

Resoluciones y sentencias

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

POR MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA Y
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO.

13. PROPIEDAD HORIZONTAL: ES INSCRIBIBLE EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EL PACTO CONTENIDO EN LOS ESTATUTOS UNIDOS A UNA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE UN EDIFICIO EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL, POR VIRTUD DEL CUAL LA SOCIEDAD PROPIETARIA DEL INMUEBLE, QUE LO DIVIDE HORIZONTALMENTE, SE RESERVA EL DERECHO DE LEVANTAR DOS NUEVAS PLANTAS EN EL EDIFICIO, Y PODRÁ DETERMINAR EL MÓDULO DE PARTICIPACIÓN DE TALES PLANTAS EN EL VALOR TOTAL DEL INMUEBLE, PROPORCIONALMENTE A SU EXTENSIÓN, Y RECTIFICAR EL PORCENTAJE DE LAS PLANTAS YA EXISTENTES, CONSIDERÁNDOSE COMO APODERADA DE LOS SUCESIVOS PROPIETARIOS DE LOS PISOS A TAL EFECTO.

Resolución de 7 de abril de 1970 ("B. O." de 23 de abril).

A) *Antecedentes de hecho.*—Mediante escritura autorizada el 10 de marzo de 1966 por el Notario de Vigo don Luis Solano Aza, don Manuel Segura García, actuando como Consejero Delegado de la Sociedad "Antonio Lasheras, S. A.", formalizó la división horizontal de la casa número 278 de la Gran Vía de aquella ciudad. A dicha escritura se une-

ron los Estatutos de la Comunidad del inmueble, cuyo artículo 17 dice así: "La Sociedad 'Antonio Lasheras, S. A.', se reserva el derecho de poder adicionar al inmueble dos plantas más, siempre que lo permitan las Ordenanzas Municipales y las condiciones de firmeza y seguridad del edificio, cuyo derecho de vuelo podrá inscribir a su nombre, conforme al artículo 16 del Reglamento Hipotecario. A las plantas de nueva construcción se les asignará un módulo a efectos de beneficios y cargas y en relación con el total valor del inmueble, proporcional a su extensión, pudiendo dicha Entidad propietaria determinar tales módulos y rectificar los atribuidos a las plantas ya existentes, en proporción, en el acto de otorgarse las correspondientes escrituras de declaración de obra nueva, para lo cual se considerará investida de amplios poderes de todos los titulares de los reseñados pisos y plantas, que lo entenderán conferido por el sólo hecho de la adquisición de los mismos y la aceptación de los presentes Estatutos. En consecuencia, solamente el titular del derecho de vuelo podrá utilizar la terraza que corona y remata el edificio, aunque los gastos de conservación y reparación serán considerados comunes por tratarse de la cubierta del edificio».

Presentada en el Registro primera copia de aquella escritura, fue calificación con la siguiente nota: "No admitida la inscripción del precedente documento, porque la facultad que se reserva la Entidad propietaria en el artículo 17 de los Estatutos de la Comunidad para determinar unilateralmente las cuotas de participación de las futuras plantas que puedan añadirse, así como la de modificar a su libre voluntad las cuotas fijadas para los locales y viviendas ya existentes en la actualidad, sin intervención de los respectivos titulares, son facultades contrarias a la vigente Ley de Propiedad Horizontal, especialmente en sus artículos 5 y 11, en relación con los artículos 4 y 1256 del Código civil, sin que sea admisible anotación preventiva, que tampoco se ha solicitado. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 434 del Reglamento Hipotecario, se hace constar que el presentador no ha manifestado su conformidad con la supresión del citado artículo 17 de los Estatutos de la Comunidad, para la inscripción del título".

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación alegando, entre otros extremos, que en el momento de formalizarse la propiedad horizontal existe un sólo propietario y aún no se han construido las dos plantas; que el derecho de vuelo así reservado es inscribible según el artículo 16 R. H.; que la reserva a favor de la Sociedad del derecho de modificar en el futuro las cuotas de las viviendas y locales actuales es consecuencia de que al introducir nuevos elementos habrá que disminuir la cuantía de los existentes; que ello no puede perjudicar a los potenciales propietarios de los pisos actuales, pues ya conocen las circunstancias en que compran; que en el artículo estatutario discutido se confieren amplios poderes al primitivo dueño para efectuar la redistribución de porcentajes; y que reunir a treinta dueños de pisos que aún no existen como tales es imposible en la actualidad y resulta muy difícil hacerles coincidir en el futuro en un momento y lugar determinados.

El Registrador en su informe expuso, entre otras varias razones, que inicialmente el propietario único del edificio puede fijar las cuotas de los diferentes pisos, pero desde el momento en que enajena éstos se requiere para variarlas acuerdo unánime de los interesados, según el artículo 3.º L. P. H.; que como dispone el artículo 11 de la misma Ley especial, la construcción de nuevas plantas supone modificación en el título constitutivo, que debe ser aprobada por todos los propietarios existentes en el momento de hacerse; que el número 2 del artículo 16 R. H. ha sido derogado por la L. P. H. de fecha posterior y superior rango; y que la facultad que se reserva la Sociedad constructura para

modificar por su propia voluntad las cuotas de participación ya fijadas, es opuesta al artículo 1.256 C. c. y tal modificación, sin intervención de los demás interesados, sería nula por imperativo del artículo 4 C. c.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el Notario recurrente. El Registrador apeló ante la Dirección General, y ésta confirmó el auto apelado. He aquí sus razones:

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros.*—En este recurso ha de dilucidarse si es inscribible una escritura de parcelación horizontal de un inmueble, en cuyos Estatutos se contiene una cláusula por virtud de la cual la Sociedad vendedora se reserva el derecho de levantar dos plantas, a las que se asignará un módulo proporcional a su extensión, que será determinado por la propia Entidad, quien podrá, asimismo, rectificar, en proporción, aunque pertenezcan a otros propietarios, los ya atribuidos a las plantas existentes.

En caso de enajenación de todo o parte de un edificio, es frecuente que el propietario del mismo se reserve el derecho de elevar una o más plantas, y tal situación no podía ser desconocida por el legislador hipotecario, y así, primeramente el Reglamento, en el artículo 16, prescribió su inscripción en el Registro de la Propiedad, y con posterioridad, la Ley de Propiedad Horizontal autoriza en el artículo 11 la construcción de nuevas plantas por los actuales titulares del dominio, no existiendo inconveniente en que tal derecho puede reservárselo el primitivo propietario y afecte a tercero, siempre que la cláusula forme parte del Estatuto privativo y se inscriba en los libros registrales.

El artículo 5 de la Ley de 21 de julio de 1960, en el párrafo tercero, indica la forma en que se fijarán las cuotas de participación que corresponden a cada piso, pudiendo hacerlo el propietario único del edificio al iniciar la venta por pisos, y así los futuros compradores podrán conocer a través del título constitutivo la establecida para el local o piso que pudiera interesarles adquirir, pero una vez enajenado, toda modificación de ese título y, por ende, de las mencionadas cuotas, requerirá la aprobación unánime de todos los propietarios, según el artículo 16 de la misma Ley, que confirma lo ya ordenado en el propio artículo 5, de que serán fijadas por acuerdo de todos los dueños del edificio en caso de ser varios.

No obsta a la anterior conclusión que el artículo 16, 2.º del Reglamento Hipotecario permita que en la inscripción del derecho de elevar una o más plantas de un edificio o de realizar las construcciones bajo su suelo, se hagan constar, bien “las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas”, bien “las normas que se establezcan para su determinación”, ya que este precepto debe interpretarse en forma conjunta con los de la Ley de Propiedad Horizontal, a la que, ni por su rango ni por su fecha puede derogar, por lo que será necesario que si no se hacen constar las nuevas cuotas sí, al menos, existan reglas de las que se deduzcan aquéllas en forma indubitada, evitando así que la modificación del título constitutivo sea un acto unilateral y arbitrario del transmitente.

Los adquirentes de pisos o locales pueden conferir al transmitente o a cualquier otra persona los apoderamientos que estimen oportunos para rectificar las cuotas de aquéllos en relación con el total valor del inmueble, o para cualquier actuación no prohibida por las normas vigentes, ya se incluyan tales apoderamientos en los Estatutos, ya se hagan figurar en documento separado, con lo que la modificación del título constitutivo, si en su día llegara a realizarse, se hará con el enajenante, en su propio nombre, si es titular de algún piso o local,

y en el de los demás titulares de los mismos, en calidad de apoderado, sin que se viole así el principio de unanimidad sentado en los artículos 5 y 16, 1.º de la Ley de Propiedad Horizontal, en tanto los poderes no sean revocados, sin que sea aquí necesario entrar en el estudio de la posibilidad de que las partes los configuren como irrevocables, ya que no parece desprenderse esta consecuencia de la cláusula estatutaria cuestionada, que considera a la Sociedad vendedora "investida de amplios poderes de todos los titulares de los reseñados pisos y plantas, que lo entenderán conferido por el sólo hecho de la adquisición de los mismos y la aceptación de los presentes Estatutos".

C) Comentario.—*La constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal supone la creación de un conjunto de nuevas fincas—los pisos o locales del edificio susceptibles de aprovechamiento independiente—y su sometimiento a un régimen jurídico especial: propiedad exclusiva sobre cada piso o local y copropiedad inseparable e indivisible sobre los elementos comunes del edificio. La especial naturaleza del objeto sobre el que recae la llamada propiedad horizontal impone ese peculiar tratamiento jurídico. La L. P. H. de 21 de julio de 1960 ha venido a regular con detalle la vida de esta institución que es, sin duda, una de las más importantes en el actual panorama jurídico español, por su frecuencia social. Si se ha podido afirmar con razón que una de las características de nuestro tiempo es el tránsito de un mundo agrícola y artesano a otro urbano e industrial, no es menos cierto que uno de los rasgos sobresalientes de esta civilización urbana que hoy florece apresuradamente en España, y a veces a nivel desorbitado—pensemos en las grandes ciudades actuales de Madrid o Barcelona, por ejemplo—es el desarrollo de la propiedad horizontal. Fenómeno este último fácilmente perceptible en las ciudades, y en cuyas complejas causas no podemos ahora ni siquiera entrar.*

Pero la propiedad horizontal, por su frecuencia social, su complejo mecanismo jurídico y su vigencia en muy diversos tipos de edificaciones, encierra en su aplicación práctica un amplio repertorio de problemas, aún después de la vigencia de la actual Ley, mucho más minuciosa en su regulación que las normas anteriores. Uno de tales problemas, ciertamente nada nuevo en el horizonte de esta institución, es el que de alguna manera se plantea en el presente recurso. Recordémoslo: La Sociedad propietaria de un edificio, al dividirlo horizontalmente, se reservó el derecho a levantar dos nuevas plantas en el mismo inmueble. Y para tal caso, igualmente se reservó el derecho a fijar por su propia cuenta la cuota de participación de las nuevas edificaciones en el valor total del inmueble, en proporción a su extensión, y de modificar las cuotas de los otros pisos ya construidos. Para lo cual los futuros propietarios de los pisos, por el mero hecho de serlo y en cumplimiento de la aludida norma estatutaria, conferían poder a la Sociedad vendedora para realizar ella sola tales actos.

Frente a un pacto estatutario de tal naturaleza, surgen varias interrogantes. En primer lugar, ¿será posible esa reserva de derechos? Para el caso de que lo fuera, y ya en segundo lugar, ¿con qué requisitos? ¿Puede válidamente pactarse esas estipulaciones, e incorporarse a los Estatutos, dentro del cuadro legal acotado por la actual Ley especial? ¿Hasta qué punto puede la autonomía negocial modificar la regulación legal en este caso concreto?

a) *La reserva del derecho a levantar dos nuevas plantas en un edificio ya construido a favor de la Sociedad propietaria del mismo y frente a los futuros adquirentes de los pisos ya existente, es algo que nos parece perfectamente lógico y posible. Quizá por su frecuencia en el tráfico inmobiliario, y por sus ventajas prácticas. De una parte,*

la posible ampliación del edificio en un futuro próximo y las razones económicas que pueden justificar esa inversión futura. De otra, la posibilidad de que el propietario, al enajenar el objeto concreto de su actual derecho de dominio (pisos edificadas), se reserve una de las facultades que integran aquella titularidad dominical, cual es el levantar nuevas plantas en el edificio ya construido. Al servicio parcial de esta realidad social ha vivido durante no poco tiempo el derecho de superficie en su modalidad urbana. En fin, la necesidad socialmente sentida de favorecer jurídicamente la creación de nuevas viviendas habitables.

Que esto es así aparece claro de la frecuencia negocial de este pacto, de su reconocimiento jurisprudencial y de su expresa sanción en alguno de nuestros textos legales (art. 16 R. H., art. 157 a 161 L. S. y artículo 11 L. P. H.).

Cuestión más dudosa resulta la determinación de la naturaleza jurídica del derecho así reservado: ¿derecho de superficie o derecho de vuelo? ALBALADEJO parece admitir el encaje de esta figura dentro del derecho real de superficie, aunque sin estimar que deba ser siempre así necesariamente (1). ESCRIVÁ DE ROMANÍ distingue entre derecho de vuelo y derecho de superficie, y entiende que la facultad de construir nuevas plantas puede configurarse negocialmente tanto de una manera como de otra. Aunque sus consecuencias sean naturalmente distintas, de acuerdo con su respectiva construcción (2).

(1) Según este autor, el derecho real de superficie es el poder de tener una edificación en terreno ajeno, o bien, el de levantar y mantener aquélla en éste (Intituciones de Derecho Civil, II: *Derecho de cosas*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. Librería Bosch, Barcelona 1964, pág. 438)... Además de este supuesto, en el que el derecho de superficie faculta para utilizar el suelo ajeno, cabe asimismo, que se conceda sobre una edificación ajena (derecho a construir sobre ella). Entonces, a pesar de la inexactitud terminológica, sigue siendo realmente un derecho de superficie. Y se rige por sus reglas (art. 16, 1.º R. H.). Ahora bien, este derecho en orden al sobresuelo..., puede establecerse también, no como derecho de superficie, sino como derecho real a elevar una construcción sobre un edificio. Y cuando la construcción se lleva a cabo, se deviene dueño independiente de lo construido, y sin derecho de superficie sobre el suelo (art. 16, 2.º R. H.). Tal derecho se rige, no por las reglas de la superficie, sino por las generales a los derechos reales. Entonces, el que construyó el piso elevado sobre el edificio de propiedad ajena, es dueño de aquél, y—como en la propiedad horizontal, ya que realmente es un caso de ésta—tiene en condominio, con los dueños de los demás pisos, los elementos comunes del inmueble total y, entre ellos, el suelo (págs. 448-449).

Así configurado, el derecho a elevar nuevas plantas puede igualmente constituirse por vía de la retención por parte del propietario de todo el edificio, de aquella facultad, cuando los pisos se enajenan a todas personas.

(2) El derecho de mayor elevación o de construcción bajo el suelo puede constituirse, indistintamente, como derecho de superficie o derecho de vuelo (artículo 16, 1.º, 2.º R. H.). La concesión del derecho de vuelo, cuando ya existe un edificio (supuesto del art. 11 L. P. H.) obliga siempre a constituir propiedad horizontal. Así resulta del núm. 2.º, art. 16 R. H. Conforme a esta norma, la propiedad horizontal debe quedar constituida con el titular del derecho de vuelo, incluso antes de la nueva edificación, al menos en la forma esquemática prevista en dicho precepto. Según la construcción reglamentaria, parece que el titular del derecho de vuelo se convierte en el futuro, al edificar, en propietario pleno, no en titular de un derecho de propiedad sometido a resolución, como ocurre con el superficiario (ESCRIVÁ DE ROMANÍ: *Lo imperativo y lo dispositivo en la*

Al regular los requisitos para su inscripción en el Registro, el R. H. distingue dos casos: el derecho de superficie como derecho de levantar nuevas construcciones sobre el vuelo de fundos ajenos (párrafo 1º), y el derecho de levantar una o más plantas sobre un edificio que se reserva el propietario de éste y no constituye derecho de superficie (párrafo 2º). Porque el perfil institucional de ambos supuestos es claramente distinto, según su respectiva naturaleza jurídica, los requisitos de su inscripción—y, por tanto, del derecho que se inscribe—y sus efectos son también netamente diversos (3).

De donde resulta, en relación con el pacto que nos ocupa, que más que el nomen iuris interesa determinar las normas que lo regulan. Que no se trata de un derecho de superficie en sentido estricto, sino más bien de un derecho de vuelo, de acuerdo con la terminología antes expuesta. Y que, como tal, está regulado primariamente por los artículos 11 L. P. H. y 16, 2º R. H., (4); en segundo lugar, por los preceptos de la L. P. H., y de la L. H.; y supletoriamente, por las normas generales del derecho civil relativas a los derechos reales.

b) El artículo 11 L. P. H. expresamente establece que la construcción de nuevas plantas en un edificio previamente constituido en régimen de propiedad horizontal implica alteración del mismo edificio, afecta al título constitutivo de la propiedad horizontal y debe someterse al régimen establecido para las modificaciones de este título. A su vez, el artículo 16, 1º de la misma Ley exige que los acuerdos de la Junta de Propietarios se tomen por unanimidad cuando impliquen modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos. A estos efectos de fijación de quorum, la Ley equipara la modificación de alguno de los pactos contenidos en el título constitutivo de la propiedad horizontal con la modificación de los estatutos incorporados a ese título. Aunque estructuralmente sean distintos ambos tipos de normas negociales (negocio constitutivo y negocio estatutario), parece evidente esa equiparación u efectos de precisar los requisitos necesarios para la modificación de aquellas normas. Y el propio artículo 5 de la Ley especial reitera el mismo criterio al precisar que la cuota de participación que corresponde a cada piso o local (y que deberá fijarse en el correspondiente título constitutivo o modificativo de la propiedad horizontal) se determinará por el propietario único del edificio, antes de iniciarse la venta por pisos, o por acuerdo de todos los propietarios de pisos existentes en el momento en que aquella fijación se realice.

Es preciso, pues, el consentimiento unánime de todos los propietarios de pisos para poder modificar la cuota de participación de éstos y atribuir a los nuevos pisos edificadas su cuota correspondiente. El fundamento de este criterio legal parece claro: La edificación de dos nuevas plantas y la consiguiente creación de nuevos pisos implica una modificación esencial en el acto de constitución de la propiedad horizontal. Por virtud de esta nueva edificación, se han de atribuir por-

Propiedad Horizontal, en esta misma REVISTA, núm. 462, septiembre-octubre 1967, págs. 1.249-50)

(3) Obsérvese que el derecho de superficie contemplado por el párrafo 1º del artículo 16 se refiere primordialmente a la superficie urbanística, regulado en los artículos 157 y siguientes L. S. Mientras que el supuesto del párrafo 2º del artículo 16 apunta más bien al caso previsto en el artículo 11 L. P. H., y se vincula especialmente a esta figura de casas divididas por pisos o en régimen de propiedad horizontal.

(4) Suponiendo que se encuentre vigente este último precepto, y no haya sido derogado por la L. P. H. Luego nos referiremos a este problema.

centajes no sólo a los nuevos pisos así creados, sino también a todos los otros pisos y locales preexistentes en régimen de propiedad horizontal. Porque la suma total de porcentajes ha de representar el 100 por 100. Y la existencia de nuevos sumandos repercute en la consiguiente reducción de los sumandos anteriores. A diferencia de lo que ocurre en el caso de que sea un piso o local el que se divida materialmente en dos o más, porque entonces la suma de los porcentajes de las nuevas fincas formadas por división—cuando ésta sea posible—deberá ser igual al porcentaje de la finca matriz, antes piso o local independiente, sin afectar al porcentaje de todos los demás pisos del inmueble. No obstante lo cual, y a pesar de esta notable diferencia entre ambos casos, el artículo 8 L. P. H., que contempla este supuesto, remite al mismo artículo 5 a efectos de recoger el consentimiento de todos los titulares afectados.

Siguiendo con el tema que ahora nos ocupa, lo cierto es que la edificación de las nuevas plantas y la modificación de porcentajes que ello implica, afecta a los propietarios de todos los demás pisos o locales del edificio. El acto por virtud del cual se declara la obra nueva, complementaria y subsecuentemente realizada (edificación de dos nuevas plantas), se determinan los porcentajes que han de corresponder a los nuevos pisos y se modifican los de los antiguos, es un negocio jurídico de modificación del régimen de propiedad horizontal. Y legalmente está sometido a los mismos requisitos que el negocio de constitución. Se requiere la unanimidad de los copropietarios del inmueble. Que el acuerdo sea tomado por todos ellos (5). Negocio jurídico plurilateral o colectivo, no unilateral, aunque la formalización del acuerdo pueda hacerse a través del órgano unipersonal que represente a la Comunidad (Presidente).

Se trata de una norma clara que exige la unanimidad del consentimiento de todos los copropietarios para la modificación y determinación de las nuevas cuotas. Así lo exige además la propia naturaleza del acto. Y así lo reconoce paladinamente la Dirección General en el tercer Considerando de la Resolución que comentamos. Sin unanimidad no es posible la modificación del régimen de propiedad horizontal que entraña la edificación de dos nuevas plantas y el reconocimiento de su vida jurídica independiente, como pisos separados, con la correspondiente copropiedad sobre los elementos comunes.

Se trata, en fin, de una norma de derecho imperativo, en que el mandato legal no puede ser derogado, modificado ni suplido por la contraria voluntad de los particulares. Porque se refiere a los requisitos de votación en la Junta de Condueños y como tal es de derecho necesario, no susceptible de desconocimiento por la voluntad de los interesados. Porque afecta a la estructura misma de la institución que la Ley reconoce, y a la propia naturaleza del acto de modificación. Y porque, aparte de estas consideraciones estructurales, funcionalmente apunta a la protección de los terceros interesados.

c) En la práctica, ¿cómo puede lograrse ese consentimiento unánime de todos los propietarios de los pisos y locales ya vendidos? No hace falta recordar, antes de responder a esta pregunta, que la cuestión aquí planteada arranca de un presupuesto de hecho bien concreto, a saber: que alguno o algunos de los pisos que formaban parte del inmueble antes de terminarse la nueva edificación complementaria, hayan sido vendidos a diferentes propietarios. Es decir, que no exista de

(5) Para el caso de que no todos concurran a la Junta convocada, el artículo 16, 1.ª, 2.ª, establece el procedimiento supletorio de la notificación sin oposición, para lograr la unanimidad formal.

hecho un solo propietario titular de todo el edificio horizontalmente dividido.

La forma normal de cumplirse aquel requisito de la unanimidad será a través de la asistencia a la Junta de Propietarios de todos los interesados debidamente citados, y la prestación en aquella reunión del consentimiento unánime para la aprobación de los nuevos porcentajes fijados a cada piso y demás variaciones introducidas en la primitiva propiedad horizontal, como consecuencia de la construcción de las nuevas plantas. O bien, si todos los propietarios no asisten a la Junta, su consentimiento tácitamente suplido por la notificación fehaciente del acuerdo adoptado sin haberse opuesto al mismo dentro del plazo (artículo 16, 1.ª L. P. H.). Si alguno de los propietarios se opone fundadamente a la aprobación del acuerdo modificativo, entonces no habrá unanimidad, y no será posible la entrada de los nuevos pisos construidos en el régimen global de propiedad horizontal de todo el edificio. Sin perjuicio de que, ante la negativa de alguno de los interesados, pueda acudir al Juez para que éste resuelva lo procedente en atención al interés de los demás (art. 5 L. P. H.).

En el caso que nos ocupa, la Sociedad propietaria actual se reservaba el derecho de elevar dos nuevas plantas y de determinar por sí sola los módulos de participación de los nuevos pisos y modificar los de los antiguos. Para ello, y para no vulnerar el requisito legal de la unanimidad, los futuros propietarios de los pisos ya construidos y en trance de venta le conferían su representación en virtud del artículo de los Estatutos discutido. ¿Es esto legalmente posible? ¿Podrá darse cumplimiento al requisito de la unanimidad antes apuntado a través del procedimiento indirecto de que cada uno de los propietarios de los pisos, por el mero hecho de comprarlos, otorgue necesariamente su representación a la Sociedad vendedora para que ella por sí sola formalice la declaración de la nueva obra y modifique la propiedad horizontal del edificio?

La Dirección General entiende en el presente Recurso que sí, que ello es posible. Y utiliza para justificar esta posibilidad el argumento de la representación voluntaria de los futuros propietarios por parte de la Sociedad vendedora en base al apoderamiento concedido por ellos al aceptar los Estatutos en que consta ese pacto. Tal construcción no nos parece convincente. Entre otras razones, por las siguientes:

1. El apoderamiento debe conferirse por cada interesado individualmente y en escritura pública al efecto, no dentro de unos Estatutos de comunidad, en cuya redacción no han sido parte. Los Estatutos contienen normas de régimen jurídico de los pisos y de sus propietarios, en cuanto forman parte de una comunidad de intereses y de destino vinculada al inmueble en su conjunto. El apoderamiento, por el contrario, supone la concesión de un poder de legitimación hecha voluntariamente por una persona—dominus negotii—en favor de otra—representante— para que ésta ejecute el encargo, realice el acto o ejerza la facultad o derecho que aquella le ha encomendado. Negocio estatutario y negocio de apoderamiento son realidades heterogéneas.

2. Sin entrar ahora en la cuestión de si en todo apoderamiento existe o no un mandato subyacente, parece ser que el fundamento de la concesión de poder está en la relación de confianza interna que existe entre poderdante y apoderado, y que justifica que el representante pueda actuar frente a los terceros en nombre y por cuenta del representado. La duración del poder se vincula a la subsistencia de esa confianza en otra persona, y por eso el poder puede ser revocado—al menos en principio, y como tesis general—cuando aquella confianza desaparece.

Dejando aparte el dudoso tema de la posibilidad del poder irrevocable, tema que en el presente recurso se roza pero tampoco se entra en él, lo cierto es que la redacción de los Estatutos no implica esa previa relación de confianza. Y, sobre todo, que en este caso la revocación del poder así conferido no se podría hacer más que mediante la modificación de los Estatutos. Al menos para que tal revocación fuera eficaz frente a los terceros (6), dada la publicidad registral del Estatuto. Lo cual—modificación de Estatutos para revocar la delegación en ellos contenida—exigiría otra vez el consentimiento unánime de todos. ¿Qué ocurriría entonces con la pretensión de uno solo de los propietarios que quisiera revocar su apoderamiento, si los demás no secundaban su propósito?

Así planteado el problema, resulta patente—a mi juicio, al menos—la incongruencia de querer armonizar dos cosas distintas: el poder para actuar en representación del titular y la consiguiente concesión de legitimación para ello, de una parte, y las normas estatutarias que regulan la vida de la comunidad necesaria formada alrededor del aprovechamiento del edificio, de otra.

3. La cláusula estatutaria discutida encierra evidentemente un pacto de adhesión. Los sucesivos compradores de los pisos han de aceptar necesariamente esa delegación en favor de la sociedad vendedora que les viene impuesta por los Estatutos. Pero concesión de poder, basado en la confianza, y negocio jurídico de adhesión, impuesto por el representante sin contar con el representado, son términos incompatibles. Singularmente si se acepta la tesis de que el apoderamiento es un negocio jurídico unilateral, opinión ésta que parece la más razonable. Creemos que no cabe la concesión de un poder, al menos hecho en términos generales y sin señalar precisamente el contenido de facultades que se delegan, por adhesión.

Y no se diga que los compradores de los pisos son libres de comprar o no, y que al comprar ya prestan su consentimiento al poder así impuesto. Porque tampoco aquí el contrato de compraventa es plenamente voluntario. La necesidad social de las viviendas es especialmente aguda en la época actual. Por ello, en la venta de viviendas se produce tantas veces el fenómeno social de los contratos impuestos o por adhesión, en que el vendedor obliga al comprador a realizar determinadas prestaciones o a sufrir ciertas limitaciones, porque éste no puede renunciar a la compra de ese piso y adquirir otro. Dicho sea con carácter muy general, al margen de la concreta situación de hecho de este caso cuyos perfiles concretos (valor de los pisos, facilidades para su adquisición, etc.) no conocemos. En todo caso, cuando ello ocurra, no parece que pueda utilizarse el principio de la autonomía de la voluntad para salvaguardar jurídicamente los condicionamientos de la parte vendedora.

4. De admitirse la validez del pacto, ello podría implicar un fraude a la Ley imperativa. La Sociedad constructora podría por sí sola establecer y modificar los porcentajes libremente. Con la única limitación de que el módulo fijado fuera proporcional a la extensión de los pisos. A través de esa cláusula tan general se desvirtúa la nece-

(6) Tal es lo que en definitiva más importa, pues de nada serviría la revocación del poder por los que ya son propietarios de los pisos, después de comprarlos y estar obligados por los Estatutos, si la sociedad vendedora podría modificar unilateralmente los porcentajes y vender los nuevos pisos así formados a los terceros, quienes no serían afectados por la impugnación de los propietarios antiguos respecto a los nuevos pisos.

saría aceptación por los interesados del módulo concretamente fijado a cada piso. Y aquí está el quid de la cuestión, a mi juicio.

Ello implicaría, además, una renuncia anticipada y genérica a un derecho futuro, no suficientemente precisado en su extensión. Renuncia que, así calificada, parece que va contra la Ley. Porque ésta protege a los demás copropietarios del edificio; porque el derecho a votar en la Junta General, respecto a la aceptación de un acuerdo cuyo contenido se desconoce, aun no ha nacido; porque no se puede renunciar a esa aprobación sin saber cuáles son los extremos concretos de los nuevos módulos que se establezcan; y porque se trata de una norma imperativa no derogable por el pacto de los interesados en contra.

De todos los argumentos expresados, éste último nos parece el más fuerte para rechazar la validez del artículo estatutario tantas veces citado. Como entendió el Registrador que calificó la escritura discutida.

d) ¿No será entonces posible la reserva a favor del constructor de un edificio del derecho a levantar nuevas plantas más que con la ulterior aprobación de todos los dueños de los pisos vendidos? Porque si así fuera, la incertidumbre de esa aprobación a posteriori, o las dificultades prácticas derivadas de tener que recabar el consentimiento de tantas personas, podrían retraer o frenar la construcción, y la frecuencia de esa conveniente reserva.

La no admisión de esa cláusula de poder general que estamos considerando, por las razones expuestas, no debe llevarnos a la tajante conclusión de que una delegación de los propietarios futuros en favor del vendedor actual sea totalmente imposible. Creemos que hay una vía intermedia con expresa apoyatura legal. Es la contemplada en el párrafo 2.º del artículo 16 R. H.

Este precepto regula los requisitos para la inscripción del derecho de vuelo que se reserva el propietario al enajenar los pisos, lo cual comporta necesariamente el reconocimiento de su validez, porque sólo son inscribibles los derechos civilmente válidos. Según el mismo, hay que hacer constar en la inscripción, aparte las normas de régimen de comunidad que se hubieran establecido para el caso de hacerse la construcción, las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos comunes o las normas que se establezcan para su determinación. Es preciso entonces la previa fijación de cuotas de los nuevos pisos que se construyan o, por lo menos, las normas o criterios que sirvan para su ulterior determinación. Según este último inciso, cabrá pensar que basta con establecer un criterio general previo que sirva en su día para fijar las cuotas de los pisos. Y que dicho requisito pudo estimarse cumplido en el presente caso, al señalarse que el módulo de las nuevas plantas se fijaría proporcionalmente a su extensión. Así lo estimó la Dirección General en el Recurso para reconocer la validez del pacto estatutario. Sin embargo, creemos que tal criterio de fijación es demasiado amplio y genérico, no suficientemente concreto, y no autoriza para reconocer que la Sociedad vendedora puede establecer y modificar por sí sólo los porcentajes sin otra norma limitativa que ésta de la proporcionalidad en la extensión.

De acuerdo con la recta interpretación de este párrafo 2.º, artículo 16 R. H., entendemos que es necesario, para la validez de un pacto de este tipo, la previa determinación de las cuotas de los nuevos pisos y de los antiguos. O, por lo menos, algún criterio concreto, seguro y matemático, que sirva para precisar en función del mismo los porcentajes que hayan de aplicarse, sin dejar tal determinación genérica e imprecisamente en manos del constructor. Así lo impone la necesaria proyección de los terceros compradores de los pisos y la determinación de los derechos

que se inscriben (principio de especialidad). Con esa concreción, los interesados pueden ya prestar su consentimiento por anticipado, y renunciar a una facultad de impugnación concreta y ya nacida.

Para dar por válida esta última opinión, todavía podría plantearse el problema de si el artículo 16 R. H. ha sido derogado por la L. P. H. Así lo estimó el Registrador interviniente, aunque luego el tema no ha sido objeto de atención en el recurso. Porque si fuera así, y se llegara a la conclusión de la no vigencia del artículo reglamentario después de la L. P. H., entonces la solución propuesta tendría un apoyo legal más débil, o debería ser rectificada en su formulación.

Pienso que no. Porque, supuesto el valor jerárquico superior y la fecha posterior de la L. P. H., para que el artículo reglamentario quedara derogado por ella haría falta que ambas normas fueran incompatibles, que el mandato del Reglamento se opusiera a los contenidos en la Ley. Y no parece que así ocurra. La Ley exige la unanimidad para la fijación y modificación de las cuotas. Y el Reglamento permite que esa unanimidad pueda estimarse cumplida a priori, cuando el constructor se reserve el derecho a levantar nuevos pisos, siempre que en esa reserva se especifiquen las cuotas futuras. Y se inscriban en el Registro para que tengan conocimiento de ellas los sucesivos dueños de los pisos. Los cuales así quedarán vinculados por ellas. Ya hemos dicho que esta fórmula es la única, posible a nuestro juicio, para estimar válida la aceptación anticipada de los nuevos módulos por parte de los compradores sucesivos. Y que, en este sentido, no parece vulnerar el principio de la unanimidad contenida en la L. P. H. Así al menos lo ha estimado también el Centro Directivo cuando recoge en su 4.º Considerando este artículo del Reglamento, afirma que debe ser interpretado conjuntamente con la L. P. H., y saca la consecuencia de que dicho artículo 16, 2.º justifica la validez del pacto. Lo cual supone un reconocimiento de su vigencia. En esto último estamos de acuerdo. Aunque no nos parezca convincente la declaración de validez del pacto tal como aparecía en los Estatutos discutidos.

M. A. G.

14. EXTENSIÓN E INTERPRETACIÓN DE PODERES. EL DADO PARA VENDER LAS PARTICIPACIONES QUE CORRESPONDAN AL PODERDANTE EN DETERMINADA HERENCIA, COMPRENDE LA FACULTAD DE ACEPTARLA, DADO EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 1.000, 1.º DEL CÓDIGO CIVIL; PERO NO ES SUFICIENTE PARA REALIZAR LAS OPERACIONES DE ADJUDICACIÓN HEREDITARIA NI PARA LA CONSTITUCIÓN DEL EDIFICIO QUE HA DE VENDERSE EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL. SE TRATA DE DEFECTO SUBSANABLE POR LA RATIFICACIÓN DEL PODERDANTE.

ALTERACIONES DE DESCRIPCIÓN QUE HAGAN PRESUMIR OBRA NUEVA QUE DEBA ORIGINAR OPERACIONES DE LIQUIDACIÓN CONYUGAL NO VERIFICADAS. AUNQUE LA ESCRITURA QUE ORIGINÓ LA ANTERIOR INSCRIPCIÓN DESPEJE LAS SOSPECHAS DE OBRA NUEVA, NO PRESENTADA

EN TIEMPO Y FORMA, SINO EN EL RECURSO, NO PUEDE SER EXAMINADA EN ÉSTE.

PROPIEDAD HORIZONTAL. LOS EDIFICIOS DIVIDIDOS POR PÍOS HAN DE DESCRIBIRSE CON LA SUPERFICIE EN SISTEMA MÉTRICO Y LOS LINDEROS POR FRENTE, IZQUIERDA, ENTRANDO, DERECHA Y FONDO, TANTO EL EDIFICIO EN CONJUNTO COMO TODOS Y CADA UNOS DE LOS PISOS.

ESTANDO CLARO QUE CON TODA UNA PLANTA DEL EDIFICIO SE FORMA UN SÓLO PISO INDEPENDIENTE, ASIGNÁNDOLE UN PORCENTAJE DEL 25 POR 100, EL AÑADIR QUE CONSTA DE DOS LOCALES UNIDOS, Y QUE TAL PORCENTAJE ES MITAD PARA CADA LOCAL, ES INTRASCENDENTE POR NO IMPLICAR PACTO O CLÁUSULA QUE PRETENDA ESTABLECER UNA DEROGACIÓN DE LO ORDENADO EN EL ARTÍCULO 8.º DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL, EN CASO DE DIVISIÓN MATERIAL DE LA PLANTA.

NO PUEDE HACERSE CONSTAR EN EL FOLIO REGISTRAL DE UNA FINCA QUE PARTE DE UNA DE SUS PLANTAS, O SEA, UN HUECO DE ELLA ENTRA EN OTRA CASA SIN QUE TAL CIRCUNSTANCIA O GRAVAMEN MUTUO RESULTE DEL FOLIO REGISTRAL DE ÉSTA O SE CONSTITUYA EN DEBIDA FORMA.

Resolución de 17 de abril de 1970 ("B. O." de 2 de junio).

Antecedentes de hecho.—En escritura otorgada en Burgos el 20 de septiembre de 1963, ante su Notario don Ursino Vitoria Burgos, se protocolizan las operaciones divisorias conjuntas de las herencias de doña Antonia González Fortubel, fallecida en 1937, y de su esposo don Primitivo del Barrio Cebrecos, fallecido en 1962, vendiéndose por pisos una de las dos casas inventariadas, en la misma escritura. Los bienes inmuebles inventariados son: una casita en la Calle de las Tahonas, número 1, y otra casa en la Calle de las Calzadas, número 40, ambas en la ciudad de Burgos, la primera, ganancial del primer matrimonio de don Primitivo, y la segunda, que adquirió por compra del solar y declaración de la obra nueva, siendo viudo del mismo primer matrimonio.

Doña Antonia había nombrado heredero usufructuario, con facultad de disponer por actos *inter vivos*, a su marido y herederos del residuo a cuatro sobrinos carnales suyos y a tres de su esposo, que se distribuirían por mitad cada grupo el haber hereditario que quedare. Don Primitivo había dejado el usufructo vitalicio de sus inmuebles a su segunda esposa, doña Matilde Gómez Santillana, instituyéndose

herederos nudo propietarios por partes iguales a sus tres sobrinos, que pasaron en pleno dominio de los inmuebles por premoriencia de doña Matilde; y falleció sin haber dispuesto de la herencia que le dejó su primera esposa.

La escritura calificada de "aceptación de herencia y compraventa" fue otorgada por don Marcos González Ausín en nombre propio y en el de sus hermanas Inés, María, Patrocinio y María de los Angeles (los cuatro sobrinos herederos de doña Antonia); don Cipriano, Alejandro y Matilde del Campo y Barrio (los tres sobrinos herederos de don Primitivo) y por los cuatro compradores de los pisos de la casa de la Calle de las Tahonas. Don Marcos comparece mediante poder especial de sus tres hermanas para "enajenar las participaciones que les correspondiese en la herencia de su tía doña Antonia González Fonturbel.

En las descripción de la casa de las Tahonas, número 1, antes 2, se decía que estaba compuesta de "dos pisos, desván y entresuelo, teniendo éste dos habitaciones más que los pisos", con "una superficie de 28 pies de línea por 25 pies de fondo, en total 714 pies cuadrados", y después de otros extremos expositivos, estipularon lo siguiente:

"1.º Don Marcos González, por sí y en representación de sus hermanas Inés, María Patrocinio y María Angeles González Ausín, acepta la herencia de la causante, doña Antonia González Fonturbel, consistente en la cuarta parte indivisa de la casa de la calle de las Tahonas, que adquieren por cuartas partes indivisas.

2.º Don Cipriano, don Alejandro y doña Matilde del Campo y Barrio, aceptan también la referida herencia, consistente en la otra cuarta parte indivisa de la misma, adjudicada y adquirida por terceras partes indivisas.

3.º Los mismos don Cipriano, don Alejandro y doña Matilde del Campo y Barrio, aceptando la herencia de su tío don Primitivo del Barrio, se adjudican por terceras partes indivisas la restante mitad de la casa a la calle de las Tahonas, por lo que quedan dueños por terceras partes indivisas de las tres cuartas partes de la indicada finca. Y los mismos tres hermanos del Campo y Barrio se adjudican por terceras e iguales partes la totalidad de la casa de la calle de las Calzadas".

A continuación realizaron las siguientes "segregaciones" referentes a la casa de las Tahonas, 1.

Número 1. Planta de sótano, que consta de dos locales unidos, y que tiene su entrada por... (siguen los linderos por los 4 puntos cardinales y superficie en metros y decímetros). Se le asigna un porcentaje del 25 por 100, mitad para cada local, a efectos de beneficios y cargas en los elementos comunes.

Número 2. Piso entresuelo, que consta de dos habitaciones, cocina y water (sigue la superficie en metros y decímetros cuadrados, y los linderos por los cuatro puntos cardinales). Se le asigna un porcentaje del 22 por 100.

Número 3. Piso primero. Se halla distribuido en dos habitaciones, cocina y water. Norte o izquierda..., Sur o espalda..., Este..., y Oeste... Porcentaje, el 25 por 100.

Número 4. Piso segundo. Tiene dos habitaciones, cocina y water, con una superficie aproximada de 48 metros cuadrados, tiene como anejo la buhardilla, situada encima del mismo, compuesta de un sólo local, con entrada desde la escalera; y linda Norte o izquierda..., Sur o espalda..., Este..., y Oeste... Porcentaje, el 28 por 100.

Estas cuatro plantas, los cuatro hermanos González Ausín, a quienes pertenece la cuarta parte por cuartas partes, y los tres hermanos del Campo y Barrios, dueños de las otras tres cuartas partes indivisas,

las venden respectivamente a don L. H. C.; don J. del R. V., doña D. C. H. y don S. P. A.

En la cláusula H) se hace constar que "aunque por la superficie puede considerarse comprendida en la venta de la planta baja el hueco que entra en la casa número 3 de las Tahonas, no hace constar de modo expreso".

Presentada en el Registro de Burgos primera copia de la escritura con otros documentos complementarios, se inscribió la finca de la calle de Las Calzadas a favor de sus nuevos titulares, y en cuanto a los demás actos contenidos en el mismo documento "se deniega su inscripción por observarse los defectos siguientes":

1.º Los poderes conferidos a don Marcos González Ausín no le autorizan para aceptar ni partir herencias en nombre de sus poderdantes.

2.º La casa número 2 hoy 1, de la calle de las Tahonas, de Burgos según la inscripción vigente del Registro, consta de dos pisos y desván, aparte de la planta baja, y en el documento que se califica se dice que tiene además "entresuelo, teniendo éste dos habitaciones más que los pisos". Por ello, si ha habido nueva obra y ésta se realizó durante el matrimonio de don Primitivo del Barrio con su segunda esposa, doña Matilde Gómez Santillana, será necesaria la liquidación de tal sociedad de gananciales, con intervención de los herederos de esta última señora.

3.º No consta, respecto de dicha casa su medida expresada en el sistema métrico decimal; hay contradicción entre la descripción del edificio en conjunto y las dependencias que lo forman, ya que entre éstas se incluye la planta de sótano, que en la descripción no consta; la descripción de las dependencias números 1 y 2 no se hace por derecha, izquierda y fondo; la cuota de participación debe ser una sola para cada local, y al número 1 se le asigna un porcentaje del 25 por 100, mitad para cada local.

4.º Según la cláusula H), está comprendido dentro de la planta baja el hueco que entra en la casa número 3 de las Tahonas (quizá quiera referirse al local número 3, planta sótano), lo que no consta ni en la descripción del edificio ni en su inscripción en el Registro, y, en cambio, la casa número 3 de la mencionada calle de las Tahonas aparece inscrita a favor de persona distinta (tomo 2.559, folio 223, finca 20.753, inscripción primera), sin que en su inscripción conste ninguna limitación ni derecho alguno a favor de la casa número 1, antes 2, de tal calle.

5.º En tanto no se inscriban los títulos de herencia y la constitución del régimen de propiedad por pisos de la casa número 1 de la calle de Las Tahonas, no pueden inscribirse las ventas de las diferentes dependencias de la misma. Los defectos señalados con los números primero y cuarto se estiman insubsanables y el segundo también lo será si la nueva obra se efectuó durante el matrimonio de don Primitivo del Barrio con doña Matilde Gómez. Los tercero y quinto se considerarán subsanables".

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la calificación y alegó: que en los poderes otorgados por las hermanas González Ausín a su hermano Marcos se le autoriza para vender la participación indivisa que les pueda corresponder en la herencia de su tía, fijándose incluso, en dos de ellos el porcentaje que corresponde a los interesados y señalándose como objeto de la herencia la casa de la calle de las Tahonas; que de los documentos aportados y de los mismos poderes se desprende la aceptación de la herencia y la adjudicación a cada uno de la porción que les corresponde; que del

Código civil, del Derecho romano, de las Partidas y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (1), resulta la aceptación *de facto* o implícita de la herencia; que al otorgar poderes para vender la parte que les correspondiese en la herencia de su tía va implícita la aceptación de la misma; que estimar necesario el uso expreso de la palabra "acepto" es retroceder a un formulismo primitivo superado por el propio derecho romano; que cualquier acto que manifieste la voluntad de ser heredero debe ser considerado como aceptación; que exigir la ratificación sólo serviría para ocasionar nuevos gastos; que no existe contradicción entre la inscripción (¿descripción?) de la finca total de la calle de las Tahonas y la de los locales segregados, como resulta de la escritura que se acompaña de 25 de septiembre de 1917, que sirvió de base para la inscripción vigente; que igual es "dos pisos y desván aparte de la planta baja», que «sótano, entresuelo y dos pisos»; que es imposible introducir una planta entre dos existentes, por lo que no hay posibilidad alguna de que los herederos y vendedores hayan añadido el piso entresuelo, ni que se haya realizado tal obra nueva durante el segundo matrimonio de don Primitivo; que no procede exigir la liquidación de la sociedad conyugal de éste y su segunda mujer; que las Resoluciones de 15 de junio y 30 de diciembre de 1892, 4 de enero de 1893 y 28 de mayo de 1907, autorizan la venta de bienes hereditarios por todos los interesados sin previa liquidación de la sociedad conyugal; que en cuanto a la cuota de participación de la planta de solano está claro que es el 25 por 100, pero se distribuye entre los dos locales que la integran por sí se divide en el futuro; que respecto a la cláusula H) es sencillamente la constatación de un hecho, que se consigna como aclaración, sin que suponga limitación sobre la casa número 3 de igual calle ni constituye negocio jurídico alguno ni obligacional ni real, por lo que no procedía calificación. Por razones de brevedad omitimos algunas otras alegaciones del recurso menos precisas y convincentes como la de que negar la inscripción entorpece el tráfico inmobiliario (con cita de la S. de 14 de junio del 92). y dificulta la tendencia social de convertir en propietarios a los inquilinos; la referente a la medida superficial en el sistema métrico decimal, y a los linderos en urbanas en general y en la propiedad horizontal en particular y a las diferencias de superficie; alegaciones que, al menos, como han quedado reflejadas en el resultando son difíciles de clarificar y resumir.

El Registrador informó que: de acuerdo con el artículo 117 del Reglamento no tendrá en cuenta la escritura de 27 de septiembre de 1917, que no se presentó en momento oportuno; que la escritura presentada se califica por el mismo Notario de "aceptación de herencia y compraventa" y los poderes en cuestión son solamente "especiales para vender"; que la legislación y reiterada Jurisprudencia entienden que los poderes han de interpretarse restrictivamente sin que se pueda deducir que en la facultad de vender va implícita la aceptación de la herencia de los bienes que se proyecta enajenar (2); que la descripción registral de la casa de la calle de las Tahonas, número 2, ahora 1, dice que "se compone de dos pisos y desván, en la planta baja tiene dos cuadras con la servidumbre de patio propio de la casa", mientras

(1) Cita los artículos 440, 657, 661, 998, 999 y 1.000 del Código, la Ley 11 de la Partida sexta; las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1926; 3 de junio de 1947; 23 de mayo de 1955; 31 de diciembre de 1956; 5 de julio de 1958; 31 de marzo y 4 de julio de 1959, y 9 de julio de 1964, y la Resolución de la Dirección General de los Registros de 20 de septiembre de 1967.

(2) Cita los artículos 1.713 y 1.714 del Código y las Resoluciones de 8 de junio de 1885 y 3 de noviembre de 1908.

que, según el documento calificado, "consta de dos pisos, desván y entresuelo, teniendo éste dos habitaciones más que los pisos, en la planta baja tiene dos cuadras con la servidumbre de un patio", que la diferencia de ambas descripciones es notable; que la obra nueva, si la hubo, pudo realizarse mediante demolición del viejo edificio y construcción de otro nuevo o agregando un piso sobre el último, que es necesario justificar si se realizó obra nueva durante el segundo matrimonio de don Primitivo, en cuyo caso sería necesario liquidar la correspondiente sociedad conyugal con los herederos de la segunda esposa; que al calificar y redactar la nota se tuvieron en cuenta los asientos del Registro y el posible error de estos no influye en la calificación; que al constituirse la casa en régimen de propiedad horizontal—la escritura habla impropriadamente de segregaciones—, se han incumplido los artículos 5 de la Ley de 21 de julio de 1960 y 51 del Reglamento Hipotecario, porque: a) No se expresa la superficie del inmueble en el sistema métrico; b) el local 1 se denomina planta de sótano, denominación que no se da a ninguna de las plantas del edificio; c) los linderos de las dependencias 1 y 2 se señalan sólo por los cuatro puntos cardinales, contraviendo la regla tercera del artículo 51; d) que la cuota de participación debe ser una para cada piso o local, y al número 1 se le asigna un porcentaje del 25 por 100, mitad para cada local, sin que sea admisible entender que se trata de una prevención para el futuro, pues a ello se opone el artículo 8 de la Ley de 21 de julio de 1860; que la cláusula H) no supone un simple hecho, sino un auténtico derecho de superficie o servidumbre sobre la finca vecina, y como en ella no consta tal gravamen, la inscripción de la finca beneficiada es imposible en la forma que se pretende. Termina insistiendo en el apartado 5.º de su nota.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador; el Notario autorizante se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus argumentos y la Dirección General acordó con revocación parcial del Auto apelado confirmar los defectos 1.º, 2.º, 4.º y 5.º de la nota del Registrador, si bien el primero tiene el carácter de subsanable, confirmar también las partes primera y tercera del defecto 3.º, revocando las partes segunda y cuarta del mismo defecto tercero, (3), en base a la siguiente doctrina:

Doctrina de la Dirección General.—Por diversas escrituras de apoderamiento, doña Inés, doña María Patrocinio y doña María de los Angeles González Ausín, confirieron a su hermano don Marcos la facultad de vender las participaciones indivisas (o divididas sólo en el de la tercera otorgante), que correspondan a las poderdantes en la herencia de su tía carnal, doña Antonia González, por lo que por la primera cuestión que ha de resolverse es la de si tales poderes son o no suficientes, dado que en la escritura calificada se contienen las operaciones de aceptación de herencia, adjudicación, constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal—por cierto, con desconocimiento de la existencia de la Ley de 21 de julio de 1960—y venta de los diversos pisos y locales que lo forman a los compradores:

Los mencionados poderes autorizan para entender comprendida la facultad de aceptar la herencia, dado el contenido del artículo 1.000, primero del Código civil, por ser antecedente necesario para que la venta se realice, pero no resulta que el resto de las operaciones llevadas

(3) Vistos los artículos 396, 999, 1.000 y 1.713 del Código civil, la Ley de Propiedad Horizontal; artículos 8, 13 y 29 de la Ley Hipotecaria; 51, 117 y 434 de su Reglamento y las Resoluciones de 3 de noviembre de 1908 y 20 de septiembre de 1967.

a cabo—con todas las consecuencias que el régimen de propiedad horizontal comporta—se hallen incluidas dentro de los términos del poder otorgado, y habida cuenta del artículo 1.713 del Código civil, que exige mandato expreso, para la ejecución de actos de riguroso dominio, es forzoso declarar la insuficiencia de dichos poderes, si bien podrán salvarse los actos hechos por el apoderado mediante la oportuna ratificación por los interesados;

En cuanto al defecto segundo, aun cuando en la escritura de 25 de septiembre de 1917 resulta aclarada la posibilidad a que se refiere el funcionario calificador, dado que en dicha fecha ya aparece el inmueble con la descripción actual y no puede, por tanto, plantearse problema alguno de liquidación de sociedad de gananciales de don Primitivo con su segunda esposa, doña Matilde Gómez, es de advertir que al no haberse presentado esta escritura para su calificación por el Registrador, en tiempo y forma, sino en alzada ante el Presidente de la Audiencia, del acuerdo con el artículo 117 del Reglamento Hipotecario, no podrá ser examinada en este recurso;

Dentro del mismo defecto tercero, no parece que haya contradicción entre la forma de describir el edificio en conjunto y las dependencias que lo integran, pues aunque pudiera haberse reflejado con mayor claridad en el primero su descripción, por la simple lectura de la misma se comprueba la existencia de las plantas que después se relacionan, y por último, el porcentaje asignado al local número 1, de un 25 por 100, es lo único que debe tenerse en cuenta al realizar la calificación, pues no aparece previsto en la escritura ningún pacto o cláusula que establezcan una derogación de lo ordenado en el artículo octavo de la Ley, en caso de división material del local, que pudiera servir de base para el planteamiento de este problema;

En cuanto al defecto señalado en cuarto lugar, relativo a la cláusula H) de la escritura, contiene como una especie de ampliación de las circunstancias físicas del inmueble que no se han hecho constar en la descripción general del mismo y que supondría además—si se quiere fijar su alcance y contenido—una limitación del dominio del predio contiguo, lo que exigiría el consentimiento de su titular para que pueda hacerse constar en la inscripción correspondiente y pueda surtir efectos contra terceros, tal como señala el artículo 13 de la Ley Hipotecaria, por lo que al no darse estas circunstancias el mismo fedatario minimiza los efectos de la cláusula, a la que ni siquiera considera que producirá efectos obligacionales, y el propio Registrador entiende que, de acuerdo con el artículo 434, segundo, del Reglamento Hipotecario, puede no inscribirse sin que impida la inscripción del resto de la escritura, salvo que existan otros defectos;

El último defecto viene a ser una reiteración de los anteriores, ya que es natural, dada la exigencia del principio de tracto sucesivo recogido fundamentalmente en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que mientras no se hayan inscrito los títulos de herencia y constitución del régimen de propiedad horizontal no procederá la inscripción de las ventas de los diferentes locales y pisos que forman parte del edificio.

Comentario.—La insuficiencia del poder.

A) *La cuestión relativa a la extensión del poder es la de mayor importancia práctica de todo el tema de la representación. Los intentos de clasificación de los poderes en atención a su extensión no resuelven el problema. Los conceptos poder especial y poder general son meramente relativos; frecuentemente se llama poder especial no sólo al relativo a un negocio determinado (singular), sino al poder para negocios de una clase determinada (poder genérico); los poderes generales son*

cualitativa y cuantitativamente muy variados; pero también tratándose de poderes especiales se señalan al representante límites unas veces muy amplios y otras muy estrictos.

La extensión de los poderes en la representación voluntaria viene determinada por la voluntad de apoderamiento del representado. Se trata, pues, de un caso de interpretación de la declaración de voluntad y de los actos en que ésta puede manifestarse (4).

Será, pues, la declaración expresa del representado lo que ha de tenerse en cuenta en primer lugar; pero además, las circunstancias de cada caso han de ser tomadas en cuenta, no sólo cuando se trate de poderes tácitos, sino también en los casos de otorgamiento expreso del poder. Siempre que exista la duda de si un determinado negocio está comprendido en el poder, debe utilizarse para su interpretación el marco íntegro en que se desenvuelve la declaración de voluntad del poderdante.

Las circunstancias del caso que HUPKA considera más importantes son:

a) La aprobación tácita del poderdante a actos representativos similares.

b) La naturaleza y condiciones de la relación interna entre representante y representado.

c) El fin del poder. Otorgado el poder para un determinado fin que ha de realizarse mediante la actividad del apoderado, se extenderá a todos los actos jurídicos que sean necesarios para la consecución del mismo. El objeto o fin del poder tanto puede conducir a una ampliación del mismo con respecto a su texto literal como limitarle a aquéllos actos que sirvan para obtener el fin, aunque la declaración de apoderamiento esté formulada con generalidad (5).

Mientras no se den éstas u otras circunstancias del caso, el contenido objetivo de la declaración del poderdante constituye la única norma decisiva; no es posible, por tanto, referir el poder arbitrariamente a actos jurídicos que no se hayan previsto por el texto literal del apoderamiento; pero tampoco puede interpretarse un poder restrictivamente sin más ni más (6).

(4) JOSEF HUPKA: *La representación voluntaria en los Negocios jurídicos*. Traducción de LUIS SANCHO SERAL, Madrid, 1930, págs. 169 y sigs., y 188 y sigs. Casi todas las ideas que nutren las breves consideraciones generales que en el texto hacemos sobre la extensión e interpretación del poder están tomadas de esta veterana monografía sobre la representación. Escrita en el momento de tránsito de derecho de Pandectas al B. G. B., tienen interés actual para la comprensión de la materia en las legislaciones románicas.

(5) Este elemento interpretativo del fin ha sido expresamente destacado por el vigente Código civil italiano, cuyo artículo 1.708 en su apartado 1.º dice que el mandato comprende no actos para los cuales ha sido conferido, sino también aquellos que son necesarios para su cumplimiento.

(6) El principio de interpretación restrictiva de los poderes no cabe negarle en cuanto está expresamente recogido en abundantes resoluciones jurisprudenciales del Tribunal Supremo y de la Dirección General. Pero este principio debe entenderse en su verdadero sentido, y siempre subordinado al de prevalencia de la verdadera intención y voluntad del poderdante sobre la literalidad de sus expresiones. En el mismo Código civil, los artículos 1.283, 1.289 y 1.714 no conducen nunca a una ciega y exagerada interpretación restrictiva por cuanto intentan exclusivamente conducir a la verdadera voluntad de los contratantes. Y concretamente en materia de mandato el 1.715 nos demuestra cómo también la interpretación extensiva es tan necesaria como

Por otra parte, la delicada cuestión de la interpretación del poder en orden a su extensión se ha visto complicado por la exigencia legal de mandatos o poderes especiales para ciertos actos jurídicos de importancia (7). Estos preceptos contenidos en casi todas las legislaciones, aunque con grandes diferencias entre ellas, y concretamente el artículo 1.713 de nuestro Código civil no son simples reglas de interpretación para los poderes generales (o concebidos en términos generales, como dice nuestro Código), sino normas absolutas que sin tener en cuenta la voluntad del principal limitan la extensión de esos poderes. Si se quiere que un poder alcance aquellos actos para los que la Ley exige autorización especial es preciso que en la declaración de apoderamiento figuren esos actos nominalmente. Nos llevaría muy lejos el análisis de las razones que convencieron a los autores del Código civil alemán de la conveniencia de acabar con la institución del poder especial necesario. El casuismo jurisprudencial construido en torno a nuestros artículos 1.712 y 1.713 no sería muy distinto si esos preceptos no existieran y las enumeraciones de los *actus mandati specialis et specialissimi* de los Códigos (incluso de los de larga lista de poderes especiales como el argentino) adolecen del vicio de inadecuación con la siempre mayor complejidad de las circunstancias del caso concreto. En definitiva, el principio de especialidad del poder siempre tendrá que enfrentarse con otros: el que puede lo más, puede lo menos, lo accesorio o previo debe ir incluido en lo principal, etc. (8).

a) La Dirección General, siguiendo el precedente de la de 1908 considera que el poder comprende la facultad de aceptar la herencia, dado el contenido del artículo 1.000; 1.º del Código por ser antecedente necesario para que la venta se realice. La redacción del considerando incurre en cierto confusiónismo, y es más incorrecta en este punto concreto de la aceptación de la herencia, que la de 1908 (9). El poder

la restrictiva para dar con la voluntad real. La Resolución de 10 de mayo de 1915 respalda expresamente la aplicación del principio de que el autorizado para lo más se entiende autorizado para lo menos.

(7) Pueden extraerse interesantes datos sobre clasificaciones y ámbitos de los poderes en el derecho romano y medieval y sobre posición del Código francés en la cuestión de los poderes especiales en el tomo del mandato de los comentarios al Código civil de MURCIUS SCAEVOLA, especialmente en tomo 26, vol. I, págs. 690 y sigs., ver las exposiciones de TARRIBLE en su informe al Tribunalado y el discurso de BERTRAND DE GREUILLE al Cuerpo legislativo. La doctrina del Código civil francés fue recogida con ciertas variantes en los posteriores Códigos latinos.

(8) Ver la interesante recapitulación de Jurisprudencia sobre extensión de los poderes en BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, vol. II, págs. 6 a 45.

(9) En el caso resuelto por la Resolución de 3 de noviembre de 1908, don Leoncio G. C. concedió poder a favor de su madre y hermanos para que «vendan a quien quisieren, por el precio y condiciones que a bien tengan, la parte o representación que les corresponde de una casa radicante en F. de N., y que adquirió por herencia de su padre, otorgando la oportuna escritura, para que en el caso de ser necesaria alguna diligencia previa a la realización de la venta por carecer el título de algún requisito que se exija de la referida participación practiquen los apoderados juntos o separados cuantas gestiones y diligencias se precisan, suscribiendo los documentos públicos o privados procedentes, incluso la práctica de información posesoria o de otra clase respecto de la expresada casa» La madre y hermana del heredero poderdante otorgaron escritura pública en la que inventarían los bienes dejados a su fallecimiento por su esposo y padre, figurando como único inmueble, con

para aceptar pura y simplemente una herencia igual que para repudiarla, debe ser especial y suele ser especialísimo (10). Un poder para vender no debe estimarse suficientemente para aceptar herencias, aunque el poder sea especialísimo para vender una finca que el poderdante sepa incluida en la herencia. El problema es otro, derivado de que las herencias puedan aceptarse expresa o tácitamente. La aceptación implícita o por falta concludentia, cuestión no tan alejada como parece de las discusiones doctrinales sobre los sistemas de adquisición de la herencia, nos conduce al problema de si el mero otorgamiento de un poder para vender todos o alguno de los bienes hereditarios implica aceptación de la herencia, implícita, pero reflejada en la escritura pública del poder y, por tanto, suficiente para tener trascendencia registral. En este caso, el apoderado no tiene que aceptar la herencia ni puede aceptarla, porque la había aceptado ya el heredero, si no antes, desde el otorgamiento del poder. La indiferencia de los Registradores por la cláusula específica de aceptación de la herencia en las particiones otorgadas por los herederos deriva del mismo juego de la aceptación implícita contenida en el artículo 999.

En realidad la doctrina de la Dirección es que tales poderes no se extienden por interpretación de voluntad tácita a la aceptación de la herencia, sino que llevan la aceptación tácita de la herencia en el otorgamiento mismo del poder (art. 999) aun antes de que actúe la aceptación presunta del artículo 1.000 en el momento de realizarse la venta. Nos queda entonces pendiente si la revocación del poder deja sin efecto el hecho concluyente demostrativo de la aceptación (11).

carácter ganancial, la casa objeto del poder y del recurso, adjudican a la primera los muebles y ajuar y a los dos hermanos G. C. *pro indiviso*, el inmueble que venden a continuación a don S. I.

El Registrador deniega la inscripción por ser el poder insuficiente para hacer la partición y para aceptar la herencia, ya que la venta se refiere a cosa que supone el mandante le ha sido adjudicada antes. El Notario alega: que no hay tal partición, porque la finca queda *pro indiviso*, y si, solamente, una liquidación de sociedad conyugal, por tener la finca carácter ganancial, como operación previa a la venta y de mera administración, dentro, por tanto, de las gestiones y diligencias que se precisen, previstas en el poder, y que la aceptación va implícitamente comprendida en la venta porque el poderdante se expresa como heredero, aceptante, de su padre; hace otras consideraciones para descartar la existencia de partición anterior y termina manteniendo que el defecto sería, en todo caso, subsanable por la aprobación por el poderdante de lo hecho.

La Dirección General considera que el poder, si bien autoriza para entender como aceptada la herencia paterna, conforme al artículo 1.000 1.º del Código civil, no confiere a los mandatarios facultades bastantes para realizar la liquidación de la Sociedad conyugal, la división de la masa hereditaria y las adjudicaciones consiguientes.

El Notario cita en su escrito de recurso la S. de 20 de mayo de 1899, y las Resoluciones de 16 de diciembre de 1876, 5 de octubre de 1880, 18 de enero de 1887; 25 de febrero de 1888, 15 de diciembre de 1901 y 27 de enero de 1906. Y el Registrador en su informe las Resoluciones de 18 de julio de 1879, 20 de noviembre de 1879, 5 de octubre de 1880, 8 de junio de 1885, 16 de diciembre de 1904 y la R. O. de 18 de junio de 1885.

(10) PUIG PEÑA llega a decir, aunque sin probarlo, que el artículo 1.280 del Código impone la escritura pública de mandato especial para que el apoderado acepte una herencia (*Tratado de Derecho Civil español* tomo V, «Sucesiones», volumen II, pág. 255).

(11) Para doctrina y Jurisprudencia sobre aceptaciones tácitas y presuntas de herencia, ver PUIG PEÑA, Obra y volumen citado, págs. 255 a 263; LACRUZ

b) *Cuestión distinta es el de la suficiencia del poder para realizar una liquidación de sociedad conyugal y la partición hereditaria. Tanto en el recurso de 1908, como en él, de ahora los recurrentes alegaban que no existía realmente partición de bienes, sino mera manifestación de herencia, como trámite previo de la venta y de la determinación de las participaciones indivisas que cada heredero vendía completamente coincidentes con sus participaciones hereditarias. En 1908 había liquidación conyugal y finca única; ahora había dos herencias conjuntas y dos fincas; pero en ambas con cierta benevolencia puede darse la razón a los recurrentes en sus alegatos de no practicarse verdadera partición que implique acto de riguroso dominio, específicamente independiente y separable de la enajenación de los bienes hereditarios. No obstante la doctrina de la Dirección fue y es en este punto rigurosa. Acaso excesivamente forzada por la distinción entre derecho hereditario in abstracto y derecho hereditario in concreto, parece ver un acto de riguroso dominio en todo lo que transforme el primero en el segundo por muy difícil que resulte al profano distinguir ambos, habida cuenta de la simplicidad del caso concreto.*

c) *Con relación a las facultades para constituir la casa en régimen de propiedad horizontal observamos que el Registrador no especifica ni en la nota ni en el informe la insuficiencia del poder para ello. La Dirección, en cambio, considera que ésta es una de las operaciones llevadas a cabo sin que resulten dentro de los términos del poder otorgado, y parece sentar incidentalmente la doctrina de que la constitución en régimen de propiedad horizontal es acto de riguroso dominio que exige mandato expreso. Sin que tengamos que oponer nada a esta doctrina, opinamos que no debe dársele un valor absoluto. Un poder para vender una casa que el poderdante sabe que está dada en arrendamiento a los diversos inquilinos de cada piso es dudoso que no incluya por interpretación lógica la venta por pisos a los inquilinos, previa la operación de constitución en régimen de propiedad horizontal. La doctrina según la cual un poder para vender una finca es insuficiente para venderla por parcelas, en mi opinión, sólo es plenamente aceptable en tanto no se venden la totalidad de las parcelas. Hasta entonces, el apoderado se está saliendo del ámbito del poder; pero vendida la última parcela, o vendidas todas, simultáneamente, el mandato de venta sin limitación de persona, precio o condiciones resulta cumplido en sus propios términos y probablemente en la forma más beneficiosa para el mandante a que se refiere el artículo 1.715 del Código civil. La parcelación para la que, aisladamente contemplada, carecía el apoderado de facultades, pasa a ser operación previa y accesorio de la venta y en esta subsumida. Igual cabe pensar con la división en pisos, cuando la legislación de arrendamientos urbanos, tanto se preocupa de que los inquilinos sean compradores preferentes de los pisos (12).*

ALBADALEJO: *Derecho de sucesiones*, parte general, páginas 285 a 294, y notas de ROCA SASTRE al *Derecho de sucesiones* de ENNECCERUS-KIPP, vol. I, páginas 306 y sigs.

(12) Una Resolución de 28 de julio de 1928 entendió que un poder para vender no autorizaba más que la venta de toda la finca sin que sea suficiente para segregar una parcela y enajenarla. Criterio contrario encontramos en una Resolución posterior de 19 de diciembre de 1942, aunque nos deja en la duda de si se consideró suficiente para las segregaciones y venta porque el poder se había dado para vender con las condiciones que estimase convenientes el mandatario obligándose el mandante a respetar los «incidentes y anexos» que hiciese. Puede verse también la Resolución de 23 de febrero de 1929, aunque con escaso resultado.

B) Variaciones en las descripciones y obras nuevas encubiertas. Prescindiendo aquí de los términos en que el Registrador y el Notario recurrente, en ciertos momentos bordeando lo cómico, plantean sus discusiones sobre si "dos pisos, desván y entresuelo" pueden convertirse o no en "planta de sótano, piso entresuelo, piso primero y piso segundo con buhardilla encima este último", nos vamos a limitar a hacer unas breves consideraciones sobre las facultades de calificación en materia de variaciones de descripción en las fincas urbanas.

Las variaciones en la descripción de las fincas urbanas ocasionan a los Registradores perplejidades similares a las rústicas en cuanto se trata de cabida y linderos, planteando la duda fundamental de la identificación o de la posible inclusión de terreno no perteneciente a la finca. Pero las variaciones en las urbanas originan dificultades específicas en razón al número de policía y a los detalles descriptivos de la edificación. Limitándonos a estos últimos podemos observar que los reparos del Registrador ante variaciones descriptivas derivan muchas veces de motivaciones de tipo fiscal, por cuanto tales variaciones pueden encubrir una obra nueva no declarada (13), pero en ciertas ocasiones, como en el caso del recurso, el temor de la obra nueva encubierta origina, además de preocupaciones relacionadas con el fraude fiscal, otras directamente referidas a relaciones jurídicas inmobiliarias sobre la nueva obra que afectan a la titularidad de la finca misma. En estas circunstancias, el Registrador hará bien en extremar su celo para evitar que el encubrimiento de derribos y nuevas construcciones pueda originar perjuicios a derechos de terceros. Lo que resulta imposible es marcar orientación ninguna ni criterios generales para conducir ese celo. Una descripción sintética de un edificio (superficie de solar y linderos) puede transformarse en una descripción detallada y analítica (números de plantas, superficie edificada y útil de cada planta y del total, número y clase de cada habitación, etc.). Sin que el edificio haya tenido la más mínima alteración física.

En cambio, un edificio puede derribarse totalmente y levantar otro de similar textura de manera que la primitiva descripción (aunque fuese detallada), sirva para el nuevo.

Al parecer, el asiento vigente no recogió algo de la escritura de 1917, que hacía desaparecer la divergencia con la descripción de la escritura presentada. La Dirección General dice con razón que no presentada aquélla en tiempo y forma no pudo ser tenida en cuenta en la calificación ni puede ser examinada en el recurso (14).

C) Menos interés ofrecen los defectos de la nota relativos a los linderos y la determinación de la superficie en el sistema métrico.

a) El Reglamento hipotecario exige que los linderos de las fincas urbanas se fijen por izquierda, derecha y fondo, y no por los cuatro

(13) Esos reparos parecen estar justificados aún hoy después de haber emigrado el contrato de obra al Impuesto de tráfico de las Empresas. No obstante, no resulta tan claro como antes este celo, pues la sujeción de la obra nueva encubierta al Impuesto de actos jurídicos documentados no deja de ser algo discutible.

(14) Pero aunque el criterio de la Dirección es el tradicional e irreprochable, y aunque el defecto resulte confirmado, conviene tener en cuenta que siendo culpa del Registro al practicar la inscripción de la escritura de 1917, no recoger bien la descripción entonces hecha, tenemos que reconocer que esta baza se la lleva el Notario. Queda además demostrado que debió faltar toda gestión amistosa encaminada a evitar el recurso o reducir su ámbito porque en ella se hubiese despejado fácilmente el error del Registro y los recelos del Registrador.

puntos cardinales. Los índices correspondientes están conformados para esta exigencia. Pero no hay que perder de vista que la norma reglamentaria razonable y lógica tratándose de la finca urbana típica y tradicional, o sea, la casa con salida y fachada principales a calle o plaza y rodeada de otras semejantes para componer la manzana, no resulta fácil de cumplir en morfologías urbanísticas distintas en las que desaparecen las determinaciones de frente, fachada principal, testero, espalda o fondo y en las que los linderos por los cuatro puntos cardinales resultan más apropiados e incluso los únicos posibles, en ciertos casos. La Ley de Propiedad horizontal no entró en el detalle de la forma de señalar los linderos de los pisos y la norma del Reglamento hipotecario relativa a las fincas urbanas parece que debe tenerse en cuenta sin perjuicio de la prevalente norma de que la forma de detallar los linderos debe conseguir la mayor determinación posible del piso debiendo fijarse aquéllos buscando la mayor claridad.

b) En relación con la medida superficial cuando se habla de pies lineales o cuadrados debe reglamentariamente hacerse la equivalencia en metros porque la superficie en el sistema métrico decimal es obligada. No obstante allí donde el Registrador llegue al convencimiento de que en una determinada ciudad o localidad se venía utilizando el pie con criterio uniforme y exacto para las mediciones de las fincas urbanas no es conveniente rasgarse las vestiduras porque en algún título ocasionalmente falte la traducción de los pies a los metros. La carencia de expresión de la superficie del edificio en metros cuadrados constando en las plantas, siendo iguales las superficies en pies y correcta equivalencia es un defecto menudo. Pero en el caso, toda la cuestión de superficies era complicada.

D) Unidad del elemento piso o local. No queremos entrar aquí en el problema de si una división en propiedad horizontal debe formar necesariamente tantas unidades independientes como su estructura arquitectónica de uso permita. La cuestión ya ha originado dudas y motivado recursos. En nuestro caso, la cuestión se presentaba sencilla. La planta de sótano parecía permitir el establecimiento de dos locales de negocio distintos, no obstante su pequeña superficie (54,90 m.²); pero al venderse como unidad se la da número único (1.º), porcentaje, único (el 25 por 100) y descripción unitaria; pero se dice que consta de dos locales unidos, y que el porcentaje que se le asigna (el 25 por 100), es mitad para cada local. El Registrador que estaba dispuesto a no pasar por movimiento mal hecho, ve en estas frases, insinuado de mala manera, que hay dos locales, cada uno con su 12,50 por 100 de porcentaje y defectuosa o, al menos, equivoca la escritura. La cosa tenía fácil solución admitiendo que las palabras "mitad (del porcentaje) para cada local" carecía de trascendencia real. Pero ninguna de las partes debía de estar propensa a admitir nada, y por otra parte, aunque recayendo en pleito de mínima cuantía esta cuestión de la vinculación real para posteriores divisiones de pisos no deja de ser interesante dentro de la propiedad horizontal.

E) Se apunta también en el recurso el problema de las casas con plantas o habitaciones de otra implicadas, o superpuestas. Registrador y Notario tocan con igual repugnancia la discutida cláusula H. Creemos que la casa de las Tahonas, número 3, está conteniendo bajo ella un trozo de la planta baja (o de sótano) de la número 1 de la misma calle. La sinceridad de manifestar esta circunstancia que antes no se tuvo en ninguna de las dos casas dio origen a otra estéril discusión, porque ésta es otra de las cuestiones que tienen solución imposible. En rigor, los linderos en vuelo de los edificios no pueden salir de los planos

verticales levantados sobre las líneas de los linderos de su solar. En rigor, toda finca urbana debe poder derribarse sin afectar para nada a las fincas colindantes. Todo lo que no sea esto debe implicar servidumbre, o superficie o propiedad horizontal del conjunto de las casas. Pero ¿puede ser el Registrador muy exigente en este punto tratándose de pequeñas casas rurales que se apoyan unas en otras e incluso se incrustan unas en otras por habitaciones, cuando en las grandes ciudades, los nuevos estilos de construcción por bloques, crean continuamente casas jurídicamente independientes, que arquitectónicamente carecen de tal independencia por ser de imposible derribo separado?

T. C. G.

REGISTRO MERCANTIL

2. SOCIEDAD ANÓNIMA. LUGAR DE CELEBRACIÓN DE LA JUNTA: EL ARTÍCULO 63 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS, EXIGE QUE LA MISMA SE CELEBRE EN LA LOCALIDAD DONDE LA SOCIEDAD TENGA SU DOMICILIO, SIN QUE NECESARIAMENTE HAYA DE SER LA REUNIÓN EN ESTE ÚLTIMO SITIO, Y SIN QUE POR ELLO EL INTERÉS DEL ACCIONISTA RESULTE LESIONADO SI, EN EFECTO, HA TENIDO EN TIEMPO OPORTUNO CONOCIMIENTO DE ESTA CIRCUNSTANCIA.

ORDEN DEL DÍA: LA EXPRESIÓN DEL ORDEN DEL DÍA CON TODOS LOS ASUNTOS QUE HAN DE TRATARSE, MENCIÓN EXIGIDA POR EL ARTÍCULO 53 DE LA LEY, NO SE VULNERA AL HACERSE CONSTAR EN AQUEL QUE UNA DE LAS FINALIDADES DE LA JUNTA ERA LA RENOVACIÓN DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN, YA QUE ES PRESUPUESTO LÓGICO Y NECESARIO PARA QUE ESTO SEA POSIBLE LA SEPARACIÓN O REVOCACIÓN DEL NOMBRAMIENTO DE TODOS O ALGUNOS DE LOS ACTUALES.

Resolución de 21 de febrero de 1970 ("B. O." de 4 de marzo)

A) *Antecedentes de hecho.*—Por un número de accionistas poseedores de cuatrocientas veinte acciones de las mil que tiene la Sociedad "Amigos de Carboneras, S. A.", domiciliada en la Villa de Carboneras, se solicitó del Juzgado de Primera Instancia de Vera la convocatoria de Junta general extraordinaria de dicha Sociedad, conforme al siguiente orden del día: «A) Renovación del Consejo de Administración de modo total en cuanto legalmente sea posible, y B) Constatación del estado real económico de la Sociedad y nuevas directrices en cuanto a la administración y gestión de la Sociedad concierne, así como revisión de los poderes o atribuciones concedidos al Administrador en su caso". El Juzgado por resolución de 13 de agosto de 1969. tuvo por so-

licitada la convocatoria de la Junta general extraordinaria aludida, señalando para que tuviera lugar el día 11 de septiembre de 1969, a las once horas, en primera convocatoria, y en segunda a la misma hora del día siguiente, 12, para el caso de no existir *quorum* bastante en la primera, y designando para presidirla al Letrado don Antonio Jurado Jiménez. A las doce treinta del citado día 12 de septiembre se celebró en los locales del Juzgado de Paz de Carboneras la referida Junta General, y que dicha Junta General, con asistencia de cuatro socios poseedores de seiscientos setenta acciones de mil pesetas, siendo mil el total de ellas, y un millón de pesetas el capital social, acordó, respecto al punto A) del orden del día, nombrar Consejeros a los siguientes señores: Don Alfred Ange Auguste Tomais (como Presidente), don Antonio Fernández Vicente (como Secretario), don Pedro Martínez Guijarro, don Edgar Pillet y don Marcel Antoine Raphael Guy, quienes aceptaron en el mismo acto sus respectivos cargos, excepto el señor Martínez Guijarro, que no había asistido a la Junta.

Presentada en el Registro Mercantil certificación legitimada notarialmente del acta de la reseñada Junta General extraordinaria, fue calificada con la siguiente nota: "No admitida la inscripción de la precedente certificación que fue reintegrada a esta Oficina el día 25 de septiembre último, acompañada del 'Boletín Oficial del Estado', número 201, y una certificación expedida por don Pedro Mulero Navarro, Secretario del Juzgado de Primera Instancia del Juzgado de Vera, fecha 16 de septiembre último, por los defectos insubsanables siguientes:

1. No constar en la convocatoria de la Junta el lugar de celebración de ella, ya que no se ha efectuado en el domicilio social ni se trata de Junta universal (artículo 63 de la Ley de Sociedades Anónimas y Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1967).

2. No consignarse tampoco en dicha convocatoria, como asunto a tratar, el de la separación de los administradores de la sociedad, lo que resulta obligado, pues sin previa separación no puede verificarse la renovación total del Consejo de Administración (artículos 53, 73 y 75 de la Ley de Sociedades Anónimas).

3. No establecerse en la referida Junta, sin constar en los Estatutos, la forma de renovación parcial del Consejo de Administración nombrado por tratarse de renovación total del mismo (artículo 73 de la Ley de Sociedades Anónimas).

Se observan, además los siguientes subsanables:

1. No acreditarse el requerimiento notarial previo a los administradores para la convocatoria de la Junta que requiere el artículo 11 de los Estatutos sociales.

2. No justificarse con la certificación legitimada correspondiente, que se haya vertido referida acta de la Junta al Libro de Actas de Juntas generales de la Sociedad que exista a el respectivo habilitado al efecto (artículo 33 del Código de Comercio y artículos 107 y 108 del Reglamento del Registro Mercantil), y

3. En cuanto al nombramiento del Consejero señor Martínez Guijarro, la falta de documento acreditativo de su aceptación, conforme al artículo 108 del citado Reglamento.

La naturaleza insubsanable de los tres defectos primeramente expresados no permite anotación preventiva".

Interpuesto recurso de reforma y subsidiariamente gubernativo contra la anterior calificación; el Registrador dictó acuerdo manteniéndola, y la Dirección General acuerda revocar los tres defectos insubsanables y el segundo subsanable, de la nota del Registrador, en virtud de la siguiente doctrina.

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros.*—Vistos los artículos 48 a 58, 63, 73 y 75 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951; 44 a 68 del Reglamento del Registro Mercantil; la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1967 y la Resolución de 26 de febrero de 1953.

Considerando que en cuanto al primer defecto de la nota, es necesario resaltar la trascendencia que la convocatoria y lugar de celebración de las Juntas tiene, porque, como parece elemental y obvio, sólo su conocimiento previo y con exactitud permitirá al accionista asistir a la misma con la posibilidad de intervenir en los debates y discusiones planteados, exponer su criterio y, en definitiva, ejercitar el derecho de voto, que en su caso sancionará los acuerdos que se adopten y han de regir la vida social;

Considerando que en consonancia con lo anterior, el artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas establece la necesidad ineludible de fijar en el anuncio de la convocatoria la fecha en que se reunirá la Junta, y por otra parte, el artículo 63 exige que la misma se celebre "en la localidad donde la Sociedad tenga su domicilio", sin que necesariamente haya de ser la reunión en este último sitio, pues en ocasiones podría parecer conveniente hacerlo en otro lugar más cómodo, sin que por ello el interés del accionista resulte lesionado si, en efecto, ha tenido en tiempo oportuno conocimiento de esta circunstancia;

Considerando que al no contener la Ley de Sociedades Anónimas ninguna prevención acerca de la obligatoriedad de hacer constar en el anuncio de la convocatoria el lugar, siempre dentro de la localidad del domicilio social, donde ha de reunirse la Junta, y aunque casi siempre los propios Estatutos, con debido acatamiento a la norma del artículo 63 establezcan la forma en que los administradores darán cumplimiento a esta circunstancia, no cabe duda que, en la mayoría de los casos, la falta de publicidad o de consignación en la convocatoria de local distinto al del domicilio social donde la Junta ha de celebrarse, implica, en principio, una falta de conocimiento en el accionista, que puede motivar su no asistencia a la Junta, una lesión a sus derechos como socio y, por tanto, la posibilidad de impugnar los acuerdos que, en su caso, hubieran podido adoptarse;

Considerando que, ello no obstante, hay supuesto en que, en Sociedades anónimas de escaso número de socios, la celebración de la Junta en lugar distinto del domicilio social, sin haberlo indicado previamente en la convocatoria puede, por las especiales circunstancias que lo motivan, no implicar por parte de los socios un desconocimiento del lugar de la reunión—aparte, claro es, del caso de Junta universal—, y que amparar entonces una falta de asistencia—máxime cuando, como se ha visto, no se trata de un requisito esencial de la convocatoria—que ha tenido su origen, no en tal desconocimiento, sino en una positiva y cierta voluntad de impedir la celebración de la Junta, supondría autorizar y convalidar una conducta dirigida a paralizar la actuación de los órganos sociales, con los obligados perjuicios para la Sociedad, así como a los propios accionistas, que se encontrarían desprovistos de la facultad de censurar la gestión de los Administradores;

Considerando que, en efecto, en el presente supuesto de Sociedad anónima *cuasi* familiar se advierte una decidida actitud contraria a la celebración de la Junta general, por parte del Presidente y Secretario del Consejo de Administración, frente a la mayor parte de los socios, según se deduce de la certificación del acta de la Junta, calificada, ya que al haberse tenido que convocar por el Juez de Primera Instancia, conforme al artículo 57, se impide, con la conducta adoptada de cerrar las oficinas de la Empresa, que pueda celebrarse en el propio local del domicilio social, por lo que hubo de reunirse en el Juzgado de Paz de

la misma Villa de Carboneras, lugar de aquel domicilio social, con una asistencia de cuatro representantes del 67 por 100 del capital, quedando fuera los mencionados Presidente y Secretario, circunstancias extraordinarias que abonan no tomar en consideración el defecto, dado que el escaso número de edificios de la localidad y su misma cercanía permitían enterarse fácilmente dónde iba a celebrarse la Junta, que la designación del sitio exacto de celebración dentro de la localidad donde la Sociedad está domiciliada no es mención expresamente exigida por las leyes vigentes y, por último, que no puede darse por legítima—ni digna de protección por vía interpretativa, cumplidos todos los trámites legales de convocatoria—una conducta que tiende a desconocer y dejar sin efecto lo ordenado por la Autoridad judicial, y de la que, caso de derivarse daño o perjuicio, siempre serían responsables sus mismos autores;

Considerando en cuanto al segundo defecto de la nota, que si la expresión del orden del día con todos los asuntos que han de tratarse, es otra de las menciones que exige el artículo 53 se haga en el anuncio de la convocatoria, a fin de que el accionista conozca con anticipación las materias a discutir, y no pueda entrarse en el examen de aquéllas que de una manera clara no han figurado en el expresado orden del día, en el caso cuestionado, no se ha vulnerado el mencionado precepto legal, al hacerse constar en aquél que una de las finalidades de la Junta era la renovación del Consejo de Administración, ya que es presupuesto lógico y necesario para que esto sea posible la separación o revocación del nombramiento de todos o alguno de los actuales;

Considerando en cuanto al tercer defecto, que el artículo 73 se refiere a la “renovación” parcial del Consejo de Administración en circunstancias que pudieran entenderse como normales, mientras que el artículo 75, al establecer la posibilidad de “separación” de los Administradores “en cualquier momento”, concede una facultad sancionadora o defensiva a la Junta general y está redactado para situaciones extraordinarias o anormales, por lo que no hay ninguna incompatibilidad entre el contenido de los dos preceptos, y permite que la Junta pueda proceder a la destitución de uno o varios Administradores, sin tener que someterse a aquélla norma de renovación parcial, facultad omnímoda de la Junta que tiene un claro fundamento en el principio de libre revocabilidad de los Administradores, sancionado en todas las legislaciones;

Considerando, en cuanto a los defectos subsanables y pese a que el funcionario calificador no entra en su examen, por entender que no se ha recurrido respecto de ellos, no parece deducirse esto del escrito interpuesto, en donde no sólo se solicita por el recurrente la revocación de la totalidad de la nota, sino que igualmente se intenta justificar que ello tenga lugar tras exponer los pertinentes argumentos en defensa de su posición, si bien en cuanto al tercero de los defectos reconoce que procede lo exigido por el Registrador—aceptación del Administrador—, aunque esta circunstancia sea ajena a la Sociedad, y la existencia del defecto impedirá, tan sólo, la inscripción de este nombramiento, de Administrador, pero no de los restantes;

Considerando, pues, en cuanto al primero de los defectos subsanables, que según el artículo 54 del Reglamento del Registro Mercantil sólo podrán ser discutidas en el recurso las cuestiones basadas en los documentos presentados en tiempo y forma, sin que baste—como en este caso—el ofrecimiento de presentación del testimonio de las actuaciones judiciales, pues al no tenerlo a la vista el Registrador, le han faltado los elementos de juicio necesarios para la debida calificación;

Considerando, por último, en cuanto al segundo de los defectos sub-

sanables, que dadas las circunstancias especiales de oposición a que se celebrase la Junta, por parte de algún Administrador, que motivó tuviera lugar fuera del domicilio social, es natural que el acta de la Junta no se transcribiera en el libro correspondiente, que no pudo encontrarse ni se entregó con posterioridad por el Secretario, pese a haber sido requerido para ello, pero las medidas de garantía y seguridad adoptadas por el Presidente de la Junta—persona que actuaba como Delegado de la Autoridad judicial—permiten entender cumplidos los requisitos legales, dado que la certificación presentada es copia de la que se encuentra archivada en el propio Juzgado y constituye reflejo auténtico de lo ocurrido en la sesión y de los acuerdos adoptados.

C) *Comentario.*—El presente recurso plantea el problema de la determinación del criterio que habrá de aplicarse a un supuesto no contemplado en la Ley de Sociedades Anónimas: si es o no necesario especificar en la convocatoria de la Junta General de la Sociedad el lugar de celebración de ésta, cuando tal exigencia no se derive de los respectivos Estatutos. Las consecuencias prácticas de esta laguna legal son importantes, si se tiene en cuenta que con tal omisión puede llegarse a burlar el soberano derecho de los accionistas de concurrir a las Juntas y participar en ellas, por desconocimiento del lugar en que habrán de celebrarse.

La doctrina se ha esforzado en llenar este vacío de la Ley, pero lo cierto es que sus avances no se han plasmado en un criterio uniforme. En síntesis pueden señalarse dos posiciones extremas: La que estima indispensable la especificación del lugar de reunión en la convocatoria para que ésta pueda considerarse bien hecha—criterio objetivo—; y la que considera suficiente que el accionista haya tenido en tiempo oportuno conocimiento de tal circunstancia—criterio subjetivo—.

La legalidad vigente está representada por los artículos 53 y 63 de la Ley de Sociedades Anónimas, que exigen respectivamente, "la expresión de la fecha de celebración de la Junta", y "que ésta se celebre en la localidad donde la Sociedad tenga su domicilio"—norma inderogable por aplicación de lo dispuesto en el artículo 5 de la propia Ley—, pero deja sin solucionar la cuestión antes apuntada de si deben o no indicarse en la convocatoria, con toda precisión, el lugar y el local material de la reunión, con las especificaciones necesarias para su determinación, ni tampoco aclara la cuestión accesoria de si por no señalarse ningún lugar de reunión habrá de entenderse que éste es el propio del domicilio social, o la de si por haberse convocado judicialmente la Junta el local de reunión adecuado será el del propio Juzgado.

La Dirección General en los Considerandos de la resolución que se comenta se muestra partidaria del criterio subjetivo, pues si bien parte de la trascendencia que la convocatoria y el lugar de celebración de las Juntas tiene, y de que la falta de publicidad o de consignación de aquél en la convocatoria puede motivar una lesión en los derechos del socio justificando la posibilidad de impugnación de los acuerdos adoptados, se evade de esta rigidez cuando por tratarse de sociedades anónimas "cuasi" familiares o por mediar en la convocatoria especiales circunstancias, no se impida por parte de los socios el conocimiento del lugar de reunión.

Para JOAQUÍN GARRIGUES y R. URÍA (1), aunque la Ley no haga referencia al lugar de celebración de la Junta como mención necesaria

(1) *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas* tomo I. pág. 529, Madrid. 1952.

de la convocatoria, no por ello puede omitirse esta mención, imprescindible para que el accionista pueda acudir a la asamblea. No basta saber que el artículo 53 de la Ley ordena la celebración de las Juntas en la localidad donde la Sociedad tenga su domicilio; con esto no tiene suficiente el accionista, ya que la Junta, aún reuniéndose en la localidad en que esté domiciliada la Sociedad, puede hacerlo en local distinto del domicilio social. Lo correcto será mencionar la localidad, calle y número del inmueble en que la Junta habrá de celebrarse.

Ambas dispares posiciones nos muestran que efectivamente la Ley ha dejado una laguna (2) sin resolver, y, en consecuencia, hubiere sido preferible para esclarecer la materia que la propia Ley se hubiere limitado a imponer que las Juntas hubieren de celebrarse necesariamente en el domicilio social, a no ser que en la convocatoria se especificare un lugar material distinto de aquél, dentro de la propia localidad.

E. F. C.

3. SOCIEDAD ANÓNIMA.—COMIENZO DE LAS OPERACIONES SOCIALES: EL COMIENZO DE LAS OPERACIONES ANTES DE LA INSCRIPCIÓN DE LA SOCIEDAD EN EL REGISTRO MERCANTIL, NO ES CONTRARIO A LOS TEXTOS LEGALES Y ALCANZA PLENA EFICACIA SI EL PROCESO CONSTITUTIVO LLEGA A FELIZ TÉRMINO Y LA SOCIEDAD RATIFICA TALES OPERACIONES EN TÉRMINO HÁBIL.

Resolución de 24 de febrero de 1970 ("B. O." de 21 de marzo).

A) *Antecedentes de hecho*.—Por escritura autorizada en Barcelona el 8 de noviembre de 1963, se constituyó la Sociedad Anónima "Simbar", en la que el artículo tercero de los Estatutos decía así: "La duración será indefinida, y ha dado comienzo a sus operaciones el día 1 de julio del año en curso, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo séptimo de la Ley de Sociedades Anónimas".

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: "Denegada la inscripción del precedente documento, por cuanto el artículo tercero de los Estatutos de 'Simbar, S. A.', señala una fecha anterior a la constitución y a la inscripción para el comienzo de las operaciones de la Sociedad, y por lo que se refiere a las operaciones de giro y tráfico contenidas dentro del objeto social, no se ajusta a lo dispuesto en la letra d) del apartado tercero del artículo 11 de la Ley de Sociedades Anónimas, sin que sea de aplicación el artículo séptimo de la citada Ley, que hace referencia a contratos previos y limitados. No procede anotación preventiva de suspensión".

Interpuesto por el Notario autorizante del documento, a efectos exclusivamente doctrinales, recurso de reforma y subsidiariamente guber-

(2) La vigente Ley de Sociedades Anónimas no ha querido seguir el anteproyecto del Instituto de Estudios Políticos, que señalaba que la Junta habría de celebrarse en el domicilio social, y ello por la razón de evitar la interpretación de que las Juntas hubiesen de celebrarse necesariamente en este último.

nativo contra la anterior calificación, el Registrador Mercantil dictó acuerdo manteniéndola, y la Dirección General acuerda revocar la nota del Registrador, en virtud de la siguiente doctrina.

B) *Doctrina de la Dirección General de los Registros.*—Vistos los artículos 6, 7, 11 y 76 de la Ley de 17 de julio de 1951, y 102 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956.

Considerando que en este expediente se plantea la cuestión de si es inscribible en el Registro Mercantil una Sociedad Anónima que, con arreglo a lo establecido en el artículo tercero de los Estatutos sociales, dio comienzo a sus operaciones en fecha anterior al otorgamiento de la escritura de constitución, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo séptimo de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951;

Considerando que el artículo 11, 3.º, d) de la Ley de Sociedades Anónimas exige que en la escritura de constitución de una Sociedad se exprese “la fecha en que dará comienzo a sus operaciones”, en tanto que idéntico apartado del artículo 102 del Reglamento Mercantil exige la inscripción de “la fecha de comienzo de las operaciones”, precepto que tiene su antecedente en el número sexto del artículo 122 del Reglamento del Registro Mercantil de 1919, si bien éste permitía que pudiera hacerse constar la fecha “en que se hayan comenzado las operaciones”;

Considerando que, en principio, parece que las operaciones de una Sociedad Anónima deben comenzar cuando su proceso constitutivo esté terminado por haberse otorgado la correspondiente escritura pública, habiéndose inscrito ésta, además en el Registro Mercantil—artículo sexto de la Ley de Sociedades Anónimas—, si bien es práctica habitual el consignar en las escrituras constitutivas que la Sociedad da comienzo a sus operaciones en el día del otorgamiento de aquéllas;

Considerando que la misma Ley, en su artículo séptimo, ha previsto la posibilidad de la existencia de actos o contratos concluidos en nombre de la Sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil, dando validez en todo caso, a los actos de los Gestores, “necesarios para la constitución de la Sociedad”, subordinando en cambio la de los restantes contratos al doble requisito de la inscripción de aquélla y de la aceptación de tales contratos por la Sociedad, en plazo de tres meses;

Considerando que del examen de los preceptos citados se deduce que el comienzo de las operaciones sociales goza de plena protección y eficacia si se realiza con posterioridad a la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil, pero que un comienzo anticipado de las mismas no es contrario a los textos legales y alcanza plena eficacia si el proceso constitutivo llega a feliz término y la Sociedad ratifica tales operaciones en término hábil, razones que son suficientes para considerar ajustado a derecho el citado artículo estatutario, que no hace sino recoger el dato de la fecha efectiva del comienzo de las operaciones sociales, pero subordinando su eficacia al cumplimiento de los requisitos que fija el artículo séptimo de la Ley.

C) *Comentario.*—El problema planteado consiste en resolver si la fecha en que una Sociedad da comienzo a sus operaciones, habrá de fijarse en “presente”—a partir del otorgamiento de la escritura de constitución—; en “futuro”—a contar de la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil—, o puede también referirse al “pasado”, es decir, antes de que se produzca el otorgamiento de la escritura y su consiguiente inscripción en el referido Registro.

La legalidad vigente en nuestro Derecho somete a la Sociedad Anónima al requisito de la inscripción constitutiva—artículo 6 L. S. A.—, de donde se desprende que mientras dicha Sociedad no tenga acceso al Registro, no puede jurídicamente realizar operaciones como tal, ya que carece de personalidad jurídica, con todas las consecuencias que esto entraña. De ahí, que, en principio, la Sociedad sólo pueda de por sí acometer operaciones a partir de la fecha de su inscripción. Este criterio se reitera por el artículo 11.3 de la Ley cuando exige que en la escritura de constitución social se expresa "la fecha en que dará comienzo a sus operaciones", redacción que indudablemente se refiere al futuro.

No obstante, para paliar los inconvenientes derivados de la falta de personalidad jurídica de la Sociedad, la propia Ley—artículo 7—diferencia dos supuestos previos a la inscripción de la Sociedad Anónima en el Registro Mercantil:

1. La realización por los gestores, antes de la inscripción, de los actos necesarios para la constitución de la Sociedad.
2. La validez de los contratos concluidos en nombre de la Sociedad antes de su inscripción en el Registro Mercantil.

Dentro de este segundo supuesto, que es el que nos interesa, será preciso diferenciar:

a) Los contratos concluidos después de otorgada la escritura de constitución de la Sociedad y antes de la inscripción en el Registro Mercantil. En este caso, si bien la Sociedad Anónima todavía no ha adquirido personalidad jurídica, si tiene una indudable entidad contractual, ya que, según afirma JOAQUÍN RODRÍGUEZ (1), el defecto de las formas legales no produce la inexistencia de la Sociedad cuando ésta se deriva de un contrato dotado de todos los requisitos esenciales; la Sociedad, no obstante aquel defecto, existe como contrato. No se podrá hablar formalmente de Sociedad Anónima, pero sí de contrato de sociedad.

b) Los contratos concluidos antes del otorgamiento de la escritura de constitución de la Sociedad, como ocurre en el supuesto debatido. Jurídicamente no puede hablarse en este caso la de existencia de una Sociedad, sino, a lo sumo, de una apariencia de Sociedad en fase de gestación, de una "presociedad" en terminología alemana que plantea la dificultad de que los fundadores actúan por cuenta de un tercero inexistente, por lo que propiamente no puede emplearse el término de representación. A juicio de GARRIGUES (2), el tratamiento legal de las actividades contractuales de los fundadores ofrece una gran semejanza con el supuesto de la gestión de negocios ajenos, en cuyo caso, y por aplicación del artículo 1.892 del Código civil habrá de admitirse la plena validez de los contratos concertados por los fundadores a nombre de la Sociedad, siempre que se acepten y ratifiquen por ésta dentro del plazo previsto en la Ley.

Ahora bien, una cosa es la admisión de la plena validez y eficacia de los contratos concluidos en nombre de la Sociedad siempre que se acepten y ratifiquen por ésta, una vez constituida, y otra, el que esto nos sirva para afirmar que la Sociedad ha comenzado sus operaciones en fecha

(1) JOAQUÍN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ: *Tratado de Sociedades Mercantiles*, México, 1959, tomo I, pág. 251.

(2) J. GARRIGUES y R. URÍA: *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo I, Madrid, 1953, pág. 176.

anterior a su constitución; ello equivaldría a suponer que el "nasciturus" ha nacido antes de haber sido engendrado. En resumen, la Sociedad inicia sus operaciones a partir de su plena constitución y, entre éstas operaciones está el aceptar y ratificar contratos celebrados en su nombre, pero sin que tal ratificación equivalga a afirmar que la Sociedad haya comenzado a girar antes de estar constituida. Quizá el trasfondo del problema se centre en una cuestión puramente fiscal.

E. F. C.