante cuestión de si será o no admisible la intervención en la fase de reenvío después de la casación. Afirma la Corte que la naturaleza y los límites del juicio de reenvío, considerado como procedimiento de instrucción cerrada, excluyen la admisibilidad de la intervención, en la fase de reenvío, de quien no haya intervenido en las fases precedentes del procedimiento. El Código de Procedimiento civil no prevé expresamente la intervención en la

fase de reenvío. No existen precedentes jurisprudenciales y tampoco la doctrina ha discutido la cuestión. Tomando por base la sentencia indicada, y otra de la Corte de casación (de 4 de junio de 1962) relativa a la intervención en la apelación, se hacen por el autor algunas consideraciones sobre el problema indicado al principio.

Con fines comparativos se comienza aludiendo a la intervención en la apelación, bajo el Código derogado y bajo el vigente, para después pasar a la intervención en el juicio de reenvío también con relación a ambos Códigos. No previsto por el legislador expresamente el supuesto de intervención en la fase de reenvío, el artículo 394 del Código de Procedimiento Civil, disciplina solamente la actividad de las partes. Dada esta premisa, se excluye la intervención forzosa, tanto a instancia de parte como *iussu iudicis*, cuando introduzca nuevas demandas en relación a los sujetos que no han sido partes en las fases precedentes del proceso. Se admite, en cambio, la intervención voluntaria en sus dos figuras de intervención principal y adhesiva, en el sentido del artículo 394, párrafo 1.º, del Código de Procedimiento civil. Con mayor razón se debe admitir la intervención voluntaria cuando la necesidad de las nuevas conclusiones del interveniente surja de la sentencia misma de casación en el sentido del artículo 394 del Código de Procedimiento Civil.

#### CLAVE DE ABREVIATURAS UTILIZADAS EN ESTA SECCION

ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).

AD = Anuario de Derecho (Panamá).

AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.

AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).

AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).

AUM = Anales de la Universidad de Murcia.

BCAM = Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).

BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba Argentina).

BFDC = Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra).

BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).

BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.

BIR = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spennolo in Roma.

BMI = Boletim do Ministerio da Justicia (Lisboa).

BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.

BUSC = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.

CDA = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).

CDF = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).

CLJ = The Cambridge Law Journal.

CLQ = Cornell Quarterly (Ithaca, Nueva York).

DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).

DM = Derecho (Medellín, Colombia).

ED = Estudios de Derecho (Antioquia).

EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).

F = El Foro (Méjico).

FG = Foro Gallego (La Coruña).

- FM = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
- IC (ICLQ) = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
- IDC = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
- IJ = Información Jurídica (Madrid).
- IM = Ius (Milán).
- IR = Iustitia (Roma).
- JF = Jornal do Foro (Lisboa).
- L = La Ley (Buenos Aires).
- LQ = The Law Quarterly Review (Londres).
- LRN = La Revue du Notariat (Québec).
- MDR = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
- MLR = The Modern Law Review (Londres).
- NC = The North Carolina Law Review.
- NJW = Neue Juristische Wochenschrift (Múnich-Berlín).
- NR = Nuestra Revista (Madrid).
- NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
- OZOR = Österreichische Zeitschrift für Offentliches Recht (Viena).
- P = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
- PC = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
- RAP = Revista de Administración Pública (Madrid).
- RB = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
- RCA = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
- RCDI = Revista Cubana de Derecho (Habana).
- RCDI = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
- RCH = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
- RCJS = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
- ZVR = Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).
- RCM = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
- RCP = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
- RDC = Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generales delle Obbligazioni (Milán).
- RDDC = Rivista di Diritto Civile (Padua).
- RDEA = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
- RDES = Revista de Direito e de Estudos Sociais (Coimbra).
- RDJ = Revista de Derecho Judicial (Madrid).
- RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
- RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
- RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
- RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello Stato delle persone (Milán).
- RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
- RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
- REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
- REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
- REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
- REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
- RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
- RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
- RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
- RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
- RFDSP = Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
- RFL = Revista del Foro (Lima).
- RFP = Revista da Faculdade de Direito do Paraná (Curitiba).
- RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
- RGLJ = Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
- RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (París).

- RHD = *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, Revue d'Histoire de Droit* (Bruselas, La Haya).
- RIDC = *Revista del Instituto de Derecho Civil* (Tucumán).
- RIDCO = *Revista del Instituto de Derecho Comparado* (Barcelona).
- RIDCP = *Revue International de Droit Comparé* (París).
- RIN = *Revista Iternacional del Notariado* (Buenos Aires).
- RISG = *Rivista Italiana per la Science Giuridiche* (Roma).
- RJC = *Revista Jurídica de Cataluña* (Barcelona).
- RJD = *Revista Jurídica Dominicana*.
- RJN = *Revista Jurídica Nicaragüense*.
- RJP = *Revista Jurídica del Perú* (Lima).
- RJPR = *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*.
- RL = *Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro* (Bolonia).
- RLJ = *Revista de Legislação e Jurisprudência* (Coimbra).
- RN = *Revista del Notariado* (Buenos Aires).
- ROW = *Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechtsvergleichung und internationale Rechtsprobleme* (Berlín).
- RP = *Revista de Derecho Procesal* (Madrid).
- RPR = *Rivista di Diritto Processuale* (Padua).
- RPI = *Revista de la Propiedad Industrial* (Madrid).
- RS = *Rivista delle Società* (Milán).
- RTC = *Revue Trimestrielle de Droit Commercial* (París).
- RTDC = *Revue Trimestrielle de Droit Civil* (París).
- RTDP = *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile* (Milán).
- RTDPO = *Rivista Trimestrale di Diritto Público* (Milán).
- RUM = *Revista de la Universidad de Madrid*.
- SA = *Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial* (Montevideo).
- SJ = *Svensk Juristtdning* (Estocolmo).
- T = *Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas* (Zaragoza).
- UNC = *Universidad Nacional de Colombia* (Bogotá).
- ZVR = *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* (Stuttgart).

# JURISPRUDENCIA

## I. SENTENCIAS

A cargo de Juan J. BERNAL - QUIROS, Gabriel GARCIA CANTERO, José PERE RALUY, José PEREZ VEGA y Urbano VALERO AGUNDEZ, con la dirección de Manuel PEÑA.

### DERECHO CIVIL

#### I. Parte general

1. ESCRITURA PÚBLICA: DECLARACIONES EN ELLAS: *Las escrituras públicas en cuanto a las declaraciones contenidas en ellas, sólo hacen fe de que fueron hechas, sin que por ellas se constituyan, modifiquen o extingan derechos de quienes no interviniéron en aquéllas.*

CONTRADICCIÓN EN EL FALLO: *Exige una notoria incompatibilidad entre los distintos pronunciamientos de la Sentencia, de tal trascendencia que puedan suscitar dudas en su ejecución.* [S. 19 de diciembre de 1963; no ha lugar.]

2. PRESUNCIOS: *El art. 1.253 C. c. no contiene una norma de valoración de prueba que sirva para impugnar por error de hecho o de derecho el elemento básico de la deducción realizada por el Tribunal.*

CASACIÓN: CONSIDERANDOS: *El recurso no se da contra los Considerandos que no sean base imprescindible del fallo.* [S. 20 de diciembre de 1963; no ha lugar.]

3. COSA JUZGADA: DISPARIDAD OBJETIVA: *Existe disparidad objetiva que impide estimar la excepción de cosa juzgada, si uno de los pleitos afecta a la existencia, disolución y liquidación de una sociedad particular y el otro a la realidad o inexistencia de una cesión arrendaticia del propio negocio social.* [S. 13 de diciembre de 1963; no ha lugar.]

#### III. Derecho de obligaciones

1. CONTRATO DE OBRA: RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: INDEMNIZACIÓN DAÑOS Y PERJUICIOS: *El acreedor en las obligaciones reciprocas puede optar por exigir el cumplimiento del contrato cuando la prestación es fungible, o la resolución del mismo, a su voluntad; si bien el incumplimiento de los contratos no lleva consigo necesariamente la indemnización de daños y perjuicios, la Sala en el caso de autos estima que los hubo al tener los demandados recibida con anterioridad la suma precisa para terminar las obras.* [S. 30 de noviembre de 1963; no ha lugar.]

2. PERFECCIÓN DEL CONTRATO: SU APRECIACIÓN: *La perfección del contrato, que surge de la simple concurrencia del consentimiento, es decir, de la coincidencia de las dos declaraciones de voluntad, reciprocas y sucesivas, que generan el acto jurídico bilateral, es una cuestión de hecho sometida a la apreciación del Tribunal a quo.*

ERROR DE HECHO: *Para que exista, es preciso que la Sala sentenciadora afirme la existencia de uno, que sea base esencial de la sentencia y que, por un documento o acto auténtico que obre en los autos, se demuestre evidentemente la equivocación padecida. [S. 18 de diciembre de 1963; desestimatoria.]*

3. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *Tiene reiteradamente declarado esta Sala la prevalencia de la interpretación deductiva por la apreciación del Tribunal de instancia, sobre la ofrecida por el recurrente, si éste no acredita que la del primero es irracional o absurda por no respetar los límites que le imponen la Ley o la lógica.*

AUTORIZACIÓN PARA REALIZAR OBRAS EN LA FINCA ARRENDADA: *La autorización para realizar las obras llevadas a cabo por la sociedad arrendataria se condicionó, en cuanto a la ejecución de las mismas, a dos momentos sustanciales: o a realizarlas "seguidamente", o a cuando "las circunstancias actuales lo permitan"; en el primer caso, tiempo presente; en el segundo, tiempo futuro; y por tanto en lo que respecta a la segunda expresión, al no fijarse fecha determinada, aquél permiso queda latente a voluntad del arrendatario y la sentencia recurrida no infringe los preceptos de los artículos 1.281 y 1.283 del Código civil. [S. 29 de noviembre de 1963; no ha lugar.]*

4. CONTRATO: CALIFICACIÓN: CASACIÓN: *Si bien la calificación jurídica, que debe darse a un contrato, puede someterse a censura de la casación, su impugnación no puede tener eficiencia, si previamente no se desvirtúan por el cauce procesal adecuado los hechos que el juzgador sienta como soporte de su criterio.*

RECURSO DE CASACIÓN: REQUISITOS FORMALES: *Al deducir como motivo de casación el error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, ambas clases de error han de diferenciarse adecuadamente. [S. 19 de diciembre de 1963; desestimatoria.]*

5. CONTRATOS ATÍPICOS: DETERMINACIÓN DE SU CONTENIDO: *Los contratos atípicos, posibles en nuestro derecho por consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad, deben ser juzgados en cuanto a su contenido, por las normas de los contratos típicos más afines y por las demás fuentes de Derecho ordinarias; pero, ante todo, por las propias estipulaciones contractuales, salvo disposición legal o razones de moral u orden público que lo impidan.*

COMISIÓN MERCANTIL CON PACTO DE DURACIÓN: FACULTAD DE REVOCAR: *En el contrato básico de comisión mercantil, al que se añade un pacto de duración*

con prórroga concertada, salvo anticipada denuncia de cualquiera de las partes, subsiste la facultad de revocar; pero, si ésta se impone antes de la expiración del plazo pactado, sin mediar justa causa derivada del incumplimiento del comisionista, el comitente debe indemnizar los daños y perjuicios que le ocasiona con la extemporánea revocación.

**COMISIÓN MERCANTIL: USOS:** *No hay un uso suficientemente generalizado, por cuya virtud el comisionista esté obligado a mandar informes al comitente, de forma que por no haberlos remitido deba considerarse incumplido el contrato.* [S. 21 de diciembre de 1963; desestimatoria.]

**6. INTERPRETACIÓN DE CONTRATO:** *Debe separarse lo que constituye interpretación del contrato, de la forma en que aquél se ha cumplido por los contratantes, materia ésta que no cabe impugnar al amparo del número 1.º, sino sólo del número 7.º del art. 1.692 de la LEC.*

**DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO:** *La invocación alternativa de los conceptos de violación y errónea interpretación, incurre en defecto formal, sin que el Tribunal pueda elegir entre ellos el que crea más adecuado a la naturaleza de la infracción.* [S. 16 de enero de 1964; no ha lugar.]

**7. INTERPRETACIÓN DE CONTRATO: COMPROVENTA: DERECHO FORAL CATALÁN:** declarando la Sentencia recurrida que las partes contratantes convinieron y celebraron una compraventa perfecta, no puede prosperar el motivo que sin combatir tal afirmación sostiene que sólo hubo un precontrato de venta, ya que la interpretación subjetiva de la parte no puede oponerse a la sustentada por la Sala cuya equivocación evidente no se demuestra.

**ARRAS PENITENCIALES: DERECHO FORAL CATALÁN:** *Si bien la ley 16, tit. 21, libro 4.º del Código de Justiniano, así como el tit. 24 del libro 3.º de la Instituta, admitían las arras penitenciales, la retracción de los contratantes sólo se permitía cuando no se hubiese perfeccionado el contrato.* [S. 7 de febrero de 1964; no ha lugar.]

Es de notar que la vigente Compilación de Derecho foral catalán no contiene ninguna norma especial en materia de arras. (G. G. C.)

**8. OPCIÓN DE COMPRA: NATURALEZA:** *Todo derecho de opción entraña siempre una facultad, en el optante, de llevar o no a su consumación el contrato definitivo, con el cumplimiento de las condiciones en que tal facultad se le concedió.*

**IMPUGNACIÓN DE INTERPRETACIÓN DE CONTRATO Y DE LA PRUEBA DE PRESUNCIÓNES: FORMALISMO DEL RECURSO:** *No cabe estimar que el órgano "a quo" interpretó erróneamente las cláusulas contractuales o aplicó indebidamente las normas referentes a la prueba de presunciones, si no se adujo la infracción de los artículos 1.281 y siguientes, y 1.249 y siguientes del C. C.* [S. 21 de noviembre de 1963; no ha lugar.]

9. ARRENDAMIENTOS DE ESPECTÁCULOS: REEMBOLSO IMPUESTO UTILIDADES ABO-NADO POR ARRENDATARIO: *La obligación de pagar el Impuesto de Utilidades, en defecto de pacto expreso, recae en principio sobre los propietarios perceptores de las rentas.*

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: *La conducta de los propietarios que se niegan a recibir el cine arrendado después de adquirir firmeza la Sentencia que condenó al desahucio, dio lugar a que el local permaneciera cerrado originándose gastos a cargo de los antiguos arrendatarios, cuyo abono no les correspondía civilmente, produciéndose un perjuicio que debe ser indemnizado.* [S. 27 de noviembre de 1963; no ha lugar.]

#### IV. Arrendamiento de cosas.

1. ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA DE CINE: CALIFICACIÓN: *El hecho de que el arrendatario recibiese conjuntamente con el local, las butacas, proyector y amplificador, elementos suficientes para la explotación de una industria de cine, permite calificar el contrato como arriendo de industria, pese a que en el contrato se hable de arriendo de local.* [S. 14 de enero de 1964; no ha lugar.]

2. LOCAL DE NEGOCIO: CALIFICACIÓN: *El destino dado por las partes al objeto del arriendo es lo que influye y determina el concepto de local de negocio. La escritura en que se describe a la finca como un almacén, no desvirtúa la calificación del arriendo como de local de negocio, que la Sala de instancia realizó sobre la afirmación base de que el inquilino dedicó el local a establecimiento comercial. La calificación de los contratos depende del conjunto de obligaciones que del mismo emanen, sin que en nada afecte a su naturaleza, la denominación que las partes le asignen.*

VALOR DE LOS DATOS FISCALES A EFECTO DE LA CALIFICACIÓN: *Los documentos de carácter fiscal no tienen esencial valor ni trascendencia en el orden civil.* [S. 5 de febrero de 1964; no ha lugar.]

3. LOCAL DE NEGOCIO: *Aunque la finca se hubiera construido inicialmente para servir de casa habitación, ello no basta para impugnar la calificación del arrendado, como de local de negocio, realizado por la Sala de Instancia.*

INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: *Los errores de hecho no pueden ser acreditados por presunciones, sino por pruebas directas de carácter documental o pericial que así lo evidencien. La prueba de reconocimiento judicial no es apta para justificar el error de hecho.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA PARA REEDIFICAR: INDEMNIZACIÓN: *No puede prosperar la demanda resolutoria si, tratándose de local de negocio "stricto sensu" se ofreció, tan sólo una indemnización de dos anualidades de renta en lugar de la libremente pactada o de la fijada previamente por la Junta de estimación.* [S. 24 de enero de 1964; no ha lugar.]

4. CALIFICACIÓN: DESTINO MIXTO: *El destino mixto, de local de negocio y vivienda, no desvirtúa la naturaleza de local de negocio que, por ser este el destino principal, corresponde al conjunto arrendado.*

OBRAS: CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR: *Las obras realizadas, por el arrendatario, no sólo a presencia del arrendador, sino con su colaboración y la de la hija de este último, arrendadora en la actualidad, no pueden fundamentar la resolución del arriendo.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: DOCUMENTO SUJETO A INTERPRETACIÓN: *No puede utilizarse como documento, a efecto de acreditar el error de hecho, el propio documento que se trata de interpretar [S. 27 de febrero de 1964; no ha lugar.]*

5. GARANTÍAS LEGALES DE LA ESTABILIDAD DEL INQUILINO: *Para dar la posible seguridad a los derechos del inquilino en todo caso de enajenación de vivienda, la LAU establece las acciones de tanteo y retracto, y la de impugnación de venta por precio excesivo, complementadas con la garantía que supone la norma que impone un orden de prelación en la enajenación, por separado, de los diversos pisos de un inmueble.*

EFFECTOS DE LA PRELACIÓN EN LA ENAJENACIÓN POR PISOS: *Aunque la LAU no regula expresamente la forma en que habrá de imponerse al arrendador el cumplimiento de la norma que señala la prelación en la sucesiva venta de pisos, es evidente que el inquilino a quien se deniegue la prórroga por necesidad podrá excepcionar el incumplimiento de la selección y la ineeficacia del requerimiento si acredita, que en la constitución del título en que se apoya el arrendador —sin perjuicio de su validez entre los contratantes— no se respetó el orden de selección establecido en el artículo 54 de la LAU. [S. 27 de noviembre de 1963; no ha lugar.]*

6. REPARACIONES NECESARIAS: *Conforme a las normas del C. C., confirmadas por las de la LAU, el arrendador se halla obligado a reparar el local con la finalidad de mantenerle apto para el uso a que fue destinado; son de cuenta del arrendador todas las reparaciones, ya proceda su necesidad del mero transcurso del tiempo, del uso ordenado del arrendatario, caso fortuito o fuerza mayor o desgaste natural de las cosas. No es aplicable el 1.560 del C. c. si el hecho originador del daño no deriva de una perturbación de mero hecho producida por un tercero, sino de un incendio. [S. 9 de marzo de 1964; no ha lugar.]*

7. IMPUGNACIÓN DE VENTA DE VIVIENDA ARRENDADA, ENAJENADA POR PRECIO EXCESIVO: DETERMINACIÓN DEL PRECIO DE VENTA: *A efecto de la comparación del precio de venta con la suma resultante de la capitalización de la renta arrendaticia, hay que acumular al precio de venta propiamente dicho las cantidades que por razón de gastos de escritura e impuesto de plusvalía se haya comprometido a abonar el comprador. [S. 7 de febrero de 1964; ha lugar.]*

8. ABUSO DE DERECHO: CONCEPTO: DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: *Para apreciar la existencia de abuso de derecho se requiere que la intención, en la efectividad de un derecho, sea sólo el de causar daño a otro interés jurídico y que no resulte provecho para el agente que lo ejercita; no puede estimarse ejercitada con ánimo de dañar la demanda dirigida a satisfacer la necesidad de vivienda del propietario.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: *No cabe alegar conjuntamente, en un solo motivo, el error de derecho y el de hecho, ni dejar de consignar, con claridad y precisión, el concepto de la infracción. [S. 18 de enero de 1964; no ha lugar.]*

NOTA: Se advierte en los razonamientos de ésta, como de otras sentencias en que se aborda el tema del abuso de derecho en relación al arrendamiento urbano, una concepción más estrecha del mismo, en la que se centra la atención en su modalidad subjetiva y se prescinde de la modalidad objetiva —exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho—. Limitado el abuso del derecho a la proscripción de los actos emulativos no hubiera podido hacerse aplicación de la doctrina del abuso del derecho al proceso resuelto por la sentencia de 14 de febrero de 1944, en que de modo tan amplio y certero se definió el alcance del principio, sentencia en la que precisamente se contempló un supuesto, no de actuación emulativa, sino de abuso objetivo de derecho. (J. P. R.)

9. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA PARA REEDIFICAR EL INMUEBLE: REQUISITOS FORMALES DE NOTIFICACIÓN AL ARRENDATARIO: *La LAU no exige, para la notificación al arrendatario, el empleo de palabras determinadas y permite que el arrendador asuma el compromiso de reedificar en términos imprecisos y vagos; es válida la notificación en que se asume el compromiso, sin detallar el contenido del mismo, pero haciendo referencia al precepto de la LAU en que se expresa tal contenido.*

OPCIÓN DE RETORNO: *La opción de retorno al inmueble reedificado ha de ejercitarse dentro del año siguiente a la notificación del propósito de derribo y el arrendatario que no desaloje el local, en dicho plazo, pierde su derecho de opción. [S. 23 de diciembre de 1963; ha lugar.]*

10. "NUMERUS CLAUSUS", DE CAUSAS RESOLUTORIAS: *Conforme a reiterada doctrina, sólo cabe resolver el contrato de arrendamiento urbano, por alguna de las causas taxativamente señaladas en la ley especial, las cuales no pueden ser interpretadas extensivamente ni aplicadas por analogía.*

ALCANCE DE LA 11.<sup>a</sup> CAUSA RESOLUTORIA: *Para que opere la causa 11.<sup>a</sup> —no cumplirse los requisitos o no reunirse las circunstancias para la prórroga forzosa— es preciso que se dé el supuesto de concurrencia de alguna de las causas de denegación de prórroga o inexistencia de derecho a subrogación "mortis causa"; el supuesto previsto en la norma de la LAU que faculta al arrendatario a dar por terminado el contrato antes de que haya cumplido el plazo contractual no cae dentro del ámbito de la causa 11.<sup>a</sup>, y aunque pudiera conectarse con la misma, estará fuera de sus términos el supuesto*

de que el arrendatario ponga fin al contrato, no por acto de su propia voluntad, sino en cumplimiento de lo convenido con el arrendador.

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO: FORMALISMO: *La inadecuación de procedimiento ha de alegarse al amparo de la causa 2.ª de injusticia notoria. No es admisible que en un solo motivo se comprenda más de una causa de injusticia notoria, ya se haga en forma dubitativa, alternativa o subsidiaria.* [S. 11 de marzo de 1964; ha lugar.]

Nota: En el contrato de arriendo las partes habían previsto como causa de extinción del arriendo un determinado evento no incluido en ninguno de los supuestos que la LAU erige en causa de resolución del arriendo. El Tribunal Supremo, manteniendo con acierto la doctrina del *numerus clausus* de causas resolutorias, niega la efectividad de dicha cláusula de resolución contractual pese a que se pretendió cobijar la misma bajo el manto de la fórmula genérica de la causa resolutoria 11.ª; la alegación de esta causa era en absoluto inoperante, pues los únicos supuestos que el espíritu y la letra de la norma legal permite incluir en el marco de la misma son los referentes a la denegación de prórroga y a todos aquellos en los que a tenor de las disposiciones de la LAU (y no de pactos contractuales) se extingue la titularidad arrendaticia. (J. P. R.)

11. RESOLUCIÓN POR CAMBIO DE DESTINO: INFRACCIÓN DE CLÁUSULA CONTRACTUAL: *Con independencia del problema de si son aplicables o no, a los contratos de arrendamientos urbanos, causas de resolución no contenidas expresamente en aquella legislación especial, es evidente que, convenido el arrendamiento para la guarda de coches y explotación en el local de un taller de carrocerías de coches, el hecho de que al propio tiempo el arrendatario haya realizado alguna reparación de tipo mecánico, sin instalación de maquinaria que, por su volumen o importancia, desnaturalizase el uso convenido no supone variación del destino del local.* [S. 15 de febrero de 1964; no ha lugar.]

12. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR HECHOS DE CARÁCTER PERMANENTE: DERECHO INTERTEMPORAL: *Traitándose de hechos resolutorios de carácter permanente, que se vienen repitiendo sin solución de continuidad a través del tiempo, desde la iniciación del contrato hasta la presentación de la demanda, deberá aplicarse la ley antigua a los hechos realizados antes de entrar en vigor la ley nueva y en cambio ha de regir ésta para los verificados con posterioridad a la misma.*

ACTIVIDADES INMORALES: "MEUBLE": CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR: *Del hecho de haberse arrendado el local para "meuble", así como de la autorización para instalar bidets y la percepción de prima por el traspaso, no se deduce que el local se arrendara para negocio immoral ya que lo mismo podía dedicarse a una honesta actividad de hospedaje. La realización de actividades clandestinas de orden immoral, desconocidas por la parte arrendadora al aceptarse el destino del local objeto del arriendo, constituye causa de resolución.* [S. 19 de diciembre de 1963; ha lugar.]

Nota: Produce cierta sorpresa la afirmación de que el arriendo de local para *meuble* no permite deducir que el local se arrendara para finalidad in-

moral y la de que la realización de actividades clandestinas de índole inmoral era desconocida por el arrendador de un local para *meublé*. La significación del vocablo *meublé* es —al menos en Barcelona donde se planteó la demanda— tan inequívoca y tan ampliamente conocida que extraña el carácter moralmente indiferente o inocuo que en la sentencia del Tribunal Supremo se atribuye al mismo. El hotel *meublé* o simplemente *meublé* es un establecimiento destinado a la recepción en sus dormitorios, por espacio breve de tiempo, de parejas; la finalidad inmoral es manifiesta ya que, como es lógico, las relaciones que se mantienen en tales establecimientos son extramatrimoniales y en muchos casos directamente conectadas con la prostitución. Claro está que las anteriores reservas a los razonamientos de la sentencia anotada no se extienden a la decisión de la misma, pues es latente —contra lo que parece apuntar la sentencia— que la autorización del arrendador para un destino inmoral no legitima éste, ni impide pedir la resolución o, quizás mejor, la nulidad del contrato de arrendamiento, viciado por determinación de un destino inmoral que ha de repercutir necesariamente sobre la validez del negocio; téngase en cuenta sobre este punto las consideraciones que con insuperable acierto hace en relación a un tema muy afín. F. de C. en este ANUARIO, 1955, pág. 655. (J. P. R.)

13. TRASPASO AUTORIZADO EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: EFECTOS: DERECHO INTERTEMPORAL: *La norma de derecho intertemporal de la LAU vigente —DT 7.º— que señala los efectos de la cláusula contractual autorizando el traspaso, se refiere no sólo a los pactos estipulados con anterioridad a la LAU de 1946, sino a los concertados bajo la vigencia de esta última.* [S. 4 de diciembre de 1963; ha lugar.]

14. NOTIFICACIÓN DEL TRASPASO POR EL CESIONARIO: *Es causa de resolución la omisión, por el arrendatario —cedente—, de la notificación del otorgamiento de la escritura de traspaso, sin que pueda suplir tal omisión la realización de la notificación por el adquirente en traspaso.* [S. 18 de diciembre de 1963; no ha lugar.]

15. RESOLUCIÓN POR TRASPASO IRREGULAR: LEGITIMACIÓN PASIVA: *La acción resolutoria fundada en traspaso inconsentido ha de dirigirse contra el arrendatario, único, con el arrendador, vinculado en el contrato, y si el cessionario o subarrendatario resulta extraño al mencionado pacto y de consecuencia desligado total y absolutamente con la propiedad, se hace evidente que no puede dirigirse la acción contra quien no fue parte en la relación arrendaticia cuando la ley no lo establece y el tercero ocupante se encuentra incluido en el proceso contra su voluntad, exteriorizada por él, en el primer trámite procesal, sin perjuicio de las posibles derivaciones que, en cuanto a dicho tercero ocupante, pueda producir la resolución del arriendo.* [S. 16 de enero de 1964; ha lugar.]

16. RESOLUCIÓN POR TRASPASO: MERO CAMBIO DE NOMBRE DE LA ENTIDAD ARRENDATARIA: *La sustitución del nombre de la Academia titular del arriendo por otra denominación, hecho debido a haberse dado de baja en la contribución uno de los copartícipes de la Academia al haber sido designado Catedrático de la Escuela Especial de Ingenieros Agrónomos no supone traspaso de la Academia, si ésta continuó perteneciendo a los dos copartícipes que la ex-*

*plotaban como socios y en copropiedad, habiéndose hecho el cambio de nombre en la contribución y seguros sociales con carácter circunstancial y debido a incompatibilidad legal. [S. 25 de enero de 1964; no ha lugar.]*

17. INTRODUCCIÓN DE TERCERA PERSONA: *Si el arrendamiento se otorgó a nombre de una sola persona y son dos las que usan el local en provecho propio, bien como sociedad irregular o en comunidad, se ha producido la introducción de tercera persona que da lugar a la resolución del arrendamiento.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: *Se requiere, para alegación del error de hecho que frente a la afirmación combatida se la oponga documento o dictamen pericial obrante en autos que por sí mismo demuestre irrefutablemente la equivocación, sin que quepa establecer deducciones a tal propósito.*

CONFESIÓN JUDICIAL: *Toda la doctrina jurisprudencial sobre el valor de la prueba de confesión va orientada en el sentido de que no tiene valor superior o preferente a los demás medios de prueba y que su apreciación puede hacerse en combinación con el conjunto. [S. 20 de enero de 1964; no ha lugar.]*

18. CESIÓN O SUBARRIENDO: CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR: *No es causa de resolución un traspaso realizado, conforme a las normas de la LAU, por quien ostenta la condición de arrendatario a virtud de renuncia en su favor, hecha con el consentimiento del arrendador, por el antiguo arrendatario ni lo es tampoco el subarriendo concertado por el beneficiario de tal renuncia, si en el primitivo contrato de arrendamiento se contenía expresamente la facultad de subarrendar.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO EN CUANTO A LA MOTIVACIÓN: *Es defectuosa la denuncia de error de derecho en la apreciación de la prueba acreditado por la documental, si dicha denuncia se realiza por la vía de la causa tercera. [S. 6 de marzo de 1964; no ha lugar.]*

19. CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: *Cambian la configuración: la apertura de un hueco en la bóveda de la escalera, el ensanchamiento de una ventana y el cambio de una puerta.*

REPOSICIÓN DEL INMUEBLE A SU PRIMITIVO ESTADO: *No exime al arrendatario de la sanción resolutoria, el hecho de que tras las obras, reparara su falta reponiendo el inmueble a su primitivo estado.*

CONSENTIMIENTO IMPLÍCITO DEL ARRENDADOR: *El permiso implícito de las obras de adaptación del local, al destino pactado, se refieren a las realizadas al tiempo de celebración del contrato. [S. 3 de enero de 1964; ha lugar.]*

20. CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: OBRAS DE ADECUACIÓN DEL LOCAL AL DESTINO PACTADO: *No procede la resolución, si las obras se realizaron antes de la apertura del local al servicio para el que fue arrendado y hay que estimarlas precisas para el desarrollo de la actividad prevista. [S. 12 de febrero de 1964; no ha lugar.]*

21. RESOLUCIÓN: CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: PRESCRIPCIÓN: *El cómputo del plazo de prescripción arranca del momento de realización de las obras y no de la fecha en que el propietario tuvo conocimiento de las mismas implícitamente.* [S. 18 de enero de 1964; no ha lugar.]

22. OBRAS DE ADAPTACIÓN DEL LOCAL A SU DESTINO: INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS: *La autorización del arrendador al arrendatario para que éste instalara en el local un horno de cocer pan y quitara los tabiques necesarios para la instalación del horno, comprende la de realizar las obras tendentes a dar al local el destino autorizado, sin que puedan apreciarse —a efectos resolutivos— las infracciones de tipo administrativo.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: ÁMBITO DE LA CAUSA CUARTA: *La causa 4.<sup>a</sup> —error de hecho— sólo comprende contradicciones patentes entre los hechos de la sentencia y lo que digan los documentos y pericia que se invoquen.* [S. 3 de febrero de 1964; no ha lugar.]

23. ACTIVIDADES INCÓMODAS: *No puede prevalecer, frente a la declaración de la Sala "a quo", que niega la existencia de incomodidad derivada del olor, la carta en que unos inquilinos —promotores de la acción e interesados por ello— manifiestan un criterio personal sobre la materia. No tiene trascendencia el que se hayan producido los olores eventualmente en alguna ocasión.*

RESOLUCIÓN POR CESIÓN: *No es incompatible con el uso exclusivo por el arrendatario, el que éste tenga relaciones comerciales y aún negocios conjuntos con otra persona, siempre que se desarrollen sus actividades en locales distintos.*

CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: CONSENTIMIENTO IMPLÍCITO: *Ha de considerarse implícito en el contrato el consentimiento para las obras de adaptación del local al destino que ha de dársele, según el contrato.* [S. 16 de diciembre de 1963; no ha lugar.]

24. ACTIVIDADES INCÓMODAS: INCOMODIDAD NOTORIA: INTERPRETACIÓN OBJETIVA: *No procede la resolución si la maquinaria empleada por el arrendatario es la adecuada y los ruidos que se producen, los normales. Lo que la Ley quiere es que el funcionamiento de la industria del arrendatario no exceda ni perturbe aquel régimen o estado de hecho, que es usual y corriente en las relaciones sociales, sin que influyan en la interpretación de la norma las circunstancias personales de los afectados.* [S. 28 de febrero de 1964; no ha lugar.]

25. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: SUBARRIENDO: LEGISLACIÓN COMÚN: *Están permitidos los subarriendos respecto de arrendamiento sometido a la legislación común. La legislación especial sólo prohíbe los subarriendos de fincas rústicas que recaigan sobre arrendamientos protegidos por la legislación especial.*

COSA JUZGADA: PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA LEGISLACIÓN APLICABLE A UN ARRENDAMIENTO: *No cabe invocar la legislación especial arrendaticia rústica, si una sentencia recaída en pleito sustanciado entre las mismas partes, y que adqui-*

rió firmeza, declaró que el contrato de subarriendo sobre el que antes y ahora se litigaba, estaba excluido de la legislación especial. [S. 13 de febrero de 1964; no ha lugar.]

26. ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: REVISIÓN DE RENTAS: *La revisión establecida en el artículo 7 de la Ley 15 marzo 1935 tiende a lograr el justo equilibrio entre las prestaciones mutuas de los contratantes, siendo independiente y compatible con la compensación de valores a consecuencia de la fijación—o conversión— de la renta en trigo. La revisión corresponde al Tribunal de instancia según la valoración que libremente haga de las pruebas aportadas a los autos.* [S. 22 de mayo de 1963; Sala VI]

ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS: RETRACTO: *La exclusión en el contrato de arrendamiento de la casa principal y anejos, no determina la aplicación del artículo 16 de la Ley de 15 marzo 1935 si lo arrendado es toda la extensión superficial susceptible de aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal.* [S. 23 de febrero de 1963; ha lugar]

## VI. Derecho de sucesiones

1. JUICIO DE TESTAMENTARIA: FINALIDAD: *La finalidad del juicio universal de testamentaría es poner fin a la indivisión del caudal hereditario, no ultimándose dicho proceso hasta la aprobación definitiva del cuaderno particional por el Juzgado, una vez que por el contador se han introducido las modificaciones acordadas.*

NATURALEZA DEL CARGO DE CONTADOR: *El cargo de contador designado dentro del juicio universal de testamentaría para que lleve a efecto la formación del cuaderno particional, aunque tiene un aspecto de mandato, no puede confundirse con esta figura, pues sirve al interés general de poner fin a la indivisión del caudal hereditario, constituyendo una función pública, no sujeta a otra norma que la que tenga su origen en la ley en relación con la voluntad del testador.*

ACUMULACIÓN DE ACCIONES: IMPROCEDENCIA: *Es de naturaleza procesal, y por ello no puede servir de materia a un recurso de casación en cuanto al fondo. En el proceso de oposición al cuaderno particional formulado por los contadores en un juicio de testamentaría, no pueden acumularse las acciones de nulidad de actuaciones ajenas al proceso, tales como la nulidad de un expediente de incapacitación de uno de los herederos, la del Consejo de Familia formado, la de todos sus acuerdos y la de los actos en que intervino un tutor por él nombrado.*

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO: *Es causa de inadmisión, y por ello de desestimación, apoyarse simultáneamente en los números 1.º y 7.º del artículo 1.962 L. E. C.* [S. 18 de diciembre de 1963; no ha lugar]

**DERECHO MERCANTIL**

1. FUNDACIÓN DE LA SOCIEDAD ANÓNIMA: OBLIGACIÓN DE INSCRIBIRLA: *Si bien la S. A. no tiene personalidad jurídica frente a terceros antes de su inscripción, los socios fundadores no sólo están vinculados por la escritura de constitución, sino que son compelidos legalmente a realizar cuantos actos y gestiones sean precisos para dotar de esa vida externa a la sociedad.*

SOCIEDAD ANÓNIMA NO INSCRITA: *El fundador de una S. A. no puede invocar la inexistencia o disolución de la misma por falta de inscripción, por estar él precisamente obligado a promover la realización de dicha inscripción y a cumplir cuantos requisitos legales sean precisos para ello.* [S. 6 de febrero de 1964; desestimatoria.]

2. ACCIONES DE SOCIEDAD ANÓNIMA: RENUNCIA A LA OPCIÓN DE COMPRA: *El derecho de opción de compra de acciones, a ejercitarse durante un lapso de tiempo, puede ser tácitamente renunciado por propia decisión de su exclusivo titular, mediante la autorización, sin condición alguna, para que las acciones en cuestión sean vendidas a terceros.*

DEFECTOS FORMALES DEL RECURSO DE CASACIÓN: *Supone confusión el acumular en un solo motivo distintos conceptos de infracción.* [S. 14 de enero de 1964; desestimatoria.]

**DERECHO PROCESAL**

1. APROVECHAMIENTO DE AGUAS: COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES Y DE LA ADMINISTRACIÓN: DETERMINACIÓN DEL VOLUMEN DEL APROVECHAMIENTO: *A los Tribunales de Justicia compete determinar la titularidad del dominio de las aguas públicas y la posesión de las privadas, y la preferencia de los aprovechamientos; y una vez declarado el derecho, pertenece a la Administración en ejercicio de la política de las aguas, fijar los módulos de tales aprovechamientos. Debe desestimarse, por tanto, la petición de que se determine, ni aun aproximadamente, la cifra de dicho volumen.*

ACCIÓN DECLARATIVA: INCONGRUENCIA: *Impeñada la intervención judicial para la declaración de un derecho, y probada su existencia, los Tribunales vienen obligados a pronunciarse sobre aquélla, sin que sea obstáculo el hecho de que no se formule oposición por la parte interpelada, o que ésta se allane a la demanda, puesto que la declaración pedida puede significar el aseguramiento o respeto del derecho impidiendo su desconocimiento o vulneración posterior, y al no hacerlo así se incurre en incongruencia.* [S. 19 de diciembre de 1963; ha lugar parcialmente.]

HECHOS: Tal como se describe en el primer Considerando de la segunda Sentencia, la villa de Cenia adquirió por Carta Puebla de 1235 el derecho al disfrute y aprovechamiento de la mitad del caudal de aguas del Río Cenia

en el punto conocido por El Partidor, para los usos y disfrutes que señala en la demanda; derecho ratificado por la Sentencia arbitral del Obispo de Tortosa, don Pedro Berenguer, de 1332, y las resoluciones de vista y revista del Real y Supremo Consejo de Castilla de 16 de noviembre de 1773 y 4 de noviembre de 1785, y ganado por usucapión, al haber sido poseído quieta y pacíficamente desde tiempo inmemorial.

En la demanda se pide la declaración de tales derechos de aprovechamiento de aguas, la cual fue denegada por la Sentencia de la Audiencia, siendo estimado el recurso en este punto.

2. CUESTIÓN DE COMPETENCIA: SUMISIÓN TÁCITA: CONFESIÓN DEL DEMANDADO: *Si el demandado tras el emplazamiento, sin haberse opuesto, absuelve posiciones en exhorto librado por el Juzgado ante el que se planteó la demanda, tal hecho supone la sumisión tácita del demandado.* [S. 15 de febrero de 1964.]

3. CUESTIÓN DE COMPETENCIA: JUICIO VERBAL: PRINCIPIO DE PRUEBA: DOCUMENTOS PRESENTADOS POR EL ACTOR CON POSTERIORIDAD A LA DEMANDA: *No puede considerarse como principio de prueba de la existencia de una obligación, negada por el demandado, la copia de una factura no autorizada por firma alguna, ni la carta firmada —atribuida al demandado— que el actor aportó en trámite de impugnación del requerimiento de inhibición.* [S. 4 de marzo de 1964.]

4. COMPETENCIA: REEMBOLSO DE CONTRIBUCIONES: COMPRAVENTA: *Tanto si se considera que la obligación de reembolsar la cantidad satisfecha por el actor por débitos contributivos del demandado con relación a una finca vendida por éste, deriva del contrato de compraventa, como si se considera que es una acción de reembolso del art. 1.158 C. c., será Juez competente el del lugar en donde se entregó la cosa vendida que coincide con el lugar en donde se realizó el servicio.* [S. 20 de diciembre de 1963.]

5. COMPETENCIA: DAÑOS POR CULPA EXTRACONTRACTUAL: *Los daños y perjuicios dimanantes de responsabilidad extracontractual por culpa o negligencia son exigibles ante el Juzgado del lugar en que se produjeron los hechos causantes de los mismos.*

POBREZA: *Para conocer de una demanda incidental de pobreza es competente el Juez a quien le es atribuida la competencia para el conocimiento de la demanda principal.* [S. 19 de diciembre de 1963.]

6. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: FALTA DE PERSONALIDAD: *La falta de personalidad sólo puede invocarse cuando no existe el carácter o representación con que se actúa en el proceso, no concurriendo cuando ambas partes accionan y excepcionan en nombre propio con plena capacidad de obrar.*

INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: *La incompetencia objetiva está excluida del número 6.º del art. 1.693 LEC que sólo contempla la incompetencia territorial.* [S. 28 de noviembre de 1963; no ha lugar.]

7. INCONGRUENCIA: *No incurre en incongruencia la Sentencia que establece una minoración cuantitativa de las pretensiones de las partes, al declarar el derecho del actor a usar una patente, aunque no con exclusividad.* [S. 28 de noviembre de 1963; no ha lugar.]

8. BENEFICIO DE POBREZA: OCULTACIÓN DE INGRESOS: *Dada la dificultad de probar los hechos negativos, como la carencia de ingresos superiores a los módulos legales, se requiere inexcusablemente que el solicitante facilite con entera sinceridad y lealtad cuantos datos y elementos personales y familiares puedan influir en su capacidad económica, al extremo de que cualquier ocultación de ingresos que pueda repercutir en aquella, es suficiente para la denegación del beneficio, salvo que se pruebe la buena fe y que carece de influencia para superar los módulos legales.* [S. 5 de diciembre de 1963; no ha lugar.]

9. JUICIO MENOR CUANTÍA: PROCURADOR: *Tanto con arreglo a la ley de 16 de diciembre de 1954, como de acuerdo con la nueva ley de 8 de agosto de 1963, la comparecencia en los juicios de menor cuantía ha de hacerse valiéndose de Procurador, sin cuyo requisito procede declarar mal formada la cuestión de competencia.* [S. 21 de diciembre de 1963.]

10. RECURSO DE REVISIÓN DE LA L. E. C.: JUICIO EJECUTIVO: FALSEDAD DE LA ACEPTACIÓN: *Procede la revisión si, con posterioridad a la sentencia dictada en juicio ejecutivo con base en una aceptación cambiaria, se dictó sentencia declarando la falsificación de la firma atribuida al aceptante cuya supuesta legitimidad fue causa de la sentencia que se pretende revisar. No es obstáculo a la revisión el que la sentencia se dictara en juicio ejecutivo ya que, aunque las sentencias que se dictan en esta clase de juicios no producen la excepción de cosa juzgada, ello es sólo respecto a las cuestiones que no entran en el campo de lo que es materia del juicio ejecutivo.* [S. 8 de febrero de 1964; ha lugar.]

11. PROCEDIMIENTO APLICABLE: CUESTIONES EN QUE SE INVOLUCRAN DERECHOS ARRENDATICIOS Y DE COPROPRIEDAD: *Si en la demanda se pide la resolución de un contrato de arrendamiento y además que tal resolución vincule, no sólo a los arrendatarios, sino a los propietarios que representan la mayoría del valor de la finca que también fueron demandados, el procedimiento a seguir no es el especial de arrendamientos urbanos, sino el señalado por las leyes procesales comunes.* [S. 4 de diciembre de 1963; ha lugar.]

Nota: Se alegó en el recurso ---y estimó en la sentencia--- la inadecuación del procedimiento habiéndose invocado al efecto la causa 2.<sup>a</sup> de injusticia notoria ---quebrantamiento de formalidades---. La sentencia del T. S. declaró la nulidad de lo actuado en el procedimiento inadecuado e impuso al actor las costas de primera instancia, haciendo aplicación, una vez más, del acertado criterio que equipara el vencimiento procesal al material en materia de costas procesales. (J. P. R.)

12. PROCEDIMIENTO PARA LA RECLAMACIÓN DE ALQUILERES: APLICACIÓN DEL CAUCE PROCESAL COMÚN: *El procedimiento especial de la LAU, no es el adecuado*

para reclamar el pago de las rentas debidas por arrendatario. La obligación de pagar las rentas nace del C. C. y si bien la LAU alude a dicha obligación, es a los solos efectos de constituir el antecedente necesario para atribuir al arrendatario la facultad de dar por terminado el contrato aun pendiente el plazo, mediante el abono de la renta correspondiente al plazo por cumplir. La reclamación debe realizarse conforme a las leyes procesales comunes. [S. 19 de diciembre de 1963; ha lugar.]

Nota: Se encauzó el recurso por la causa segunda de injusticia notoria —quebrantamiento de formalidades—.

13. SUBARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO: PROCESO RESOLUTORIO: LEGITIMACIÓN: ADECUADA CONSTITUCIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICO PROCESAL: *Pedida la resolución de un contrato de subarriendo de local de negocio y no habiéndose formulado reconvenCIÓN, la cuestión a resolver ha de ventilarse exclusivamente entre subarrendador y subarrendatario, habida cuenta de que en nada afecta al arrendador.* [S. 8 de febrero de 1964; ha lugar.]

14. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: ACUMULACIÓN DE CAUSAS EN UN SOLO MOTIVO: *Debe ser desestimado el motivo en el que, con fundamento en la causa de injusticia notoria, se involucran el error de hecho —que ampara dicha causa— y el de derecho —a que se refiere la tercera—.* [S. 31 de diciembre de 1963; no ha lugar.]

15. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO: *Los errores de hecho han de acreditarse por documentos o pericias que evidencien lo contrario de lo que la sentencia mantiene.*

ERROR MATERIAL: INCORRECCIÓN PROCESAL: *El error material es subsanable por vía de aclaración de sentencia o en ejecución de la misma y no puede ser causa de injusticia notoria. El consignar en la parte dispositiva la razón por la que se absuelve al demandado, es una incorrección procesal en la construcción de la sentencia, pero no un vicio de incongruencia.*

COSTAS: PRINCIPIO DEL VENCIMIENTO: ESTIMACIÓN PARCIAL DE EXCEPCIONES: *Es irrelevante, a efecto de la imposición de costas, la desestimación de alguna de las excepciones, si la estimación de otras conducen a la absolución de la demanda.* [S. 4 de diciembre de 1963; no ha lugar.]

16. RECURSO DE CASACIÓN: DEFECTOS FORMALES: *Se incurre en ellos si no se señala el concepto de la infracción, y si invocándose el error no se determina a qué clase se refiere, y si no se cita, con relación al de derecho, un precepto sustantivo sobre valoración de la prueba.* [S. 23 de enero de 1964; no ha lugar.]

17. RECURSO DE CASACIÓN: DEFECTOS FORMALES: *Al ampararse conjuntamente en la violación e interpretación errónea de unos mismos preceptos se infringe el art. 1.720 LEC.* [S. 23 de noviembre y 21 de diciembre de 1963; no ha lugar.]

18. QUEBRANTAMIENTO: DE FORMA: PETICIÓN PREVIA DE SUBSANACIÓN: *La viabilidad de este recurso presupone que se haya pedido la subsanación de la falta que se dice cometida, en el instante en que se produjo y reproducido la petición en la segunda instancia, si se cometió en la primera.*

DEFECTO EN LA NOTIFICACIÓN DE SENTENCIA: *No cabe equiparar el defecto en cuanto a la notificación de la sentencia pronunciada en primera instancia respecto a litigante rebelde, con la falta de emplazamiento. [S. 30 de enero de 1964; no ha lugar.]*

## II. SENTENCIAS DE SUPLICACION

### 1. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Madrid

A cargo de Manuel TRENZADO RUIZ

#### I. Derecho civil

1. NATURALEZA DEL CONTRATO: *Aunque el propietario elevara las rentas del piso en proporción superior a la fijada en la LAU, no con ello la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento convirtiendo lo que es vivienda por precepto legal en local de negocio.* (Sentencia de 1 de julio de 1964; no ha lugar.)

2. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PROPIA NECESIDAD: *Está debidamente justificada la necesidad invocada en la demanda, en relación con la futura y mejor evolución de las enfermedades de tuberculosis pulmonar crónica de ambos hijos del actor y para quienes se solicita el uso y disfrute del piso ocupado por el demandado, sin que ello pueda entenderse que tal traslado haya de ser forzoso e ineludiblemente necesario para asegurarse el éxito de la definitiva curación, ya que sobre tal hecho nadie, ni la propia ciencia médica puede sostenerse tan rotunda afirmación y como el concepto de necesidad, según la doctrina jurisprudencial, es lo opuesto a superfluo o conveniente y, también, admitido que la apreciación de la necesidad por razón de enfermedad es de la libre apreciación de los Tribunales deducida de los hechos declarados probados por los juzgadores, es por lo que se estima la necesidad invocada.* (Sentencia de 18 de junio de 1954; no ha lugar.)

3. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: DESOCUPACIÓN: *Lo que persigue el legislador con esta causa de resolución, es evitar la duplicidad de domicilios y la no imprescindible reserva de viviendas sin más motivo que la utilidad y conveniencia del inquilino.* (Sentencia de 11 de mayo de 1964; no ha lugar.)

4. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: OBRAS: CONFIGURACIÓN: *La colocación de una chimenea para salida de humos de una de las habitaciones de la vivienda y otras obras realizadas en un gallinero derruido existente en el jardín de la casa arrendada, representa sin duda alguna una modificación de la configuración, comprendida en el núm. 7 del art. 114 de la LAU, careciendo en absoluto de relevancia que alguna de las obras se efectuaran en una edificación separada de la vivienda propiamente dicha, pues la cosa arrendada es un todo que no permite hacer distinciones.* (Sentencia de 16 de mayo de 1964; no lugar.)

5. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: RUINA: *La ruina total del inmueble, determina la pérdida de la casa y, en consecuencia, la terminación de los arrien-*

*dos existentes siendo a tal efecto suficiente la declaración de ruina adoptada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo. (Sentencia de 18 de junio de 1964; no ha lugar.)*

6. SUSPENSIÓN DE LOS CONTRATOS: *Al hablar el art. 119 de la LAU que las obras han de realizarse por decisión de Autoridad competente, se ha de estimar que la misma no es sólo la Autoridad administrativa, sino también la judicial. (Sentencia de 19 de mayo de 1964; no ha lugar.)*

## **II. Derecho procesal**

1. RECURSO DE SUPLICACIÓN: FORMALIDADES: *Admitida, como fue a trámite la demanda, la omisión de la firma en las copias de los recibos de alquiler, carece de trascendencia puesto que se trata de documentos conocidos por la propietaria demandada, toda vez que han sido expedidos por ella, y lo mismo cabe decir del contrato de arrendamiento, ya que cada una de las partes tiene en su poder un ejemplar del mismo, con el que la demandada pudo comprobarlo. (Sentencia de 29 de abril de 1964; no ha lugar.)*

2. RECURSO DE SUPLICACIÓN: FORMALIDADES: *El recurrente en su escrito de suplicación, tras de hacer una exposición de antecedentes, inadecuada en este trámite, no concreta el concepto —violación, interpretación errónea o aplicación indebida— en que hubieran sido infringidos los preceptos de la LAU, por lo que es obvio que esa defectuosa formulación del recurso impide el éxito del mismo. (Sentencia de 9 de junio de 1964; no ha lugar.)*

3. COSTAS: *Si bien sobre la materia de costas, en los juicios de la L. A. U. existe el artículo 149, que preceptúa que se impondrán a los litigantes cuyos pedimentos fueron totalmente rechazados, sin embargo, al estimarse una excepción de incompetencia de jurisdicción y absolverse al demandado, esta absolución es meramente procesal y no absolución de instancia, ya que no se entró a estudiar los pedimentos de la demanda, por lo que no puede afirmarse que éstos fueran totalmente rechazados y por ende no se está en el caso del artículo 149 de la L. A. U. (Sentencia de 15 de junio de 1964; no ha lugar.)*

## 2 Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona

A cargo de José PERE RALUY

### I. Derecho civil.

1. RESOLUCIÓN DE SUBARRIENDO POR EXPIRACIÓN DE PLAZO: DENEGACIÓN POR ABUSO DE DERECHO: *No cabe negar que incide en abuso de derecho el inquilino que pretende desahuciar a un subrrendatario por expiración del plazo de subarriendo, si dicho inquilino tiene subarrendadas 18 dependencias del piso por el que paga un alquiler de 700 pesetas mensuales y cobra 350 de cada subarrendatario y no alega ningún fundamento serio y legítimo para la resolución, aparte de la causa legal de expiración del plazo.* (Sentencia de 11 de octubre de 1963; no ha lugar.)

NOTA: No es frecuente hallar resoluciones que, con la decisión que acusa la anterior sentencia, cierren el paso a pretensiones como la definitivamente rechazada por la misma a través de una acertada aplicación del principio que proscribe el ejercicio abusivo del derecho; un principio que, pese a hallarse explícitamente proclamado por la L. A. U. ha resultado en la práctica casi inoperante, porque los Tribunales han tenido en cuenta, por lo general, tan solo la modalidad subjetiva del mismo —actos emulativos—, olvidando su faceta objetiva —ejercicio anormal de los derechos—, que es precisamente la que brinda mayor posibilidad de actuación práctica del principio. Quizá sea debido a semejante olvido, la llamada de atención a los Tribunales que supone la nueva redacción dada al artículo 9 de la L. A. U. por la reforma de 1964, en la que se ha tratado de asegurar la consecución de los fines perseguidos por la citada Ley, mediante la afirmación de la vigencia de los principios de buena fe, de proscripción del fraude de ley y la indicación expresa de que los Jueces y Tribunales deben rechazar las pretensiones que impliquen manifiesto abuso o ejercicio anormal de un derecho. La sentencia a que se refiere esta nota, aunque puede parecer audaz —dada la timidez con que en casos similares se procede por los órganos jurisdiccionales— constituye un claro ejemplo de la aplicación de las normas, no en función del significado aislado de los preceptos, sino de la contemplación de los fines perseguidos por el sistema normativo en su conjunto; la anormalidad objetiva de la pretensión del actor resultaba evidente al contrastarla con la finalidad del demandante y con el fin perseguido por el legislador al establecer la causa resolutoria por expiración del plazo, fin que no puede ser el fomento y tutela de las prácticas agiotísticas.

2. L. A. U.: NOTIFICACIONES FRAUDULENTES: *La fachaciencia no exige la intervención de fedatario sino la notoriedad de la notificación, de modo que no pueda suscitar dudas sobre la existencia de la misma. Basta para considerarla fachaciente que resulte la notificación de modo patente de las declaraciones y actos de los protagonistas de la misma.* (Sentencia de 20 de noviembre de 1963; no ha lugar.)

3. SUBARRIENDOS TOLERADOS DEL ARTÍCULO 27 DE LA L. A. U. DE 1946: *Los sobrinos del inquilino no pueden incluirse en el cómputo de las dos per-*

sonas «extrañas» a la familia que el artículo 27 de la L. A. U. autorizaba, como conviventes con el inquilino, sin necesidad de consentimiento del arrendador. (Sentencia de 29 de octubre de 1963; no ha lugar.)

4. SUBROGACIÓN ARRENDATICIA «MORTIS CAUSA»: DERECHO TRANSITORIO: NOTIFICACIONES: *La L. A. U. de 1946 no exigía la notificación, al arrendador, de la subrogación «mortis causa» en el derecho arrendaticio de vivienda. La omisión, por los subrogados, de la notificación establecida en la D. T. 8.º de la L. A. U. vigente, no es causa de resolución del arrendamiento.* (Sentencia de 5 de noviembre de 1963; no ha lugar.)

5. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: BENEFICIARIO PROPIETARIO DE OTRA FINCA: *No obsta a la denegación de prórroga por necesidad, el que el hijo del propietario del inmueble, para quien se reclama la vivienda, sea copropietario de otra finca en la misma localidad.*

ABUSO DE DERECHO: RECURSO DE SUPLICACIÓN: *No cabe aplicar el abuso de derecho, en fase de suplicación, si no fue alegado en la instancia.* (Sentencia de 13 de diciembre de 1963; no ha lugar.)

Nota: Claro es que la doctrina del primer párrafo presupone que el beneficiario de la denegación de prórroga no disponga de vivienda libre en el inmueble de su propiedad.

6. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: INDIVISIBILIDAD DEL CONTRATO: *Aunque cupiera la división de la vivienda mediante obra de escasa entidad, no cabe imponer al arrendador que ejercita la acción de denegación de prórroga por necesidad, la división del piso para satisfacer, con parte de él, la necesidad del beneficiario de la denegación de prórroga. No cabe la resolución parcial del contrato.* (Sentencia de 30 de noviembre de 1963; no ha lugar.)

7. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: DERECHO A VIVIENDA INDEPENDIENTE: *Procede la denegación de prórroga, si el beneficiario de la denegación carece de vivienda independiente, habitando en el lugar de sus padres. No cabe imponer la convivencia de una persona, ni aun con sus próximos parientes.* (Sentencia de 25 de octubre de 1963; ha lugar.)

8. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: OCUPACIÓN DE DEPARTAMENTO Y MATRIMONIO DURANTE EL PLAZO DE PREAVISO: *No desvirtúa la necesidad alegada, el hecho de que, durante el periodo de preaviso, el beneficiario de la denegación de prórroga contrajera matrimonio y se instalase, provisionalmente, en un departamento amueblado, sin condiciones para servir de vivienda permanente.* (Sentencia de 10 de octubre de 1963; no ha lugar.)

9. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: FALTA DE NECESIDAD: *No procede la denegación de prórroga, si la persona para quien se pide la vivienda, dispone de otra, por razón de su cargo, como empleado de una sociedad y no ha incurrido en causa que lleve implícita la extinción del*

*contrato de trabajo y pérdida de la vivienda que disfruta por razón del mismo, sin que la simple posibilidad o peligro de que la relación laboral se extinga, por cualquier circunstancia, sea causa de necesidad.* (Sentencia de 31 de octubre de 1963; no ha lugar.)

10. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: JUBILACIÓN: *Es causa de necesidad la jubilación de un empleado que determina, para el mismo, la pérdida de la vivienda que venía ocupando por razón de su empleo.* (Sentencia de 25 de octubre de 1963; no ha lugar.)

11. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: RESRICCIONES A LA ENAJENACIÓN DE PISOS Y LOCALES: *El retraso de cuatro días, respecto al plazo previsto en el artículo 49 de la L.A.U., no coloca al inquirente en la imposibilidad de denegar la prórroga al inquilino.* (Sentencia de 23 de octubre de 1963; no ha lugar.)

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: NOVIAZGO: *No infringe la Ley la sentencia que dice que, aunque se ha acreditado el noviazgo, desde hace cuatro años, del beneficiario de la denegación de prórroga, no se ha justificado en forma suficiente el propósito decidido y serio de contraer matrimonio.* (Sentencia de 6 de diciembre de 1963; no ha lugar.)

Nota: Parece excesivo el rigor de esta sentencia en cuanto a la prueba del formal propósito de matrimonio; si un noviazgo de cuatro años no se estima prueba suficiente es muy difícil conjeturar cuál será la prueba satisfactoria al efecto. Desde luego, unas relaciones de tal naturaleza suponen un indicio de las intenciones del beneficiario de la denegación de prórroga bastante más consistente que la publicación de unas proclamas.

13. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: PROYECTO DE MATRIMONIO: *No basta para la denegación de prórroga con alegar que el beneficiario tiene novia formal y ha comprado ya algunos muebles para establecer el nuevo hogar, ya que es precisa la realización de actos preparatorios como la publicación de proclamas.* (Sentencia de 8 de diciembre de 1963; no ha lugar.)

14. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD BASADA EN LA PROYECTADA CELEBRACIÓN DE MATRIMONIO: *No cabe rechazar la demanda de denegación de prórroga por necesidad basada en el proyecto de contrarrear matrimonio, si el demandado reconoció que le constaban las relaciones prematrimoniales del beneficiario de la denegación de prórroga.* (Sentencia de 21 de octubre de 1963; no ha lugar.)

15. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SELECCIÓN DE VIVIENDA: *No cabe incluir en la selección departamentos que no reunan condiciones de habitabilidad.*

PRESUNCIÓNES CONTRARIAS A LA NECESIDAD: *La presunción legal contraria a la existencia de necesidad no se da por el hecho de haber tenido el arrendador a su disposición una vivienda por espacio de más de seis*

meses, sino por haber desalojado, con seis meses de antelación a la denegación de prórroga, vivienda de características análogas, en inmueble propiedad del arrendador o del beneficiario, de la denegación de prórroga. (Sentencia de 27 de noviembre de 1963; no ha lugar.)

16. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SELECCIÓN: NÚMERO DE FAMILIARES: *Hay que incluir en el cómputo de familiares, a efecto de selección, al hijo del inquilino con derecho a subrogarse en el arriendo, que siguió viviendo con el arrendatario tras contraer matrimonio.* (Sentencia de 19 de noviembre de 1963; no ha lugar.)

17. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: OFRECIMIENTO DE INDEMNIZACIÓN: *No es preciso que en el requerimiento denegatorio de prórroga se ofrezca al inquilino la indemnización prevista por la Ley.* (Sentencia de 13 de diciembre de 1963; no ha lugar.)

18. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: TRANSACCIÓN: DERECHO DE RETORNO DEL ARRENDATARIO SI NO OCUPA LA VIVIENDA EL BENEFICIARIO DE LA DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: *En la transacción no cabe entender renunciados más derechos que los expresamente manifestados por los otorgantes de la misma. El arrendatario que desalojó la vivienda a virtud de transacción judicial, en proceso de denegación de prórroga por necesidad, conserva el derecho de retorno a la vivienda que le concede la L. A. U. en el supuesto de no ocupación de la misma, dentro del plazo legal por el beneficiario de la denegación de prórroga.* (Sentencia de 16 de diciembre de 1963; ha lugar.)

19. REVISIÓN DE RENTA PARA REDUCTRILA A LA CIFRA QUE SIRVE DE BASE A LA CONTRIBUCIÓN TERRITORIAL: DECLARACIÓN GLOBAL PARA EL INMUEBLE: *En los casos en que haya una declaración global de renta, correspondiente a la totalidad de un inmueble, sin discriminación de la parte correspondiente a cada vivienda, no cabe pedir que judicialmente se reduzca la renta de una de las viviendas a la parte proporcional de la renta total declarada; pero si ésta última es inferior a la renta contractual de la vivienda, es posible declarar reducida la renta que tiene que abonar el inquilino, a la cantidad total que sirve de base a la tributación del inmueble.* (Sentencia de 21 de octubre de 1963; ha lugar.)

20. ELEVACIÓN DE RENTA: NOTIFICACIÓN: *La notificación de incrementos no debe limitarse a referencias genéricas, sino que debe contener todas las circunstancias precisas para que el arrendatario pueda decidir si acepta o no el aumento.*

RESOLUCIÓN POR FALTA DE PAGO Y POR NEGATIVA A LA ACEPTACIÓN DE INCREMENTOS: *Hay que distinguir la acción de desahucio por falta de pago y la resolutoria por negativa del arrendatario a la aceptación de incrementos legítimos.*

DESAUCIO POR FALTA DE PAGO Y RECURSO DE SUPLICACIÓN: NULIDAD DE ACTUACIONES: *En el juicio de desahucio por falta de pago, no se da el recurso de suplicación, sin perjuicio de la facultad del Tribunal, al que llegaren las actuaciones, de anular éstas, si en ellas se hubiera cometido alguna infracción afectante al orden público.* (Sentencia de 6 de noviembre de 1963; no ha lugar.)

21. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO: LEGITIMACIÓN: COPROPIEDAD: NUDO PROPIETARIO: *No se halla legitimado para pedir la resolución del arrendamiento, el titular de un sexto de la nuda propiedad. La nuda propiedad no supone posesión real de la cosa arrendada.* (Sentencia de 14 de noviembre de 1963; no ha lugar.)

22. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO: LEGITIMACIÓN DE LOS COPROPIETARIOS: *El copropietario se halla legitimado para pedir la resolución del contrato de arriendo, aunque no conste el consentimiento de los demás comuneros.* (Sentencia de 15 de noviembre de 1963; no ha lugar.)

23. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: CESIÓN DE USO DE HABITACIÓN A CAMBIO DE SERVICIOS: *Existe subarriendo si se cede el uso de una habitación a cambio de la prestación de algún servicio, sin que medie salario propiamente dicho.*

RESOLUCIÓN POR DEFECTO DE NOTIFICACIÓN DEL SUBARRIENDO: *Procede la resolución del arriendo, si el inquilino notificó la existencia de un subarriendo fuera del plazo legal señalado al efecto.* (Sentencia de 13 de diciembre de 1963; no ha lugar.)

24. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO: USO DE LA VIVIENDA POR PERSONA DISTINTA DEL INQUILINO: *No procede la resolución, si la vivienda se halla ocupada por persona dependiente del arrendatario por relación de servicios, ya exista transferencia de posesión de la vivienda —como ocurre con el empleado—; ya no haya tal transferencia —como en el caso del doméstico—.* (Sentencia de 21 de octubre de 1963; no ha lugar.)

25. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR CESIÓN: CADUCIDAD: *El plazo de caducidad de la acción impugnatoria de la cesión ilegal, sólo es aplicable a la cesión realizada por el inquilino originario, no a la que haga un inquilino subrogado.*

COSA JUZGADA: CESIÓN: *La sentencia resolutoria dictada en pleito en que no fue demandado el cessionario, no produce efecto de cosa juzgada respecto a los derechos de éste.*

RECURSO DE SUPLICACIÓN: ÁMBITO: *El recurso de suplicación sólo se da contra la parte dispositiva de las resoluciones impugnadas.* (Sentencia de 2 de octubre de 1963; no ha lugar.)

**II. Derecho procesal.**

1. APETACIÓN: *Cabe la adhesión a la apelación realizada «in voce», en el acto de la vista de la apelación, por el apelado.* (Sentencia de 4 de noviembre de 1963; no ha lugar.)

2. RECURSO DE SUPLICACIÓN: FORMALISMO: *El recurso no debe redactarse insertando los preceptos infringidos en fundamentos de derecho como se hace en las demandas, sino citándolos en la propia motivación.* (Sentencia de 11 de noviembre de 1963; no ha lugar.)

3. RECURSO DE SUPLICACIÓN: ÁMBITO DE APLICACIÓN: *No procede el ejercicio del recurso de suplicación si se trata de juicio no sometido a las prescripciones de la L. A. U.* (Sentencia de 6 de noviembre de 1963; no ha lugar.)

4. RECURSO DE SUPLICACIÓN: ÁMBITO DEL RECURSO: *El recurso de suplicación ha de basarse en infracciones de la L. A. U. o de ley sustantiva o doctrina legal directamente relacionada con aquélla.* (Sentencia de 17 de diciembre de 1963; no ha lugar.)

### 3. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Valladolid.

A cargo de Julio BONED SOPEÑA  
Juez de 1.<sup>a</sup> Instancia e Instrucción

#### I. Derecho civil.

1. ABUSO DE DERECHO: NO CONCURRE: CASUÍSTICA: *El simple retraso en pedir la resolución del contrato, casi a los siete años de producido el fallecimiento del inquilino titular no constituye ni puede constituir por sí sólo la causa del manifiesto abuso de derecho, que menciona el artículo 9 de L.A.U., por cuanto que no implica mal uso de una facultad concedida al arrendador por la causa 11.<sup>a</sup> del artículo 114 para pedir aquella resolución, cuando para ello dispone de un plazo mucho más amplio.* (Sentencia de 30 de mayo de 1964; desestimatoria.)

2. RESOLUCIÓN POR SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA» INEFICAZ: FORMAS VÁLIDAS DE PRACTICARLA: *Para tener por válida y eficaz la pretendida subrogación «mortis causa» con los conyuentes efectos en favor del beneficiario, sólo cabe o el cumplimiento riguroso de la indicada notificación con las debidas solemnidades o la dispensa por parte de la propiedad de dicho formalismo, reconociendo voluntariamente la sucesión en el arrendamiento.* (Sentencia de 30 de mayo de 1964; desestimatoria.)

3. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: EJERCICIO DE LA ACCIÓN CUANDO LA VIVIENDA LITIGIOSA PERTENECE «PRO INDIVISO» A VARIAS PERSONAS: *Por ser el arrendamiento un acto de administración y no de disposición, la facultad de resolver judicialmente el contrato puede arrogrársela cualquiera de los comuneros en beneficio de la comunidad, sin que pueda inmiscuirse el arrendatario, como persona ajena a ella, en las relaciones internas de los comuneros y sobre las que sólo tienen su condición de tal, y como desahuciado el derecho de retorno a la finca si por el resto de los comuneros, una vez resuelto el contrato, no se aceptase que la vivienda fuese ocupada por el familiar para quien la pidió el que ejercitó la acción.* (Sentencia de 20 de enero de 1964; desestimatoria.)

4. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: DISPONIBILIDAD POR PARTE DEL BENEFICIARIO DE LA DENEGACIÓN DE PRÓRROGA DE VIVIENDA EN RAZÓN DE RELACIÓN LABORAL: *Para que pueda prosperar la oposición a la resolución del arrendamiento con base en la disponibilidad de vivienda, en razón de cargo, profesión u oficio, hay que acreditar no la posibilidad de la adquisición de tal vivienda, sino la adjudicación y la renuncia de la misma, lo que equivaldría a que por espacio de algún tiempo la tuvo a su disposición el beneficiario de la acción.* (Sentencia de 20 de enero de 1964; desestimatoria.)

5. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: PRESUNCIÓN DEL CASO 4.<sup>o</sup> NÚMERO 2 DEL ARTÍCULO 63 DE L. A. U.: ARRENDADOR REQUERIDO DE DESALOJO: *Aunque con referencia a dicha presunción no se exige que el arrendador, presunto desalojado de la vivienda que ocupa en arrendamiento, espere a que se le demande, ni que se defienda a ultranza, ni que agote todos los recursos legales, ni que haya de esperar a que se decrete su lanzamiento, es lo cierto que para poder ampararse en esa presunción legal de desalojar, por lo menos, que el requerimiento que se le hizo era tan fundado que legalmente no había términos hábiles para oponerse a él, porque sólo en este caso podrá decirse que el desalojo se debería a causas ajenas a su voluntad.* (Sentencia de 21 de febrero de 1964; desestimatoria.)

6. SELECCIÓN DE VIVIENDAS: REQUERIMIENTO CUANDO SÓLO EXISTE UNA DE LA CATEGORÍA ELEGIDA: *Al existir una sola vivienda exterior y mostrar el arrendador su preferencia sobre ella, no es necesario observar ninguna regla de prelación con las otras dos viviendas alquiladas de la planta baja, por tratarse de pisos interiores que por no reunir aquella condición quedan fuera de la contienda.* (Sentencia de 7 de marzo de 1964; estimatoria.)

7. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: ACTOR PROPIETARIO DE UNA SOLA VIVIENDA DONADA POR SU PADRE QUIEN MANTIENE CON ANTERIORIDAD A LA DONACIÓN OTRA VIVIENDA EN EL MISMO INMUEBLE APTA PARA SER OCUPADA POR AQUÉL: *Aunque la L. A. U. presume la necesidad cuando la persona para la que se reclama la vivienda contraiga matrimonio y deba residir en la localidad en que esté situada la finca (art. 63, p.<sup>o</sup> 2.<sup>o</sup>, caso 3.<sup>o</sup>) admite prueba en contrario que acredite que, no obstante la concurrencia de esas dos circunstancias, la ocupación que se pretende más que necesaria es simplemente conveniente o aún supérflua. Y como en el presente caso, está reconocida la existencia de una vivienda deshabitada en el mismo inmueble, propiedad del padre del actor, con la que éste podría satisfacer mejor que con la de autos, su deseo de hogar independiente, es visto que falla por su base el presupuesto de necesidad que la Ley establece, sin que a ello obste que después de su matrimonio recibiera en donación la vivienda ocupada por el demandado, porque es lo cierto que las circunstancias en que hoy se basa la necesidad existían ya antes de la liberalidad.* (Sentencia de 30 de mayo de 1964; desestimatoria.)

8. NECESIDAD: CONCURRE: CASUÍSTICA: *Se da la situación de necesidad en la actora que, hallándose acogida a régimen de internado o pensión en un Establecimiento de Beneficencia, pretende efectivizar su deseo de disponer de un hogar adecuado, aunque sea en población distinta.* (Sentencia de 13 de junio de 1964; desestimatoria.)

9. RESOLUCIÓN POR NO USO: FINALIDAD DEL PRECEPTO LEGAL: *Lo que la Ley pretende conseguir con esta causa de resolución del contrato, 3.<sup>o</sup> del artículo 63 de L. A. U., es que no se retenga abusivamente una vivienda, restándola al tráfico inmobiliario, sin justa y legítima causa, con perjuicio*

público y también para el arrendador y para el inmueble por estar cerrado.. (Sentencia de 14 de febrero de 1964: desestimatoria.)

10. JUSTA CAUSA DE DESOCUPACIÓN: CASUÍSTICA: *Contituye justa causa de desocupación de la vivienda arrendada la ausencia, por plazo superior al legal, de la inquilina que no dispone de familiares con quienes compartir el uso de aquélla, de la ciudad donde radica, por razón de estudios universitarios que no se imparten en ella.* (Sentencia de 23 de mayo de 1964; desestimatoria.)

## II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPLICACIÓN: FACULTADES DEL JUEZ «A QUO» PARA SU DESESTIMACIÓN: *El Juzgado de apelación, con jurisdicción plena para ello, puede desestimar el recurso de suplicación interpuesto fuera de plazo.* (Sentencia de 6 de marzo de 1964: desestimatoria.)

2. RECURSO DE SUPLICACIÓN: SUSPENSIÓN DEL TRÁMITE: *Al quedar planteado el recurso de suplicación en el Juzgado de Primera Instancia con la admisión del escrito contestando al mismo, carecía ya de jurisdicción el Juzgado para acordar otra actuación que no fuese la de consignación de rentas y remisión de los autos, por lo que hay que considerar antiprocesal la suspensión del procedimiento, acordado en tal estado, aunque ésta se solicitara por ambas partes ante un posible acuerdo en vía extrajudicial.* (Sentencia de 6 de marzo de 1964; desestimatoria.)

3. PAGO O CONSIGNACIÓN DE RENTAS PARA RECURRIR: DECLARACIÓN DE POBREZA: *La obligación impuesta en este sentido por los artículos 148 L. A. U. y 1.566 L. E. C., es tan rígurosa que de ella no está exenta ni aún el declarado pobre-Auto del T. S. de 26 de febrero de 1897.* (Sentencia de 22 de abril de 1964: declaratoria de la nulidad de lo actuado a partir de la admisión a trámite del recurso y de la firmeza de la sentencia del Juzgado Municipal.)

#### 4. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Granada

A cargo de *Julio BONED SOPEÑA*  
Juez de 1.<sup>a</sup> Instancia e Instrucción

##### I. Derecho civil.

1. **ABUSO DEL DERECHO: NO CONCURRE: CASUÍSTICA:** *Ninguna inmoralidad o antisocialidad es dable atribuir a la circunstancia de que el demandante habite en una vivienda de relativa amplitud y no quiera o no pueda dar acomodo en ella a una parte de la familia de su hijo, el beneficiario de la denegación de prórroga por necesidad, con la consiguiente división de dicha familia, y tampoco a la otra circunstancia de que, después de la notificación fehaciente denegatoria de prórroga, el arrendador tuviese a su disposición vivienda en la misma población, que entregó a otro de sus hijos al contraer éste, matrimonio.* (Sentencia de 7 de noviembre de 1963; desestimatoria.)

2. **RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO: LEGITIMACIÓN ACTIVA:** *Según reiterada doctrina jurisprudencial, en estos juicios no se requiere más legitimación activa que la propia del arrendador que le faculta para demandar en este concepto cuantos derechos por razón del mismo le asistan y no la propia de la acción reivindicatoria.* (Sentencia de 11 de noviembre de 1963; desestimatoria.)

3. **RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: FUNCIONARIO JUBILADO PROPIETARIO DE CASA ÚNICA:** *La jubilación de un funcionario le concede el no tener obligada residencia, y si tiene en propiedad una sola casa es lícito y útil que viva en ella, fijando su residencia en la localidad en que ésta radica, apreciándose de esta forma la necesidad legal exigida, pues aunque esta residencia y el habitar la casa no sea forzosa ni obligada, ni impuesta por causas ineludibles, no es menos cierto que se consigue un fin útil y lícito.* (Sentencia de 2 de octubre de 1963; desestimatoria.)

4. **RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: MATRIMONIO: MOMENTO EN QUE SURGE LA NECESIDAD: CIRCUNSTANCIAS DE INNECESARIA MENCIÓN EN EL REQUERIMIENTO:** *La necesidad surge del propósito serio de contraer matrimonio y no es necesario que se contraiga dentro del año del requerimiento, ni que en éste se indique el nombre de la persona con la que se proyecta contraerlo.* (Sentencia de 11 de octubre de 1963; desestimatoria.)

5. **RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: PRESUNCIÓN DEL PÁRRAGO TERCERO DEL ARTÍCULO SESTENTA Y TRES DE L.A.U.: REQUISITOS PARA SU APLICACIÓN:** *Para establecer esa presunción «*juris tantum*» hay que partir de dos hechos, cuya alegación y prueba incumbe al que pretende favorecerse con ella, y siendo tales hechos, de una parte, el apreciado por la sentencia recurrida, de*

haber tenido el arrendador, con menos de sei meses de antelación a la negativa de prórroga, desalojada una vivienda en edificio de su propiedad y, de otra, que dicha vivienda sea de características análogas a la que se trate de obtener, es obvio que al omitir la citada sentencia toda referencia a la concurrencia de este último elemento fáctico, no puede obtenerse la consecuencia de que en el caso debatido concorra la presunción citada. (Sentencia de 14 de octubre de 1963; estimatoria.)

6. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: EXPRESIÓN DE LA CAUSA EN EL REQUERIMIENTO DE NEGATORIO DE PRÓRROGA: *Hecho constar en el requerimiento que la causa de necesidad de la vivienda está determinada por «el delicado y deficiente estado de salud de la arrendadora, y por el aumento de sus necesidades, debido precisamente a sus diversas enfermedades»*, es visto que si bien dicha causa está expresada someramente, no por eso priva al requerimiento de su validez cuando, además, como ocurre aquí, en la demanda y documentos se hacen constar, con todo detalle, aquellas enfermedades. (Sentencia de 11 de noviembre de 1963.)

7. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: ENFERMEDADES DE LA ARRENDADORA BENEFICIARIA DE LA PRÓRROGA: *No puede estimarse como comodidad o conveniencia que una señora de setenta y cinco años, que padece una cardiopatía entero-esclerótica, diabetes con frenopatía y hemiparesia residual del lado izquierdo, cuyas enfermedades precisan la atención y vigilancia de otra persona, pretenda habitar en la planta baja de la única casa que posee y ser asistida por una sirvienta, pues la vivienda que ocupa está situada en el quinto piso, tiene que subir ochenta y dos escalones para llegar a ella y consta solamente de dos pequeñas habitaciones y servicios.* (Sentencia de 11 de noviembre de 1963.)

8. RESOLUCIÓN POR SOBARRIENDO O CESIÓN: CONVIVENCIA: CONCEPTO DE PARENTESCO A ESTOS EFECTOS: *Como tiene declarado esta Sala, la expresión que contiene el párrafo 3.º del artículo 18 de L. A. U. «personas extrañas al inquilino» comprende a todos los parientes más o menos lejanos del inquilino que no forman parte de su familia, en sentido estricto, entendida ésta como conjunto de personas que viven sometidas a su autoridad como jefe o cabeza de la misma.* (Sentencia de 21 de octubre de 1963; estimatoria.)

9. RESOLUCIÓN POR TRANSFORMACIÓN DE VIVIENDA EN LOCAL DE NEGOCIO: ACADEMIA DE ENSEÑANZA LLEVADA POR FAMILIARES QUE CONVIVEN CON EL ARRENDATARIO: *Si en la Academia de enseñanza que funciona en la vivienda litigiosa se ejerce ese magisterio exclusivamente por los familiares del demandado que con él conviven, ocupando para vivir la mayoría de las dependencias de que aquélla se compone, esa doble circunstancia de actividad exclusivamente familiar y su desarrollo dentro del piso que constituye el domicilio del demandado, no puede menos de estimarse como evidenciadora de que el supuesto encaja en el párrafo 1.º del artículo 4.º de L. A. U.* (Sentencia de 28 de noviembre de 1963; desestimatoria.)

10. RESOLUCIÓN POR NO USO: REQUISITOS DE LA OCUPACIÓN: *El motivo de denegación de prórroga previsto en el número 3.º del artículo 62, L. A. U. se integra en el sólo hecho material de la desocupación de la vivienda y tal desocupación equivale al no uso de la misma por el inquilino, según la exégesis auténtica que de dicha norma legal se contiene en el Preámbulo de la Ley de Bases, por lo cual la simple presencia de muebles en la vivienda, sino va acompañado también de la presencia física del inquilino o de sus familiares conviventes, no puede reputarse ocupación a efectos de oposición a la denegación de prórroga.* (Sentencia de 23 de septiembre de 1963; desestimatoria.)

11. RESOLUCIÓN POR RUINA: FACULTADES DE LOS TRIBUNALES EN RELACION CON LA DECLARACIÓN MUNICIPAL: *Los Tribunales están facultados para verificar el examen interpretativo de los términos en que está redactada la declaración de ruina del inmueble, al objeto de fijar su verdadero alcance y extensión.* (Sentencia de 11 de octubre de 1963; desestimatoria.)

## II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPLICACIÓN: SU NATURALEZA: IMPOSIBILIDAD DE NUEVA VALORACIÓN DE LA PRUEBA SI NO SE HIZO APLICACIÓN EN LA SENTENCIA RECUERDADA DE LA DOCTRINA DEL ABUSO DE DERECHO: *El recurso de suplicación ha de formularse señalando las infracciones que se estimen cometidas en la sentencia, que son las bases del recurso, pues no es una revisión total del proceso, ni una tercera instancia, ni la parte puede combatir las conclusiones del Juzgador sobre la prueba practicada para obtener resultados favorables a sus particulares intereses y en oposición a la resultancia de la declaración de aquél, pues la apreciación de la prueba es atributo de los Tribunales y no de las partes, a quienes solamente incumbe señalar las infracciones de Ley, de doctrina legal o la errónea aplicación del abuso de derecho y en este caso la equivocada apreciación de la prueba.* (Sentencia de 26 de septiembre de 1963; desestimatoria.)

2. RECURSO DE SUPLICACIÓN: LEGITIMACIÓN ACTIVA: FACULTAD DE TODO COMUNERO PARA ARRENDAR LA COSA COMÚN: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 398 DEL CÓDIGO CIVIL: *El artículo 398 del Código civil no debe interpretarse en sentido de que para que todo acto de administración o disfrute tenga eficacia, se haya realizado por la mayoría de los participes en la comunidad, sino que tales actos los puede realizar cualquiera de ellos y caso de disconformidad entre los titulares y diversidad de criterio, la minoría habrá de aceptar los acuerdos de la mayoría de éstos le son obligatorios; pero si un participante realiza actos de administración sin oposición de los demás, éstos son válidos sin perjuicio de las acciones de los conduceños entre sí, que por lo demás, deberán ejercitarse conforme a las normas procesales comunes, por no tener tal impugnación cabida dentro de la legislación especial arrendaticia.* (Sentencia de 21 de octubre de 1963: estimatoria.)

3. RECURSO DE SUPLICACIÓN: RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: INCONGRUENCIA: ARRENDADORA DEMANDANTE EN UNIÓN DE OTRO: *No se debe estimar concurra el vicio de incongruencia, si el contrato de arrendamiento que se declara resuelto por la sentencia suplicada, es exactamente el mismo, cuya resolución se pide en el suplico de la demanda, sin que obste a esa identidad el hecho declarado en aquélla de que el titular arrendador no sea el actor, sino su hija, la otra demandante, en unión de la hermana del primero, copropietarias ambas de la vivienda litigiosa y de la que es inquilina la demandada.* (Sentencia de 18 de octubre de 1963: desestimatoria.)

4. RECURSO DE SUPLICACIÓN: INCONGRUENCIA: NO LA HAY AUNQUE LA SENTENCIA NO SE ACOMODE LITERALMENTE A LO PEDIDO: *La congruencia obliga, según reiterada doctrina jurisprudencial, al fallo, a guardar el debido acatamiento a la sustancia de la solicitud y a los hechos que sirven de apoyo a la petición, sin que hayan de amoldarse rígida y literalmente a lo pedido; y en este sentido en el supuesto de autos, a la expresión contenida en el suplico de la demanda de que, tras interesar se declare resuelto el contrato, se ponga la vivienda desalojada dentro del plazo legal «a la más amplia, completa y absoluta disposición del demandante, libre de personas y enseres», no puede concedérsele el alcance que pretende el suplicante, por cuanto dicha pretensión está claramente condicionada por los términos de la demanda, ya que el contrato se declara resuelto por estimación de la causa de necesidad que posibilita la resolución.* (Sentencia de 7 de noviembre de 1963: desestimatoria.)

5. FALTA DE CONSIGNACIÓN DE RENTAS PARA RECURRIR: CONSECUENCIAS: FACULTADES DE LA SALA: *Como repetidamente ha declarado el Tribunal Supremo, el incumplimiento de tal requisito determina la inadmisión del recurso o la nulidad del admitido indebidamente, siendo tal medida a adoptar de oficio y en cualquier instante en que se note su falta, porque afectando a acto nulo por vicioencial que invalida la tramitación, trae como consecuencia la nulidad de todas cuantas actuaciones se hayan practicado con posterioridad, debiendo tenerse por firme la sentencia y procederse a su ejecución, y ello aunque el apelado haya consentido la admisión del recurso y esta determinación corresponde también a las facultades de la Sala al conocer la infracción a virtud del recurso de suplicación ante ella interpuesto.* (Sentencia de 24 de septiembre de 1963: declaratoria de la nulidad de la providencia por la que se admitió el recurso de apelación, así como de todo lo actuado después y, por consecuencia, de la firmeza de la sentencia del Juzgado Comarcal.)

## 5. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de La Coruña

A cargo de Julio BONED SOPENA  
Juez de 1.<sup>a</sup> Instancia e Instrucción

### I. Derecho civil.

1. ARRENDAMIENTO CONJUNTO DE VIVIENDA Y ALMACÉN QUE FACILITA EL NÉGOCIO DEL ARRENDATARIO ESTABLECIDO EN OTRO LOCAL: SU CALIFICACIÓN: *A dicho arrendamiento hay que calificarlo de arrendamiento de vivienda por ser éste el elemento preponderante, ya que el negocio que desarrolla el arrendatario está instalado en local distinto del litigioso y las obras realizadas y espacio ocupado por la vivienda revelan su importancia, sin que desvirtúe tal calificación el que la parte del inmueble dedicado a almacén sea la frontera a la calle, ni que la entrada a la vivienda se practique por el almacén o que el local en su totalidad fuese dedicado anteriormente a salón de baile.* (Sentencia de 17 de febrero de 1964; desestimatoria.)

2. ABUSO DE DERECHO: REQUISITOS PROCESALES NECESARIOS PARA SU ACCIEMIENTO: *Siendo la teoría del abuso de derecho una institución de equidad, no cabe duda que la postura procesal de la demandada, que en momento adecuado del proceso la alegó en pro de sus intereses, como la sentencia de instancia que la acogió, repitiendo al amparo de lo preceptuado en el artículo 9 de L. A. U., la improsperable petición de la demandante, constituyen en adecuada correlación, los dos factores formales que conjugan su estimación, teniendo en cuenta el carácter rogado de la jurisdicción civil* (Sentencia de 31 de enero de 1964; desestimatoria.)

RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO Y ACTIVIDADES INMORALES: REUNIONES EN EL PISO ARRENDADO DE LOS DENOMINADOS «TESTIGOS DE JEHOVÁ»: *La permanencia en el piso discutido de varias personas dedicadas a la lectura de libros correspondientes a la práctica normal de los que profesan la religión denominada «Testigos de Jehová» no supone, por si sola, una situación de subarriendo o cesión, puesto que ambas manifestaciones jurídicas requieren para su existencia que el titular arrendatario se produzca con desplazamiento posesorio que no puede originarse por mera, esporádicas reuniones entre personas ideológicamente afines. Tampoco pueden estimarse como actividades inmorales, pues de acuerdo con el artículo 6.<sup>o</sup> del Fuero de los Españoles y el Protocolo Final, 2.<sup>o</sup> párrafo, del vigente Concordato con la Santa Sede, se hallan autorizadas en España las prácticas privadas de actividades religiosas distintas de la Religión Católica.* (Sentencia de 17 de enero de 1964; desestimatoria.)

4. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: PRUEBA DE ÉSTE: *La constatación policial de la permanencia de un tercero en el piso arrendado no es suficiente para acreditar que responda a un efectivo desplazamiento posesorio*

subarrendatario, toda vez que puede responder a causas distintas y, entre ellas, a la situación de hospedaje autorizada por el artículo 21 L. A. U. (Sentencia de 17 de enero de 1964; desestimatoria.)

5. SUBARRIENDO: AMBITO DE LA AUTORIZACIÓN DEL ARRENDADOR: *Si la autorización se dio para subarrendar a una persona determinada, ello no supone que exista beneplácito para que pueda hacerse a terceros, ampliándose así el ámbito de la relación arrendaticia.* (Sentencia de 17 de febrero de 1964; desestimatoria)

6. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: INQUILINO QUE SUBARRIENDA A AGENTE COMERCIAL: COMPETENCIA: *No altera la competencia del Juzgado Municipal o Comarcal el hecho de que uno de los subarrendatarios ejerza la profesión de Agente Comercial, cuando se pactó entre arrendador y arrendatario que éste no podría modificar el destino del local que era el de vivienda.* (Sentencia de 17 de febrero de 1964; desestimatoria.)

7. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: INEXISTENCIA DE PRECIO: *No procede la resolución del contrato por causa de subarriendo si la sentencia recurrida fija como hecho probado la ausencia de precio por la permanencia de un tercero en la bohardilla adscrita al piso objeto de aquél, con la condescendencia del arrendatario, así como que tal circunstancia ha sido debida a simples motivos morales, altruistas o de caridad.* (Sentencia de 17 de abril de 1964; desestimatoria.)

8. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: PARENTESCO PRÓXIMO DE LOS OCUPANTES CON LA ARRENDATARIA: REQUISITOS: *Si bien es cierto que la idea de parentesco próximo aparece en contradicción en algunos supuestos, con el concepto de subarriendo, también lo es que tal parentesco necesita que los familiares que convivan con el arrendatario se encuentren vinculados a éste con algún lazo de tipo económico, afectivo o de cualquier otra especie.* (Sentencia de 15 de abril de 1964; desestimatoria.)

9. RESOLUCIÓN POR CESIÓN: CADUCIDAD: SU CÓMPUTO: *Afirmando la sentencia, con menos de dos años de antelación a la fecha de la demanda, con menos de dos años de antelación a la fecha de la demanda —21 de abril de 1961— y la ocupación del piso por sólo la demanda a partir del 29 de agosto siguiente, visto es que no puede jugarse en esta singular relación la caducidad que establece el artículo 25.1 de L. A. U., lo que adviene a la declaración de que la sentencia impugnada anula certamente la causa resolutoria segunda del artículo 114, máxime cuando contempla como raíz del cómputo temporal de aquella, el único acto ostensible de la recurrente que pudiera envolver la inequívoca proclamación de la cesión alegada, por cierto, fuera del ámbito del artículo 24.* (Sentencia de 30 de abril de 1964.)

10. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 54 DE L. A. U.: *La reserva restrictiva ha de medir en todo caso, la interpretación del artículo 54 L. A. U., en su sig-*

*nificación limitativa de las facultades de disposición del derecho de propiedad.* (Sentencia de 15 de abril de 1964; estimatoria.)

11. **SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA DE HIJA ADOPTIVA: ABUSO DE DERECHO:** *Existe abuso de derecho en la situación creada por el arrendatario, que un año antes de su muerte a la edad de ochenta y cuatro años, adoptó a una menor con el consentimiento de su padre y a la que instituyó heredera, pretendiéndose la subrogación en el arrendamiento, con la consecuencia de que los verdaderos subrogados serían los padres de la adoptada, completamente ajenos a la relación arrendaticia.* (Sentencia de 31 de diciembre de 1963; estimatoria.)

12. **RESOLUCIÓN POR SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA INEFICAZ: FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA DEMANDA:** *Si el inquilino se ausentó a América seguido de su esposa en el año 1956, quedando a partir de entonces habitando la vivienda un hijo, que ya venía conviviendo con ellos y su esposa, y ésta continuó en el disfrute una vez fallecido su marido, sin verificar la preceptiva notificación, pasándose por el arrendador los recibos a nombre del primitivo inquilino, quien nunca hizo cesión de los derechos arrendatarios y cuyo fallecimiento tampoco ha sido acreditado, la demandada carece de legitimación para ser competida contenciosamente a la resolución del arriendo litigioso, por la motivación legal que la demanda propugna.* (Sentencia de 5 de marzo de 1964; desestimatoria.)

13. **RESOLUCIÓN POR SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA INEFICAZ: LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO:** *No hay por qué demandar al pariente de la arrendataria que al no reunir las circunstancias del supuesto de hecho previsto en el artículo 58 de L.A.U., carecería de interés legítimo tutelable.* (Sentencia de 16 de marzo de 1964; desestimatoria.)

14. **NECESIDAD: NO CONCURRE; CASUÍSTICA:** *No se da la situación de necesidad, sino de mera convivencia, en el arrendador que, residiendo por razón de destino oficial, en un municipio distinto del de la capital de la provincia, pretende el traslado, con carácter accidental, a ésta, de su esposa y los dos hijos del matrimonio, para que éstos continúen los estudios de Bachillerato.* (Sentencia de 16 de enero de 1964; desestimatoria.)

15. **NECESIDAD: CUÁNDO SURGE EN EL SUPUESTO DE DESALOJO JUDICIAL DEL ARRENDADOR:** *No puede sostenerse que la necesidad haya sido creada por el actor, por el hecho de no haber apelado de la sentencia que le condenó al desalojo de la vivienda que ocupaba en arrendamiento, ya que es suficiente a tales efectos, la existencia de una sentencia firme que declara resuelto el contrato de arrendamiento de dicha vivienda.* (Sentencia de 16 de marzo de 1964; desestimatoria.)

16. **RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: PUEDE PRETENDERSE LA DENEGACIÓN DE PRÓRROGA DE DOS INQUILINOS A LA VEZ CUANDO LO REQUIERA LA SATISFACCIÓN DE LA NECESIDAD DEL ARRENDADOR:** *El Tribunal Supremo en sentencia de 30 de*

enero de 1962, sienta la doctrina de que cuando el actor demuestre que para satisfacer los fines de su vida familiar, en sus diferentes y permitidas actividades dentro del hogar, necesita el espacio comprendido dentro de las viviendas que reclama, la demanda debe prosperar. (Sentencia de 16 de marzo de 1964; desestimatoria.)

17. ORDEN SELECTIVO EN LA DONACIÓN DE PISOS DE UN INMUEBLE: CARACTERÍSTICAS ANÁLOGAS ENTRE ELLOS: ALTURA: Si el piso transmitido por venta o donación es disímil en grado apreciable de los demás que conforman el inmueble, por disparidad entre cualesquiera de los elementos estructurales, que el artículo 54 L.A.U. prevé, el adquirente que intente recuperarlo para sí, queda exonerado de supeditar su iniciativa al orden prelativo del artículo 64, lo que implica que tratándose de la confrontación de un piso 3.<sup>o</sup> adquirido por el actor con un piso 4.<sup>o</sup> al que la inquilina de aquél y la sentencia recurrida refieren la semejanza, tal diferencia ostensible de altura, no puede menos de comportar una acusada diversidad entre ambos pisos. (Sentencia de 15 de abril de 1964; estimatoria.)

18. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: NO PUEDE DECIDIRSE EN ESTE PROCESO ACERCA DE LA VALIDEZ DE LA DONACIÓN POR LA QUE SE TRANSMITIÓ EL PISO A LA ARRENDADORA: No cabe afrontar contenciosamente en proceso de resolución por necesidad la decisión sobre la validez intrínseca del negocio escriturado de donación, que ni fué objeto de específico planteamiento litigioso, ni podría serlo por el defecto litisconsorcial que comporta la ausencia del proceso de las personas donantes, cuya audiencia como partes sería en todo caso inexcusable (Sentencia de 30 de mayo de 1964; estimatoria.)

19. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO: NO SE PUEDE INTEGRAR EN DOS MOMENTOS DISTINTOS: Claramente se advierte que en ninguno de los párrafos que constituyen el contenido del artículo 65 de L.A.U., se intenta integrar el requerimiento en dos momentos distintos: la manifestación negativa del arrendador y la contestación del arrendatario; ya que ambos son independientes y sólo al primero se le da la denominación y eficacia de intimación o requerimiento y así se deduce de los artículos 1.<sup>o</sup> y 3.<sup>o</sup> en los que la raíz del cómputo temporal de los plazos que se prescriben se fija en el momento en que se expresó la voluntad de imprórroga del arrendador (Sentencia de 30 de mayo de 1964; desestimatoria.)

20. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: SELECCIÓN DE VIVIENDAS: EXCLUSIÓN DE AQUÉLLAS A CUYO INQUILINO SE LE HABÍA DENEGADO LA PRÓRROGA POR REQUERIMIENTO DE FECHA ANTERIOR: De conformidad con la doctrina sentada en las Sentencias del Tribunal Supremo de 13-12-49 y 15-2-59, resulta ostensible que el actor, cuando designó como inquilino afectado al demandado, el 11-6-62, no le cabía abscribir electivamente a la necesidad de morada de su hijo D. L., más que el piso 2.<sup>o</sup> ocupado por el recurrido, al hallarse ya asignada la planta baja a otra motivación de necesidad protegida jurídicamente, a virtud de requerimiento por acto de conciliación de fecha anterior. (Sentencia de 15 de junio de 1964; estimatoria.)

21. SELECCIÓN DE VIVIENDAS: FUNCIONARIO PÚBLICO DESTINADO FUERA DEL LUGAR DE RESIDENCIA DE SU FAMILIA: *Resulta intrascendental el hecho de que el arrendatario se encuentre actualmente destinado fuera de la ciudad donde radica la finca litigiosa, pues lo único que cabe considerar en cuanto al orden selectivo impuesto por el artículo 64 L. A. U., es que el contrato de arrendamiento del piso cuya preferencia para ser objeto de resolución se postula, está vigente y como consecuencia lo ocupan seis personas —la esposa y cinco hijos de aquél—, no produciendo más efecto el destino del esposo y padre fuera de O., que el no poder gozar de la postergación selectiva en cuanto a ese piso, aicionada en favor de los funcionarios públicos con deber de residencia.* (Sentencia de 17 de marzo de 1964; desestimatoria.)

22. SELECCIÓN DE VIVIENDAS: CONVIVENCIA DE ABUELA Y NIETOS MENORES: *A los efectos de selección de viviendas, constituye hogar familiar el ocupado por la abuela y nietos menores que con ella conviven, separados de sus padres, pues como reiteradamente tiene declarado esta Sala, si bien el artículo 155 del Código civil, impone a éstos la obligación de tener en su compañía a sus hijos menores no emancipados, esta obligación se cumple si, por razones económicas u otras atendibles, los entregan a sus abuelos o personas que adecuadamente velen por su guarda y educación.* (Sentencia de 17 de abril de 1964; desestimatoria.)

23. RESOLUCIÓN POR USO: QUÉ SE ENTIENDE POR ÉSTE: *El no uso significa la no habitación por nadie de la vivienda locada.* (Sentencia de 30 de abril de 1964; desestimatoria.)

24. RESOLUCIÓN POR OBRAS INCONSENTIDAS: LA ALTERACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN HA DE SER ESENCIAL: *Sólo procede la resolución del arrendamiento cuando las obras produzcan una efectiva alteración en la esencia de la cosa y no cuando se trate, como en el caso de autos, de alteraciones accidentales que tienen únicamente como objeto una actividad de adorno complementario, consistente en la construcción de arcos de ladrillos revestidos de cal, sin introducir ni empotrar en suelo y paredes, que sirven de embocadura ornamentalmente al pasillo, pero continuando éste como tal.* (Sentencia de 17 de enero de 1964; desestimatoria.)

25. OBRAS QUE NO ALTERAN LA CONFIGURACIÓN: CASUÍSTICA: *El arreglo y reposición del muro y cobertizo que existían al comenzar el arriendo, utilizando ladrillo en lugar de los elementos que anteriormente lo formaban, constituidos por tablas de madera, no puede dar lugar a la resolución del contrato.* (Sentencia de 31 de enero de 1964; desestimatoria.)

26. MUYACIÓN DE RENTA: REQUISITOS: *Para que el propietario pueda aumentar la renta no es suficiente que notifique por escrito el aumento que pretenda y las causas del mismo, sino que es necesario que el arrendatario acepte expresa o tácitamente la elevación propuesta.* (Sentencia de 15 de febrero de 1964; desestimatoria.)

27. VIVIENDAS BONIFICABLES: FIJACIÓN DE LA RENTA: COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA: *Corresponde a la jurisdicción ordinaria el cono-*

cimiento de las cuestiones que se planteen entre arrendador y arrendatario en relación con viviendas bonificables y, entre ellas, las referentes a la fijación de renta adecuada, sin perjuicio de tener en cuenta las disposiciones legales reguladoras de la materia, cuando el supuesto tenga expresa normativa en ellas y sean de práctica efectividad. (Sentencia de 17 de febrero de 1964; desestimatoria.)

## II. Derecho procesal.

1. RECURSO DE SUPLICACIÓN: ÁMBITO DE LA INFRACCIÓN DE LA LEY Y DE DOCTRINA LEGAL: *La infracción de la Ley y de doctrina legal, cuando de fundamentar el recurso de suplicación se trata, es la infracción de la propia Ley arrendaticia y de la doctrina legal producida en torno a la misma, tanto porque mentado recurso se da únicamente contra las sentencias que dicten los Jueces de Primera Instancia en los supuestos del artículo 130 y en materia comprendida en el 132, o sea, en litigios que se promueven ejercitando acción que se base en derechos reconocidos en la L. A.U., como porque la «ratio legis» del precepto no es otra que procurar la unificación de la jurisprudencia que se vaya produciendo en la aplicación de esta especial legislación.* (Sentencia de 16 de marzo de 1964; desestimatoria.)

2. RECURSO DE SUPLICACIÓN: SU NATURALEZA: *Se trata de un remedio procesal de contenido sucinto, en estrechos cauces, cuyos límites no pueden traspasarse, haciendo nuevas alegaciones impropias de este trámite, y que tiende a la finalidad de unificar los criterios en relación con la aplicación de las normas contenidas en la vigente L.A.U.* (Sentencia de 17 de abril de 1964; desestimatoria.)

3. RECURSO DE SUPLICACIÓN: INADMISIBILIDAD: DEBERES DEL JUEZ DE APPELACIÓN. *No cabe recurso de suplicación contra la sentencia que dictó en segunda instancia en proceso en que se pretendía la condena del demandado «a comparecer por sí o por quien le represente ante la Cámara de la Propiedad Urbana... a fin de dar constancia de dicho arrendamiento y proceder a la consignación de la fianza...» y tal inadmisibilidad debió acordarse por el Juez de apelación al interponerse la suplicación.* (Sentencia de 16 de marzo de 1964; declaratoria de la inadmisibilidad del recurso.)

4. RECURSO DE SUPLICACIÓN: RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: PRECEPTOS NO APLICADOS EN LA INSTANCIA POR NO HABERSE ALLEGADO EL PRESUPUESTO DE HECHO QUE CONTEMPLAN: *Para que fueran aplicables los artículos 4 y 21 de L.A.U., sería necesario que el demandado hubiese alegado, de un modo expreso, que ejercía en la vivienda arrendada la industria doméstica de hospedaje, alegación que no hizo y de ahí que no fueran de aplicación al caso debatido, por lo que no puede estimarse que se cometiera la infracción por su inaplicación.* (Sentencia de 15 de abril de 1964; desestimatoria.)

5. RECURSO DE SUPLICACIÓN: ENJUICIAMIENTO DE LA PRUEBA: *Los artículos 565 y 566 de L.E.C. se refieren a la prueba y el enjuiciamiento, de ésta no puede llevarse a efecto en un recurso de esta clase, por disposición expresa del artículo 132 de L.A.U., salvo que la sentencia aplique erróneamente el abuso de derecho.* (Sentencia de 15 de abril de 1964; desestimatoria.)

6. RECURSO DE SUPLICACIÓN: CUESTIONES NUEVAS: *No pueden introducirse en suplicación cuestiones que no hayan sido formuladas oportunamente en la instancia.* (Sentencia de 15 de mayo de 1964; desestimatoria.)

7. RECURSO DE SUPLICACIÓN: NATURALEZA DE LAS INFRACCIONES DENUNCIADAS: *La suplicación, conforme al precepto que la regula, ha de moverse exclusivamente en la esfera acotada de las infracciones específicas de L.A.U. o de la doctrina legal a ella atinente, cuya inobservancia o transgresión en nada aparece determinada o concernida aquí por los preceptos civiles sustantivos citados como infringidos.* (Sentencia de 30 de mayo de 1964; estimatoria.)

## 6. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Burgos.

A cargo de Roberto HERNANDEZ HERNANDEZ  
Magistrado

### I. Derecho civil.

1. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: PRESUNCIÓN POR RAZÓN DE MATRIMONIO: PRUEBA EN CONTRARIO: CASUÍSTICA: *Solicitada la vivienda para que la ocupe un hijo de la demandante que había contraído matrimonio y residía en la localidad donde está situada la finca, queda destruida la presunción «iuris tantum» a que se refiere el párrafo 3.º del artículo 63 de la L. A. U., al acreditarse que el descendiente para quien se pretende el piso habita con su esposa e hijo de manera exclusiva e independiente en la de su madre, la que convive con otra hija soltera en piso distinto.* (Sentencia de 20 de marzo de 1964: desestimatoria.)

2. RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: CESIÓN: CADUCIDAD DE LA ACCIÓN: CASUÍSTICA: *Probado en la sentencia impugnada que desde el inicio de la relación arrendaticia, el objeto locado ha venido siendo ocupado circunstancialmente por el arrendatario y habitualmente por su sobrina, situación que ha continuado invariable desde el matrimonio de la última, aunque dicho supuesto fáctico evidencie una cesión, forzosamente ésta habría de referirse a la fecha del contrato, puesto que la situación de disfrute ha sido desde entonces notoria y conocida del arrendador, el que ha de considerarse dado en sus pretendidos derechos resolutorios, al operar de modo radical y automático, sin necesidad de que se alegue por vía de excepción, la caducidad que establece el artículo 25 de la vigente L. A. U.* (Sentencia de 21 de marzo de 1964: desestimatoria.)

3. RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE VIVIENDA: SUBARRIENDO PARCIAL: FALTA DE NOTIFICACIÓN FELACIENTE: CASUÍSTICA: *No acreditada la notificación fehaciente que el artículo 18 de la L. A. U. impone para obligar al arrendador al respecto de la situación de subarriendo parcial que contempla análoga a la situación de convivencia que regulaba el antiguo artículo 27 de la Ley de 1946, incide en causa resolutoria el arrendatario que permite la permanencia en el piso locado a tercera persona, con la que no le une relación laboral o de servicio, ni familiar alguna.* (Sentencia de 8 de abril de 1964: desestimatoria.)

4. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: OBRAS QUE MODIFICAN LA CONFIGURACIÓN, INTRASCENDENCIA DE LA CIRCUNSTANCIA HAYAN SIDO REALIZADAS EN PARTE PRINCIPAL O ACCESORIA DEL OBJETO LOCADO: *El legislador ha precindido de toda consideración que no sea la pura objetividad de la realización de las obras que modifiquen la configuración del objeto arrendado, sin distinguir entre parte principal o accesoria del local, para que las mismas sean causa resolutoria del contrato.* (Sentencia de 15 de abril de 1964: desestimatoria.)

5. SUBROGACIÓN «MORTIS CAUSA»: REQUISITOS LEGALES: ALCANCE E INTERPRETACIÓN DE CLÁUSULA CONTRATUAL: CASUÍSTICA: *Acreditado que en 18 de abril de 1952, la entonces arrendadora de la vivienda en litis, causante de las actoras, y el arrendatario, hoy fallecido, esposo de la pretendida subrogada, novaron parcialmente el contrato locaticio a la sazón en vigor, conviniendo entre otras las siguientes estipulaciones «no se conceptuara motivo de infracción contractual si hecho de que en el propio piso habite D. V. H. y su familia, aun cuando no convivan de hecho con D. E. A. arrendatario», pues queda convenido y autorizado este uso de vivienda en favor de dicho señor H. sin plazo especial a tal respecto», y posteriormente a dicha novación, el arrendatario y su mujer, abandonaron de hecho el piso locado para ocupar otro en la misma población, donde fijaron su domicilio, el que conservaron hasta el 14 de julio de 1962, en que falleció el primero, a la vez que el señor H. y su familia siguieron ocupando y ocupan en la actualidad la vivienda arrendada, no puede deducirse, cual pretende la parte recurrente, que dicha cláusula implique facultad subrogatoria aun sin darse el supuesto fáctico de la convivencia a que se refiere el artículo 58 de la L.A.U., ya que el sentido literal de lo convenido no es otro que facultar al señor H. y su familia para ocupar, con o sin la convivencia del arrendatario y señora, la vivienda locada, con exclusión expresa de los efectos resolutorios que dicho subarriendo o cesión traeían consigo de no existir el convenio, así como facultar a los arrendatarios para no perder su carácter «de iure», aunque abandonaran temporal o permanentemente el objeto locado, sin que dicha facultación signifique un derecho de subrogación contractual más allá de lo establecido en la Ley, el que hubiera tenido que establecerse expresamente, ya que una interpretación cual se propugna conculcaría lo prescrito en el artículo 1.283 del Código civil. (Sentencia de 20 de abril de 1964; desestimatoria.)*

6. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: CONVIVENCIA QUE NO CONSTITUYE SUBARRIENDO: CASUÍSTICA: *Del hecho de que la arrendataria de la vivienda o piso discutido, sito en B., pase temporadas en la localidad de I., al frente de un negocio, mientras que sus tres hijos, que con la misma siempre han convivido en la expresa vivienda, no han dejado de utilizarla como hogar familiar en las ausencias de su madre, no puede inferirse la existencia de un subarriendo, sino que ello implica el uso por los hijos de la vivienda, como derivación de las facultades que corresponden a su madre para usar el objeto locado, cuya finalidad primordial es dedicarlo esencialmente a la instalación del hogar familiar de la inquilina, como sede y reunión de ésta y su familia con el fin de morar y relacionarse todos en una misma vivienda, de lo que se deduce que la ocupación de la última por los hijos de la inquilina no lo es a título de subarriendo, el que exige ocupación del objeto locado en nombre propio, circunstancia que no se da en el caso discutido. (Sentencia de 23 de abril de 1964; desestimatoria.)*

7. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NO USO: INEXISTENCIA: CASUÍSTICA: *Del hecho de que la arrendataria pase algunas temporadas fuera del*

piso litigioso al marchar con un hijo casado que reside fuera de B., no puede inferirse el no uso de la vivienda, cuando en la misma siempre ha permanecido una hija, casada, de la inquilina que con ella habitualmente convive. (Sentencia de 23 de abril de 1964; estimatoria por otros motivos.)

8. HOSPEDAJE: DIFERENCIAS CON EL SUBARRIENDO: CONTENIDO: *El hospedaje, tanto en su forma de simple albergue o alojamiento, como en el llamado contrato de pensión, constituye un complejo jurídico en que, junto al uso parcial de las dependencias de la vivienda hay prestaciones de otra índole, lo que le diferencia del subarriendo.* (Sentencia de 29 de abril de 1964; desestimatoria.)

9. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: OBRAS MODIFICADORAS DE LA CONFIGURACIÓN: PRUEBA: CASUÍSTICA: *El supuesto de hecho figurado en acta notarial de la construcción de albanilería con forma y destino de pila lavadero adosada a la fachada Este, no proporciona elementos de juicio bastantes para decidir si se ha modificado la configuración del inmueble, al ignorarse las características del lavadero, sus dimensiones, el alcance real del término «adosadas» y la significación de la obra en la conformación de la modesta vivienda rural en litigio.* (Sentencia de 8 de mayo de 1964; desestimatoria.)

10. ARRIENDAMIENTO CONJUNTO DE VIVIENDA Y LOCAL DE NEGOCIO: CALIFICACIÓN DEL CONTRATO POR EL ELEMENTO OBJETIVO PREDOMINANTE: *La existencia de contrato único, con renta mensual conjunta para la planta baja y la vivienda del piso primero, sin diferenciar la parte que corresponde a una y otra, estando la primera destinada a local de negocio, impone la calificación del contrato locativo como de local de negocio, teniendo en cuenta que éste es el elemento objetivo predominante o preponderante, al estimarse que, mientras la vivienda sólo atiende a la satisfacción de una necesidad que pudiera calificarse como pasiva, aunque invencible, cual es la de alojamiento y atención de los fines familiares, la ocupación de un local para establecer un negocio, atiende a una necesidad activa, cual la obtención de medios económicos con objeto de sufragar aquellas necesidades familiares que cubre la vivienda y las demás que presupone la existencia de la familia, atribuyendo con ello una superior importancia a la finalidad perseguida por las partes al concertar el arrendamiento, la que supone el local, que la ocupación de la vivienda, la que por su inmediación al mismo supone una facilidad y con ello una accesibilidad para la explotación del negocio.* (Sentencia de 12 de mayo de 1964; estimatoria.)

11. OBRAS NECESARIAS DE CONSERVACIÓN DE LA COSA LOCADA: ATRIBUCIÓN COMO NORMA GENERAL AL ARRENDADOR: POSIBILIDAD DE REALIZARLAS EXCEPCIONALMENTE EL ARRENDATARIO: INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 107 Y 110 DE LA L. A. U.: *La obligación del arrendador de efectuar en la cosa arrendada, durante la vigencia del contrato, las reparaciones para conservarla en es-*

*tado de servir para el uso a que fué destinada, presupone al mismo tiempo un derecho, cuyo ejercicio solamente corresponde en principio al arrendador, como se proclama en los artículos 1.543 y 1.554, número 2.º del Código civil y artículo 107 de la L. A. U., pero que pasa a favor del arrendatario, cuando requerido el arrendador para su ejecución cuando fueren ordenadas por la autoridad competente no las ejecutase en el plazo legal, o cuando las mismas se encaminasen a evitar un daño inminente o incomodidad grave —según presupone el artículo 110 de la L. A. U.— independientemente de si modifican o no la configuración de la cosa arrendada. (Sentencia de 21 de mayo de 1964; desestimatoria.)*

## **II. Derecho procesal.**

**1. PRESUNCIOS: FACULTADES DEL TRIBUNAL:** *En materia de presunciones, sin modificar el hecho base, puede llegar el Tribunal a distinta consecuencia si quiebra el rigor lógico, o si la deducción es absurdamente contraria a las reglas del criterio humano. (Sentencia de 21 de marzo de 1964; desestimatoria.)*

**2. ABUSO DE DERECHO Y RECURSO DE SUPLICACIÓN:** *No alegado en la instancia, ni habiendo servido de base o fundamento de la sentencia el abuso de derecho, con que una de las partes hubiese deducido sus pretensiones, no puede atacarse en el recurso la valoración que de los elementos probatorios se hace por el juzgador. (Sentencia de 8 de abril de 1964; desestimatoria.)*

**3. CONSIGNACIÓN DE RENTAS: PLAZOS QUE VENZAN DURANTE LA SUSTANCIA-  
CIÓN DE LA APELACIÓN: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 148 DE LA L. A. U., EN RE-  
LACIÓN CON EL 1.567 DE LA L. E. C.:** *La obligación que para recurrir impone al arrendatario el artículo 148 de la L. A. U., queda circunscrita a que en el momento impugnatorio del fallo acredite hallarse al corriente en el pago de las rentas o a consignar en tal momento el importe de los que estuviese debiendo, sin que durante la tramitación de la segunda instancia o apelación sea necesaria la consignación de los plazos de renta que vayan venciendo, por no ser aplicable el artículo 1.567 de la L. E. C., a supuesto distinto del que contempla, ya que ello supondría extender los preceptos de una disposición restrictiva a casos no comprendidos en ella haciéndola más gravosa. (Sentencia de 15 de abril de 1964; desestimatoria.)*

**4. RECURSO DE SUPLICACIÓN: NATURALEZA JURÍDICA: FINALIDAD:** *Es función privativa del juzgador de instancia la apreciación del elemento probatorio, quedando remitida a su racional criterio, sin que se pueda confundir el recurso extraordinario de suscripción con una tercera instancia, dada los preceptos legales que lo regulan, su finalidad propia y designio de interés público, en defensa del derecho objetivo en que está inspirado. (Sentencia de 15 de abril de 1964; desestimatoria.)*

5. COSTAS EN APELACIÓN: *La expresión proferida en la sentencia suspicada «con imposición a la parte apelante de las costas de este infundado recurso», como fundamento único del expreso pronunciamiento en costas, sin manifestación alguna de apreciación o no de temeridad procesal infringe el párrafo 2.º del artículo 149 de la L. A. U.* (Sentencia de 15 abril de 1964; estimatoria en el particular de costas.)

6. RECURSO DE SUPLICACIÓN: NATURALEZA JURÍDICA: ÁMBITO: *Si bien es cierto que la mera apreciación de los hechos es exclusiva atribución de los juzgados de instancia, su definición o «calificación» al objeto de precisar si integran o no causa resolutoria, ciertamente constituye una cuestión jurídica —y fundamental— porque implica una actitud sobre el sentido y extensión de la dicción legal, materia a la que puede y debe alcanzar el ámbito del recurso.* (Sentencia de 8 de mayo de 1964; desestimatoria.)

7. DEFECTUOSA CONSTITUCIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICO-PROCESAL: LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO: LEGITIMACIÓN PASIVA: APRECIACIÓN DE OFICIO: *Solicitada resolución del contrato de inquilinato contra el supuesto cesionario y el marido de la titular arrendaticia, ausente la última en el litigio por no haberse dirigido contra ella la demanda, es evidente la defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal, cuya perfección reclama la existencia de un litis consorcio pasivo necesario integrado por la inquilina y el cesionario, estando faltó de legitimación el marido de la primera, pudiendo el juzgado, como lo hizo, apreciar dicho defecto de oficio, sin quebrantar el principio de «rogación procesal».* (Sentencia de 16 de mayo de 1964; desestimatoria.)

## **SUMARIO**

### **1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS**

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, José Luis: *Ejercicio del derecho de suscripción preferente.*

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *El contenido de la relación obligatoria.*

### **2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS**

CASTÁN VÁZQUEZ, José María: *Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho español.*

### **3. ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO**

DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F.: *Las uniones de empresas en la reforma alemana del derecho de sociedades por acciones.*

### **4. BIBLIOGRAFÍA**

### **5. JURISPRUDENCIA**