

DR 29 418

Hola, buenas noches. Como cada viernes, con esta sintonía damos comienzo a Revista de Derecho. Durante más de 80 minutos trataremos de aclarar, ampliar y orientar en todos aquellos temas jurídicos que te puedan resultar más complejos.

Cada viernes nos acercamos a ti, alumno de la UNED, y también a todo aquel que esté interesado en el amplio mundo del derecho. La Revista de Derecho es un programa realizado en colaboración con los profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Esta noche, nuestro tiempo estará ocupado por las materias correspondientes a tercer curso de carrera, y estos son los títulos de los contenidos que te ofreceremos a continuación.

En primer lugar, un caso práctico de derecho comunitario, el denominado *Wangen and Laws*, dentro de la Asignatura de Derecho Internacional Público, que resolverá el catedrático de la UNED, don José Puente Ejido. Seguirá el contrato de sociedad, concepto y caracteres por el profesor don José Manuel Martín Bernal, de Derecho Civil II. El profesor de Hacienda Pública, don Pablo de Diego, dará una visión general de la unidad didáctica, oferta y demanda del gasto público.

De la Justicia Administrativa y Garantía Judicial Efectiva, nos hablará doña Blanca Lozano, profesora de Derecho Administrativo. Por último, el catedrático de Derecho Penal de la UNED, don José María Estampa Brown, explicará los delitos monetarios y el Acta Única Europea. Antes de dar paso a la intervención del primer profesor, como siempre, una pequeña recomendación que grabe este programa, que siempre te podrá ser útil.

A partir de hoy se inicia la segunda parte del curso, y los profesores explicarán y orientarán esta última parte del programa de la que tendrás que examinarte en las segundas pruebas presenciales. Por cierto, de los pasados exámenes de febrero, los profesores no podrán hacer todavía ningún comentario o evaluación, ya que están recibiendo en estos momentos los exámenes. Así pues, queda aplazado su comentario para la próxima emisión radiofónica.

Ahora sí, damos la palabra al primer profesor. Se trata del catedrático de la UNED de Derecho Internacional Público, don José Puentejido, que va a plantear y explicar un caso práctico en relación con el derecho comunitario, que se titula *Wangen an los*. Buenas noches, profesor Puentejido.

Buenas noches. Esta noche va a comentar un caso que tuvo una importancia decisiva en el desarrollo del derecho comunitario. ¿Podría, en primer lugar, enunciar este supuesto? Una empresa holandesa, en 1960, había importado determinadas mercancías procedentes de Alemania.

Y en ese momento, la aduana holandesa, por el hecho de la importación, impone un gravamen del 8%, que era notablemente superior al que se había establecido para esa misma mercancía

con anterioridad, que era el del 3%. La nueva regulación había sido, la nueva regulación aduanera había sido implantada por una modificación de la legislación holandesa el 1 de marzo de 1960. Y la empresa, creyendo tener base en el Tratado de Roma, recurre, primero por la vía gubernativa, después por la vía contenciosa contra esta decisión, por estimar que era contrario al Tratado de Roma la elevación mencionada.

Y la Tariff Commission, es decir, en Ámsterdam, el tribunal, diríamos nosotros, nuestra terminología contenciosa administrativa en materia tributaria, plantea por la vía de la cuestión prejudicial del artículo 177 una pregunta al Tribunal Internacional de Justicia, que es el que constituye, el Tribunal Internacional de Justicia Comunitario, que es el que constituye el objeto del comentario de hoy. Profesor Puentejido, según el desarrollo de esta argumentación del tribunal, la primera pregunta que se plantea es, ¿cuál es la naturaleza jurídica del derecho comunitario? Antes de nada, y como una cuestión prejudicial, tanto Holanda y Bélgica, que son partes en el procedimiento, como Alemania, que anuncia también su deseo de participar, creen oponer una excepción de falta de competencia del Tribunal Comunitario, por entender que este era un asunto que afectaba más bien a las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho holandés, y este era un punto concreto de interpretación de esas relaciones, y por lo tanto de los tribunales internos holandeses, puesto que el problema dependería fundamentalmente del derecho constitucional holandés. El Tribunal Comunitario rechaza esta argumentación, por entender que aquí efectivamente, independientemente del problema de la aplicabilidad del tratado según las normas constitucionales holandesas, se planteaba un problema de interpretación y, por lo tanto, de plena competencia del mencionado tribunal.

Desechada así esa primera cuestión, el Tribunal entra en el fondo y se plantea en primer lugar la legalidad de la medida holandesa de elevación del impuesto aduanero sobre esa materia en relación con el artículo 12 del Tratado de Roma. Todo dependía de la interpretación que hubiera de dársele al tratado y, por lo tanto, al artículo 12 de ese tratado, porque si se entendía que el artículo 12 era de las normas que producían efecto directo, entonces efectivamente la medida holandesa estaba afectada de ilegalidad que podría alegar el particular interesado. Si por el contrario no se estimaba así, estábamos en el supuesto clásico del derecho internacional, por el que independientemente de la legalidad o ilegalidad de la medida, no eran los particulares sino el Estado o los Estados interesados el que tendrían la acción de reclamación internacional y, por lo tanto, el just stand in el Tribunal Internacional.

Planteado pues así el problema, ven ustedes y yo resumo un poco las ideas fundamentales de la decisión del Tribunal sobre el asunto. Se fija en primer lugar el Tribunal que, por el Tratado de Roma, se ha constituido un mercado común en el que fundamentalmente están interesados los particulares que forman parte de esa comunidad. No se trata pues de un mero acuerdo internacional entre Estados, sino es necesario aceptar, como lo indica ya el propio preámbulo del tratado, que no se dirige dicho acuerdo internacional sólo a los gobiernos, sino que afecta también a los particulares que son parte importante, como después diremos enseguida, de esa misma legalidad comunitaria y del respeto a esa legalidad comunitaria.

El Tribunal sigue diciendo se trata de un nuevo orden jurídico del derecho internacional en beneficio del cual los Estados han limitado sus derechos soberanos y, por lo tanto, no es un orden jurídico en el que sólo estén afectados los Estados o sus órganos, sino también las personas individuales. Profesor Puente Agido, ¿qué es el efecto y qué se entiende por el efecto directo? El artículo 12, como era lógico, pretendiendo implantar una unión aduanera, el artículo 12 en relación con el artículo 9 podían ser efectivamente entendidos como una obligación que se impone a los Estados y que el Tribunal caracteriza de la siguiente manera. Una obligación de no hacer, por lo tanto, excluida toda participación de cualquier instancia interna estatal de complementación de ese tratado.

Es lo que en la técnica comunitaria se ha llamado el standstill, es decir, la obligación de congelar los aranceles en el nivel en que estaban en el momento de entrada en vigor del Tratado de Roma, cosa que Holanda ciertamente no había hecho. Y como se trataba de esta obligación no condicionada, que no necesita medida alguna para ser cumplida, puesto que es una obligación de no hacer, la medida holandesa, si efectivamente el particular podía reclamar frente a ella, incidía de plano en una ilegalidad, puesto que afectaba a la esencia misma del derecho comunitario. Frente a esa argumentación, tanto los gobiernos holandeses como belga como alemán pretendieron desviar el argumento alegando los artículos 169 y 70 del Tratado, pero el Tribunal rechaza esa argumentación nueva afirmando que carece de fundamento, puesto que el Tratado, independientemente de que otorgue a los estados el derecho de acudir al Tribunal en defensa de esa legalidad, cuando un estado cualquiera comunitario no cumpla con sus obligaciones, esta circunstancia no impedía que un derecho de reclamación fuera concedido de moda paralela también a los propios individuos interesados en el Tratado.

Vean ustedes, aquí hay una idea interesante, puesto que ello equivale a decir que no es precisamente sólo el Estado, sino el individuo, un elemento importante del respeto a la legalidad comunitaria, y por consiguiente puede efectivamente ser englobada la acción de reclamación individual, porque de otra manera, como nuestro propio Tribunal Constitucional también ha marcado, no se atendería suficientemente a la protección jurisdiccional de los derechos individuales. Es decir, el particular interesado es elemento importante de vigilancia en el respeto a la legalidad comunitaria. Por último, profesor Buendegido, ¿cuáles son los requisitos para que una norma comunitaria tenga efecto directo? Se habla de un efecto directo cuando una norma comunitaria, tanto si es originaria como de derecho derivado, es capaz de producir derechos u obligaciones sin intermediario de una regla de desarrollo, si es capaz de producir directamente estos derechos u obligaciones en el particular.

Y el particular puede apelar, justamente, y hacer reclamación sobre la base que le da esa norma comunitaria. Y este era el caso, precisamente, del artículo 12. Y es aquí donde reside la importancia de la declaración o de la decisión del Tribunal.

Vean ustedes, pues, en última instancia, la función interpretativa del Tribunal es establecer, justamente, y de aquí que el último criterio para conocer si una norma de derecho comunitario es o no de efecto directo es, justamente, la referencia a la interpretación que de ella haya

podido haber hecho el Tribunal Comunitario. Para facilitarles la tarea, sepan ustedes que una copia de la sentencia resumida se remite ahora a cada uno de los centros para que allí puedan ustedes verla, consultarla o comentarla. Acudan, pues, a los centros respectivos en demanda del texto de esta sentencia, si así lo desean.

A continuación, en Revista de Derecho, interviene el profesor titular de Derecho Civil II, don José Manuel Martín Bernal, para desarrollar el tema El contrato de sociedad, concepto y caracteres. Parece obligado que, si el primer epígrafe se refiere al concepto de este contrato, tengamos que, inexcusablemente, referirnos al artículo 1665 del Código Civil, que establece que la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias. Desde este momento hago especial hincapié en el párrafo infine de este artículo, por razones a las que luego me referiré.

Artículo 1665 del Código Civil, que convendrá conestar con el artículo 116 del Código de Comercio. A primera vista, destaca que esta definición hace referencia a una figura muy especial, constituida por la técnica jurídica dentro del campo del derecho privado, que se separa, o que por lo menos, en alguna medida, restringe la idea vulgar y amplia que se puede tener de sociedad. Nuestro Código Civil utiliza con carácter genérico la idea de asociación recogida en el artículo 35 del Código Civil, donde, como es sabido y se estudia en parte general Derecho Civil I, se distinguen las que tienen interés público y otras que son de simple interés particular, entre las que el citado precepto menciona precisamente las civiles, mercantiles o industriales.

Por todo ello, desde el punto de vista de la técnica del derecho privado, creemos, con la mayoría de la doctrina, que el concepto genérico es el de asociación, que estudiamos, como ya hemos dicho, en Civil I. Dentro de ese concepto genérico definido en el artículo 1665 del Código Civil, la sociedad se caracteriza por la concurrencia de unos muy concretos y determinados resgos esenciales que se deducen de la definición contenida en dicho precepto, unos más importantes, desde luego, que otros. Parece que, apurando la exégesis de ese artículo 1665, debemos distinguir a. Que se trata de un contrato. b. Determinar la puesta en común de dinero, bienes o industria o formación de un patrimonio colectivo y, que conviene, aunque el precepto no lo diga, añadir también trabajo, pues no conviene perder de vista de que nuestro Código Civil es de 1889 y no recogía esta faceta de incluir en el 1665 también al trabajo.

c. Estar presidida por la intención de constituir sociedad o afecio societatis y el propósito de obtención de una ganancia que haga hacerse común entre sus socios y, además, dividirse entre ellos. Dentro del tiempo de que disponemos, tendremos que hacer una serie de notas o establecer una serie de notas sobre cada uno de esos requisitos o características. c. La sociedad civil como contrato.

Tradicionalmente, la sociedad civil ha sido siempre considerada como un contrato y esta es también la óptica bajo la que se desenvuelve nuestro Código Civil. No obstante, un sector de la

doctrina moderna ha sometido a revisión esta idea de si la sociedad es un contrato o no. Sosteniendo que en la sociedad más que un contrato será un acto complejo.

La base de esta posición radica sustancialmente en una concepción según la cual hay contrato allí donde se conjuntan intereses contrapuestos. Mientras que en todos aquellos casos en que se unen sus voluntades personas que ostentan intereses paralelos, el negocio jurídico no sería para esta tesis un contrato, sino que reviste características distintas al contrato y que quedaría reducido a un acuerdo o acto complejo. La sociedad es pues un contrato que persigue un objeto, un objetivo que es común a todos los socios.

Esta comunidad de objetivo o fin o de fin, perdón, no desvirtúa el carácter contractual del negocio. Ello hace que al contrato de sociedad no le sea aplicable la llamada *escepcio inadempti contractus*, cláusula de aplicación a la inmensa mayoría de los contratos. Por cuanto que un socio no puede rehusar el cumplimiento de su propia obligación por el hecho de que otro socio haya incumplido la suya, sólo cuando el incumplimiento del otro socio determine la imposibilidad de realizar la finalidad común, podrá ponerse término a la sociedad.

Por la misma razón tampoco son aplicables a la sociedad los esquemas de la resolución del contrato a la que se refiere el artículo 1124 del Código Civil. b. La intención de constituir sociedad o *afectio societatis*, una línea doctrinal fundada también en la tradición histórica y en algunos textos del derecho romano viene exigiendo como especial requisito de la celebración del contrato de sociedad la llamada *afectio societatis* o también *animus contraende societatis*. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha recogido esta idea señalando que en la sociedad la oposición de intereses propias de los contratos conmutativos está sustituida por la convergencia de intereses de manera tal que la voluntad de unión es indudablemente el primer elemento esencial de la causa del contrato y esa voluntad de unión junto con la voluntad de correr en común ciertos riesgos tanto los de pérdida como los de ganancia constituye la *afectio societatis* que en síntesis no es más que la representación subjetiva de los elementos objetivos y económicos que constituyen la finalidad y la esencia del contrato de sociedad debiendo por tanto el juez indagar en cada caso la intención que preside la celebración del contrato para discernir si se trata efectivamente de un contrato de sociedad o no.

Sin embargo, y la doctrina se remite sobre esta cuestión siempre al profesor Castán, se dice por este autor que aunque esta unión de la *afectio societatis* tenga todavía algún arraigo en la doctrina y en la jurisprudencia son hoy muchos los autores que impugnan la existencia de ese pretendido elemento característico del contrato y muchos también los que mantienen aunque con escasa fe o lo rechazan implícitamente al pasarlo en silencio y es que añade Castán tanto si se sigue un criterio subjetivo para definir la *afectio societatis* como si se prefiere un criterio objetivo viendo en ella un elemento económico de cooperación activa siempre resulta que la *afectio societatis* viene a refundirse en los otros requisitos del contrato de sociedad. La tercera característica del contrato que venimos estudiando es la de la constitución de un fondo común y la idea de patrimonio social. La mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia viene exigiendo para entender celebrado un contrato de sociedad la constitución de un fondo común

con las aportaciones de los socios que la integren.

El artículo 1665 como hemos visto dice que en la sociedad los socios se obligan a poner en común dinero bienes o industria y el añadido por nuestra parte del trabajo. Y la sentencia de 3 de diciembre de 1959 decía que puede darse el caso de que habiendo intención de asociarse no haya sociedad por falta de algún elemento objetivo del contrato entre los que ocupa un lugar preferente la constitución de ese fondo común. De la obtención de un lucro común partible como elemento del contrato de sociedad puestos a establecer criterios más importantes de este contrato al profesor que graba este guión este último requisito le parece el más importante.

El último de los trazos por tanto con que el artículo 1665 contribuye a dibujar la figura del contrato de sociedad es el ánimo de partir entre sí las ganancias. Como se ha dicho por la doctrina autorizadamente este factor o elemento del contrato social supone a su vez una triple condición que la intención de los socios sea la de obtener una ganancia, que esta ganancia sea común a todos los socios y que la ganancia o la pérdida eventual haya sido o haya de ser repartida entre ellos. Por tanto en primer lugar es necesario que una a los contratantes la intención de obtener una ganancia con la empresa o actividad que forma parte del contrato social, que la ganancia además de hacerse común a todos los socios y que por último es claro también que la ganancia o el lucro además de hacerse común ha de ser objeto de reparto o distribución entre los asociados.

Y por último que la personalidad jurídica de las sociedades civiles y las sociedades civiles sin personalidad, la concesión o atribución de personalidad jurídica a las sociedades cualquiera que sea su clase no ha sido nunca un tema completamente pacífico. Como señala de Castro, y con ello terminamos, hasta finales del siglo XVIII y principios del XIX la idea de personalidad jurídica se encuentra en una cierta conexión con la autoridad del Estado y es objeto de concesión real lo que supone una cierta incardinación de las personas jurídicas. En el marco del derecho público, bien que siento no desenvolver o desarrollar más este último su apartado o epígrafe o requisito del artículo 1665, pero el tiempo como siempre es finito y no nos permite ir más allá.