

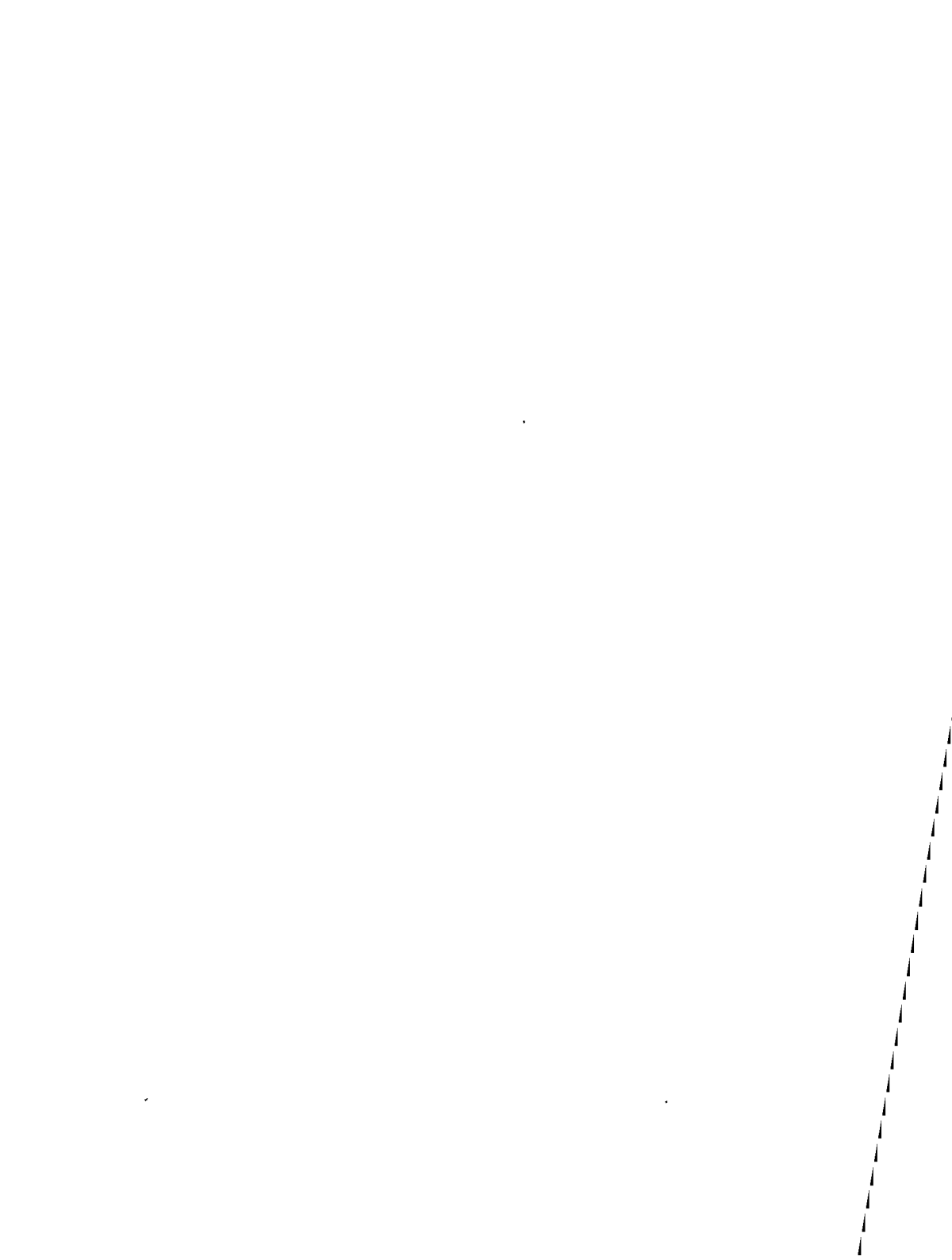
REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por,

D. Jerónimo González Martínez

Año LVII ● Julio - Agosto 1981 ● Núm. 545



CONSEJO DE REDACCION

CONSEJEROS:

D. Narciso de Fuentes Sanchiz.
D. Pedro Cabello de la Sota.
D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo.
D. José Poveda Murcia.
D. Pío Cabanillas Gallas.
D. Antonio de Leyva y Andía.
D. José Luis Lacruz Berdejo.
D. Juan Vallet de Goytisolo.
D. Ginés Cánovas Coutiño.
D. Aurelio Menéndez Menéndez.
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Fernando Muñoz Cariñanos.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—Madrid-6.—Teléfono 411 26 28

La Revista no se identifica con las opiniones
sostenidas por sus colaboradores.

I. S. B. N.: 84-500-5636-5

Depósito legal: M. 968-1958

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«La gestión de negocios de la Sociedad Anónima, en proyecto y en constitución», por JAIME MOREY UMBERT	853
«El problema de la aplicabilidad a Cataluña del artículo 812 del Código Civil», por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA y PABLO VIDAL FRANCÉS	933
«Reflexiones sobre la admisibilidad de nombramientos de Administradores de una Sociedad Anónima por tiempo indefinido», por V. José CASTILLO TAMARIT	963
«El sistema hipotecario inglés: rasgos esenciales», por FERNANDO BAZ IZQUIERDO	977

JURISPRUDENCIA:

I. Resoluciones y Sentencias:

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, TIRSO CARRETERO GARCÍA, EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO y JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA	1033
---	------

II. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Jurisprudencia civil, por SERGIO SAAVEDRA QUEIMADELOS, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA y JOSÉ QUESADA SEGURA ...	1059
2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS	1087

LIBROS:

«Poteri dei private e statuto delle proprietà: I. Oggetti, situazioni soggettive, conformazione dei Diritti», de GUIDO ALPA y MARIO BES- SONE, por JOSÉ M. ^a PIÑOL AGUADÉ	1102
«Las agriculturas andaluzas», de ESTUDIOS RURALES ANDALUCES, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	1105
«El fideicomiso en México y su viabilidad en España, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	1111
«La donación de las sanciones tributarias», de ANTONIO MARTÍNEZ LAFUENTE, por FERNANDO CERVERA TORREJÓN	1116
«Il commercio. Saggio di economia del diritto», de GERARDO SANTINI, por JOSÉ M. ^a PIÑOL AGUADÉ	1119

ESTUDIOS

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO.

FUNDADA EN 1925

POR

D. JERONIMO GONZALEZ Y MARTINEZ

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
CIVIL Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

T O M O L I I I
A Ñ O 1 9 8 0

PRÍNCIPE DE VERGARA, 72 - TELÉF. 411 26 28
MADRID-6

Prohibida la reproducción de los trabajos publicados en esta Revista sin el permiso escrito del Director de la misma o el especial en cada caso de los autores de aquéllos, cuya propiedad les queda reservada.

INDICE GENERAL

Págs.

NÚMERO 536

ESTUDIOS:

La renuncia a la legítima en el Derecho Civil Aragonés, por Angel Cristóbal Montes	9
Tanteo convencional y traspaso de negocio, por Ignacio Arechederra Aranzadi	17
Problemas de las obligaciones pecuniarias en el Derecho español, por Carlos Vattier Fuenzalida	41

NOTAS:

Familia y régimen económico matrimonial, por Jesús López Medel ..	95
Significado de un Código de la Familia, por Eduardo Vázquez Bote ...	101

JURISPRUDENCIA:

I. Resoluciones y Sentencias:

1. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por Manuel Amorós Guardiola, Tirso Carretero García y Eugenio Fernández Cabaleiro	111
--	-----

II. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Jurisprudencia civil, por José Manuel García García, José Quesada Segura y Catalino Ramírez Ramírez	147
2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por Jesús González Salinas	184

LIBROS:

La representación en el Derecho Privado, de Luis Díez-Picazo, por Vicente Espert Sanz	199
Estudios y textos de Derecho de Sociedades de la Comunidad Económica Europea, de José Girón Tena, por Juan Fernández Guerrero	208

Norma e impresa. Il Diritto civile e la trasformazioni del capitalismo. Recopilación de textos a cargo de Francesco Fanghi, por José María Piñol Aguadé	214
---	-----

REVISTAS:

I. Revistas comentadas	221
II. Noticia de Revistas	224

NÚMERO 537**ESTUDIOS:**

Pérdida del capital social y continuación de la Sociedad Anónima, por Aurelio Menéndez Menéndez	237
Venta por el propietario no poseedor. Cesión de la acción reivindicatoria, por Eusebio Giménez Roig	275
Adquisición de la nacionalidad española a virtud de opción por matrimo- nio, por Miguel García Gil	385

JURISPRUDENCIA:**I. 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	423
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por José Manuel García García y José Quesada Segura	449
2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por Jesús Gon- zález Salinas	472
3. Jurisprudencia fiscal, por Carlos Marín Albornoz	496
III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, por José Manuel García García	501

LIBROS:

Derecho Agrario, de Alberto Ballarín Marcial, por Francisco Corral Due- ñas	517
Manual de Derecho civil español, de Diego Espín Cánovas, por José Ma- ría Chico y Ortiz	523
Acuerdos restrictivos de la competencia, de Eduardo Galán Corona, por Carlos Marín Albornoz	525
Derecho procesal constitucional, de Jesús González Pérez, por Fernando Sequeira de Fuentes	529

Págs.

Le signe et le Droit, de Jean-Pierre Gridel, por José M. ^a Piñol Aguadé .	533
El contrato de obra, de Francisco Javier Sánchez Calero, por José María Chico y Ortiz	539

REVISTAS:

II. Noticia de Revistas	545
-----------------------------------	-----

NÚMERO 538

ESTUDIOS:

Venta por el propietario no poseedor. Cesión de la acción reivindicatoria (continuación), por Eusebio Giménez Roig	557
La naturaleza del Derecho agrario en el marco de una sociedad urbanizada, por Antonio Carrozza. Traducción de Antonio Moro Serrano .	599
Algunas consideraciones sobre el Registro de la Propiedad y su papel en la política de Urbanismo, por José Luis Benavides del Rey	609

JURISPRUDENCIA:

I. Jurisprudencia comentada:

Representación orgánica. Consejeros-Delegados y Directores-Gerentes, por Ricardo Egea Ibáñez	639
---	-----

II. Resoluciones y Sentencias:

1. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por Manuel Amorós Guardiola, Tirso Carretero García y Eugenio Fernández Cabalcero	651
--	-----

III. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Jurisprudencia civil, por José Manuel García García, José Quesada Segura, Catalino Ramírez Ramírez y Francisco Castro Lucini	687
2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por Jesús González Salinas	718
3. Jurisprudencia fiscal, por Carlos Marín Albornoz	733

LIBROS:

Medicina legal. Temas procesales, de Armando A. Barreda García, por Carlos Marín Albornoz	741
Derecho civil español común y foral. Tomo II, de José Castán Tobeñas, por José M. ^a Chico y Ortiz	745
Derecho civil español común y foral. Tomo VI, de José Castán Tobeñas, por José M. ^a Chico y Ortiz	747

	<i>Págs.</i>
La formación de la Agroindustria en España, 1960-1970, de Rafael Juan Fenollar, por Francisco Corral Dueñas	750
Nouvelles perspectives d'un Droit commun de l'Europe, por José María Piñol Aguadé	754

REVISTAS:

I. Revistas comentadas	763
II. Noticia de Revistas	767

NÚMERO 539

ESTUDIOS:

Venta por el propietario no poseedor. Cesión de la acción reivindicatoria (final), por Eusebio Giménez Roig	781
Matrimonial Property Regimes in Private Comparative International Law, por Vicente L. Simó Santonja	859

NOTAS:

Las participaciones sociales y el Registro Mercantil, por Emiliano Cano Fernández	877
---	-----

JURISPRUDENCIA:

I. 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	897
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por José Manuel García García, José Quesada Segura y Francisco Castro Lucini	917
2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por Jesús González Salinas	979
3. Jurisprudencia fiscal, por Carlos Marín Alborno	996

LIBROS:

El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones, de Jesús Cardenal Fernández, por José Luis Lacruz Berdejo	1003
La Empresa agraria española ante el futuro, del Círculo de Empresarios, por Francisco Corral Dueñas	1006

Págs.

L'Agriculture dans l'aménagement des aires péri-urbaines, de Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE), por Francisco Corral Dueñas	1011
La notion d'associe, de Alain Viandier, por José M. ^a Piñol Aguadé	1017
Estudio sistemático del Impuesto sobre la Renta, de Leopoldo Stampa, por José M. ^a Chico y Ortiz	1022

NÚMERO 540

ESTUDIOS:

Desvalorización monetaria y sus repercusiones en el Derecho civil, por Rafael Flores Micheo	1037
Naturaleza de la función registral, por Jesús López Medel	1079
zález Salinas	1245

JURISPRUDENCIA:

I. Jurisprudencia comentada:

Sobre la posibilidad de revisar en juicio declarativo ordinario los pronunciamientos de un laudo dictado en arbitraje de equidad», por Ricardo de Angel Yáguez	1127
--	------

II. 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	1165
---	------

II. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Jurisprudencia civil, por José Manuel García García	1209
2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por Jesús Gon-	

III. Resoluciones del Tribunal Económico-administrativo Central, por José Manuel García García	1267
--	------

LIBROS:

Regime condominiale ed esigenze abitative, de Massimo Basile, por José María Piñol Aguadé	1305
IX Congreso y Coloquio Europeo de Derecho Rural. Ordenación del territorio. Conservación de la Naturaleza. Propiedad y Empresa agraria, por Francisco Corral Dueñas	1310
La sucesión contractual aragonesa, de Angel Cristóbal Montes, por José María Chico y Ortiz	1314

REVISTAS:

I. Revistas comentadas ...	1319
II. Noticia de Revistas ...	1323

NÚMERO 541**ESTUDIOS:**

La naturaleza <i>ob rem</i> de la obligación de Renta Vitalicia, por Félix Rodríguez López ...	1335
Pago indebido subjetivo y mecánica de la relación obligatoria, de Enrico Moscati. Traducción y notas de Tomás de Zumalacárregui y M.-Córdova ...	1357
Estudio y aplicación del principio general de subrogación real en el Derecho de Sucesiones, por M. ^a Luisa Marín Padilla ...	1399

NOTAS:

Los logros del Profesor Werner Goldschmidt Lange, por Alicia M. Perugin de Paz y Geuse ...	1477
--	------

DICTAMENES Y CUESTIONES ACTUALES:

Dictamen sobre uso y disfrute de plazas de garaje. Copropiedad, por Bartolomé Menchén Bentez y Francisco Menchén Herreros ...	1489
---	------

JURISPRUDENCIA:**I. Resoluciones y Sentencias:**

I Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por Manuel Amorós Guardiola, Tirso Carretero Garca y Eugenio Fernández Cabaleiro ...	1501
---	------

II. Sentencias del Tribunal Supremo:

1. Jurisprudencia civil, por José Manuel García García, José Quesada Segura y Francisco Castro Lucini ...	1525
2. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por Jesús González Salinas ...	1544

LIBROS:

El valle de Alcadia durante el siglo XVIII, de Francisco Gascón Bueno, por Francisco Corral Dueñas ...	1561
Un altro modo di possedere, de Paolo Grossi, por José M. ^a Piñol Aguadé ...	1565

Págs.

El arbitraje cooperativo, de Antonio Muñoz Vidal, por Carlos Marín Albornoz	1570
Fori Aragorum. Edición facsímil con introducción en castellano de A. Pérez Martín, por Mariano Peset	1573
Diritto e realtà, de Franco Todescan, por José M. ^a Piñol Aguadé	1575
Concepto y tipos de empresa agraria en el Derecho español, de Carlos Vattier Fuenzalida, por Francisco Corral Dueñas	1581

REVISTAS:

I. Revistas comentadas	1591
II. Noticia de Revistas	1597

INDICE DE MATERIAS

ESTUDIOS

I.—DERECHO CIVIL

- Arechederra Aranzadi (Ignacio).*—Tanteo convencional y traspaso de negocio, 17.
- Carrozza (Antonio)*—La naturaleza del Derecho agrario en el marco de una sociedad urbanizada (traducción de Antonio Moro Serrano), 599.
- Cristóbal Montes (Angel).*—La renuncia a la legítima en el Derecho Civil Aragonés, 9
- Flores Micheo (Rafael)*—Desvalorización monetaria y sus repercusiones en el Derecho Civil, 1037.
- García Gil (Miguel).*—Adquisición de la nacionalidad española a virtud de opción por matrimonio, 385
- Giménez Roig (Eusebio)*—Venta por el propietario no poseedor. Cesión de la acción reivindicatoria, 275, 557 y 781.
- Marín Padilla (M^a Luisa).*—Estudio y aplicación del principio general de subrogación real en el Derecho de Sucesiones, 1399.
- Moscati (Enrico).*—Pago indebido subjetivo y mecánica de la relación obligatoria (traducción y notas de Tomás de Zumalacárregui), 1357.
- Rodríguez López (Félix).*—La naturaleza *ob rem* de la obligación de renta vitalicia, 1335.
- Simó Santonja (Vicente L.).*—Matrimonial Property Regimes in Private Comparative International Law, 859.
- Vattier Fuenzalida (Carlos)*—Problema de las obligaciones pecuniarias en el Derecho español, 41

II.—DERECHO HIPOTECARIO

- Benavides del Rey (José Luis).*—Algunas consideraciones sobre el Registro de la Propiedad y su papel en la política de Urbanismo, 609
- López Medel (Jesús)*—Naturaleza de la función registral, 1079.

III.—DERECHO MERCANTIL

- Menéndez Menéndez (Aurelio).*—Pérdida del capital social y continuación de la Sociedad Anónima, 237.

DICTAMENES Y CUESTIONES ACTUALES

Menchén Benítez (Bartolomé) y Menchez Herreros (Francisco).—Dictamen sobre uso y disfrute de plazas de garaje. Copropiedad, 1489.

NOTAS

Cano Fernández (Emiliano)—Las participaciones sociales y el Registro Mercantil, 877.

López Medel (Jesús).—Familia y régimen económico matrimonial, 95.

Perugini de Paz y Geuse (Alicia M)—Los logros del Profesor Werner Goldschmidt Lange, 1477.

Vázquez Bote (Eduardo).—Significado de un Código de la Familia, 101.

I.—RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

I.—INDICE CRONOLÓGICO

<i>Fecha de la Resolución</i>	<i>B. O. del E.</i>	<i>N.º</i>	<i>Revista</i>	<i>Pág.</i>
A) Registro de la Propiedad				
16 septiembre 1977	11 octubre 77	536	Enero-febrero.. . . .	111
8 marzo 1978	30 marzo 78	537	Marzo-abril	423
10 marzo 1978	5 abril 78	537	Marzo-abril	435
7 abril 1978	26 abril 78	538	Mayo-junio	651
4 mayo 1978	17 junio 78	538	Mayo-junio	658
5 mayo 1978	14 junio 78	538	Mayo-junio	671
21 septiembre 1978	11 octubre 78.	536	Enero-febrero.. . . .	120
29 septiembre 1978	18 octubre 78.	539	Julio-agosto	897
31 octubre 1978	5 diciembre 78	540	Sept.-oct.	1165
17 noviembre 1978	2 diciembre 78	540	Sept.-oct.	1188
7 diciembre 1978.. . . .	19 enero 79	541	Nov.-dic.	1501
B) Registro Mercantil				
9 mayo 1978	17 junio 78	536	Enero-febrero.. . . .	141
12 mayo 1978	20 junio 78	538	Mayo-junio	680
28 septiembre 1978	18 octubre 78	541	Nov.-dic	1518
15 diciembre 1978	30 enero 79	541	Nov.-dic.	1521

II.—INDICE POR MATERIAS

A) *Registro de la Propiedad*

ACTAS NOTARIALES

- De resolución por impago del precio en caso de *lex commissoria*.
- Su naturaleza: de notificación o requerimiento. Resolución de 17 de noviembre de 1978. Núm. 540. Pág. 1188.

ASIENTO DE PRESENTACION

- Suspensión del plazo de vigencia en caso de defectos nuevos después de resuelto recurso. Resoluciones de 17 de septiembre de 1977 y de 21 de septiembre de 1978. Núm. 536. Págs. 111 y 120.

ASOCIACIONES PROFESIONALES SINDICALES
ASOCIACION DE LA PRENSA DE MADRID

- No requieren subasta ni autorización ministerial sus enajenaciones.
- Su naturaleza, régimen legal y representación. Resoluciones de 16 de septiembre de 1977 y 21 de septiembre de 1978. Núm. 536. Págs. 111 y 120.

CALIFICACION REGISTRAL

- Defectos nuevos después de resuelto un recurso. El procedimiento registral en este supuesto. Resolución de 21 de septiembre de 1978. Núm. 536. Página 120.

CAPITULACIONES MATRIMONIALES «POST NUPTIAS»

- Disolución de la sociedad de gananciales al pactarse el régimen de separación de bienes existiendo ya sentencia de separación personal. Resolución de 29 de septiembre de 1978. Núm. 539. Pág. 897.

COMPRAVENTA

- Efectos respecto de terceros del aplazamiento del precio. Cuando actúa el artículo 11 de la Ley. Comentario a la Resolución de 17 de noviembre de 1978. Núm. 540. Pág. 1188.
- Pacto de *lex commissoria*. La Resolución por impago del precio en este caso. Resolución de 17 de noviembre de 1978. Núm. 540. Pág. 1188.

COMPARECENCIA

- De personas jurídicas en las escrituras. Resoluciones de 16 de septiembre de 1977 y 21 de septiembre de 1978. Núm. 536. Págs. 111 y 120.

CONDICION RESOLUTORIA

- En la compraventa. Tácita (art. 1.124 del Código) y expresa o explícita (artículo 1.504 del mismo). Sus diferencias. Resolución de 17 de noviembre de 1978. Núm. 540. Pág. 1188.

HIPOTECA CAMBIARIA

- En sentido estricto Su distinción de otras hipotecas en que intervienen cambiales.
- Sus requisitos y naturaleza. Posibilidad de garantizar varias letras.
- Cláusulas de vencimiento anticipado por impago de alguna de las letras. Resolución de 31 de octubre de 1978. Núm. 540. Pág. 1165.

INEXACTITUD REGISTRAL

- Rectificación por error en la declaración de voluntad contenida en el título inscrito: Errores comprobados a través de documentos auténticos independientes de la voluntad de las partes. Resolución de 10 de marzo de 1978
- Rectificación por error en el título acerca del nombre y apellidos de la esposa del comprador. La certificación de matrimonio como medio para la rectificación. Resolución de 5 de mayo de 1978.

INMATRICULACION

- Artículo 205 de la Ley Hipotecaria: Impugnación ante el Registrador de la inscripción practicada. Resolución de 8 de marzo de 1978.

INSCRIPCION DE BIENES GANANCIALES

- La regla primera del artículo 95 del Reglamento Hipotecario debe ser interpretada restrictivamente. Resolución de 10 de marzo de 1978
- Adquisición por mujer casada. Precio aplazado. Condición resolutoria expresa. Cláusula penal. Separación de hecho. Resolución de 4 de mayo de 1978.

NOTA MARGINAL ACREDITATIVA DEL CARACTER PRIVATIVO DEL PRECIO

- Cuando se justifique el carácter privativo del precio, tal circunstancia habrá de hacerse constar por nota marginal, rectificándose así el asiento inexacto para ponerlo en concordancia con la realidad extrarregistral. Resolución de 7 de abril de 1978. Núm. 538. Pág. 651.

NOTIFICACIONES

- De resolución de compraventa por impago de precio aplazado
- Su naturaleza y requisitos. Resolución de 17 de noviembre de 1978. Número 540. Pág. 1188.

OPCION DE COMPRA

- Requisitos de la inscripción de este derecho No inscripción de determinados pactos incorporados al contrato de opción. Resolución de 7 de diciembre de 1978.

PERSONAS JURIDICAS

- Determinación en la escritura de su naturaleza, tipo y representación. Comentario a las Resoluciones de 16 de septiembre de 1977 y 21 de septiembre de 1978. Núm. 536. Págs. 111 y 120.

RECURSO GUBERNATIVO

- No hay excepción de recurso resuelto. Posibilidad defectos nuevos. Resoluciones de 21 de septiembre de 1978. Núm. 536. Pág. 120.

REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL

- Su alteración por capitulaciones *post nuptias*. Sustitución del régimen de gananciales por el de separación. Ver Capitulaciones matrimoniales *post nuptias*.

REPRESENTACION

- De las personas jurídicas. Ver personas jurídicas: Su representación.

REQUERIMIENTOS

- Naturaleza del acta de resolución por impago del precio en el supuesto de pacto de *lex commissoria*. Ver actas notariales.

SEPARACION DE BIENES

- En capitulaciones *post nuptias*. Ver régimen económico matrimonial.

SOCIEDAD DE GANANCIALES

- Su disolución y liquidación al pactarse *post nuptias* el régimen de separación. Ver Capitulaciones matrimoniales *post nuptias*.

B) Registro Mercantil

SOCIEDADES ANONIMAS

AUTOCONTRATACION

- A través del correctivo de la autocontratación se trata de delimitar los poderes del representante para evitar un perjuicio a los intereses de su representado, sin la aprobación o consentimiento de este último. Resolución de 9 de mayo de 1978. Núm. 536. Pág. 141.

CESE DE ADMINISTRADOR

- Es reiterada jurisprudencia de este Centro Directivo que el cese de Administrador no se produce automáticamente al cumplirse el plazo para el que fue nombrado, con el fin de evitar que la Sociedad quede sin representación legal y sin la posibilidad de convocatoria de Junta General. Resolución de 12 de mayo de 1978. Núm. 538. Pág. 680.

CONSEJO DE ADMINISTRACION

- Número de miembros: nuestra Ley no prohíbe la existencia de un Consejo de Administración con dos miembros, sino que, por el contrario, la presupone dados los términos de los artículos 73 de la misma; 102, H), del Reglamento del Registro Mercantil, y principio general de la autonomía de la voluntad sancionado en el artículo 1.255 del Código Civil. Resolución de 9 de mayo de 1978. Núm. 536. Pág. 141.

JUNTA GENERAL

- Legitimación del socio para concurrir El artículo 59 LSA establece la legitimación del socio para concurrir a la Junta General, que en el caso de titulares de acciones al portador viene determinada por el depósito previo de las acciones en la forma prevista en los Estatutos o en la convocatoria, con cinco días de antelación a aquel en que deba celebrarse la Junta. Resolución de 28 de septiembre de 1978 Núm. 541. Pág. 1518

NOMBRAMIENTO DE LIQUIDADOR

- El nombramiento de liquidador sólo puede tener acceso al Registro Mercantil cuando conste inscrito el acuerdo de disolución de la sociedad. Resoluciones de 15 de diciembre de 1978 Núm. 541 Pág. 1521.

II.—SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. JURISPRUDENCIA CIVIL

1.1. REGISTRO DE LA PROPIEDAD (DERECHO HIPOTECARIO)

- Acción contradictoria del dominio inscrito: lo es la declarativa de propiedad, pero no lo es la de condena a titulares registrales al cumplimiento de contrato de aportación, 1225.
- Acta de notoriedad de aprovechamiento de aguas públicas, 1536
- Anotación preventiva de embargo:
 - No afecta a actos adquisitivos anteriores, 453 (con comentario).
 - No tiene naturaleza real. Prelación de créditos tributarios sobre ella, 921 (con comentario).
 - Sólo tiene preferencia respecto a créditos posteriores, no sobre los anteriores representados en letras, aunque la sentencia sea de fecha posterior, 1227.
- Doble inmatriculación: criterios de solución, 1229.
- Doble venta: la sentencia penal sobre estafa no afecta a la preferencia civil En la doble venta no hay ilicitud de la causa, 1525.
- Extranjero: adquisición sin autorización militar, 935
- Fe pública registral:
 - El artículo 34 L. H. no se aplica a las anotaciones de embargo, 453 (con comentario).
 - No existe buena fe del adquirente ante la inexactitud registral, 935.
- El tercero en caso de doble inmatriculación, 1229
- Hacienda Pública: preferencia de créditos tributarios sobre anotación preventiva de embargo, 921 (con comentario).
- Inscripción necesaria en zonas de acceso restringido a la propiedad de extranjeros, 935.
- Legitimación registral:
 - La zona marítimo-terrestre es bien de dominio público, que desvirtúa la presunción de propiedad del titular inscrito, 149
 - La declaración de la Sala de no haberse justificado la superficie, dada la indeterminación de linderos, no contradice el artículo 38 L. H., 452.

- No se refiere al dato físico de superficie, sino a la integridad jurídica, 1209 (con comentario).
- Párrafo 2.º del artículo 38 L. H.: acción contradictoria del dominio inscrito, 1225.
- Procedimiento del artículo 41 L. H.: 688.
- Principios hipotecarios:
 - Véanse «Fe pública registral», «inscripción», «Legitimación registral», «Tracto sucesivo».
 - Referencia a ellos en caso de doble inmatriculación, 1229.
- Procedimiento del artículo 41 L. H.: la denegación de una diligencia de prueba no da lugar a quebrantamiento de forma al no producir indefensión, 688.
- Procedimiento judicial sumario: no prospera la acción de nulidad de actuaciones por supuestos defectos de tramitación, 687.
- Registro de Ventas a Plazos de Bienes Muebles, 930.
- Tercero hipotecario: véase «Fe pública registral».
- Tracto sucesivo: referencia a este principio, 1225.
- Usucapción *contra tabulas*: prevalece frente al titular registral que no ostenta título oneroso, sino hereditario, 147.
- Usucapción *secundum tabulas*: no es usucapción tabular, pues requiere posesión efectiva. Implica presunción *iuris tantum* de posesión, 449.
- Zona de acceso restringido a la propiedad por extranjeros: necesidad de autorización militar, 935.
- Zona marítimo-terrestre: no prevalece la inscripción de terrenos dentro de dicha zona frente al carácter de dominio público de la misma, 149

1.2 DERECHOS REALES

- Accesión:
 - De buena fe. Concepto de buena fe en la accesión, 163.
 - Invertida, 693 y 945.
 - Plantación de árboles en suelo ajeno, 152.
 - Mutación de cauce: no se da al haberse producido usucapción, 164.
- Acción declarativa de dominio: naturaleza y alcance, 152; es contradictoria del dominio inscrito, 1225
- Acción negatoria de servidumbre: requiere se pruebe la propiedad por el actor, 157.
- Acción reivindicatoria:
 - De parcelas enclavadas en monte público: problema de identificación de fincas rústicas, 694 (con comentario).
 - Requisitos: prueba del dominio e identidad de la finca, 449.
 - Requisitos: 147.
 - Requisitos: prueba del dominio e identidad de la finca. No es necesario demandar a los colindantes no afectados por el pleito, 155.
 - Requisitos: apreciación por el Tribunal de instancia. Problemas de identificación del número del apartamento vendido, 947
 - Del Estado sobre un castillo como bien vacante, 953.
- Actos propios: 152 y 157
- Adquisición por ley: 953.
- Aprovechamiento de aguas públicas:
 - Comunal de vecinos: posibilidad de su expropiación, 159.
 - Conflicto entre concesionarios de aguas y minas, 691.
 - Por prescripción: acta de notoriedad, 1536.

— Bienes:

- De dominio y uso público: lo es la zona marítimo-terrestre, 149. Véase «Montes públicos».
- Inmuebles: no lo son los elementos de calefacción de un inmueble no incorporados todavía al mismo, 943
- De propiedad privada: camino existente entre dos fincas que según las pruebas pertenece a una de ellas y no es de dominio y uso público, 1529.
- Vacantes: castillo reivindicado por el Estado, 953.
- Buena fe: concepto de ella en la accesión, 163.
- Comunidad de regantes en formación: preferencia de derechos de riego entre comunidades, 1536.
- Cosa juzgada: no es necesario alegarla. Identidad de causa de pedir aunque la denominación de las acciones sea distinta, 1531.
- División de montes públicos, 458.
- Donación: requisitos. Falta de *animus donandi*. Causa ilícita e inexistencia de causa del negocio. Reserva de facultades dispositivas por el donante sobre todos los bienes, 1212 (con comentario).
- Helechal en Navarra, 933 y 1229.
- Montes públicos:
 - En Navarra: interpretación de la palabra «helechal», 933 y 1229.
 - De utilidad pública: divisibilidad entre los dos Ayuntamientos copropietarios, 458.
- Prelación de créditos: 689, 917 (con comentario) y 1227.
- Poder: otorgado en el extranjero. Sustitución. Muerte del sustituido, 938.
 - Distinción entre Estatutos y Reglamentos de Régimen Interior. Nulidad de acuerdo no tomado por unanimidad, prohibiendo establecer en una vivienda un consultorio médico. Diferencia entre clínica y consultorio, 1233.
 - Validez de cláusula estatutaria excluyendo a ciertos locales de algunos gastos comunes. Atribución del disfrute exclusivo de una terraza que es elemento común. Reparación de ascensores, 1236.
 - Obras consistentes en convertir unas ventanas en puertas de la planta baja: requiere el consentimiento de la comunidad. No hay en este caso abuso de derecho de la comunidad por no concederlo, 166.
 - Obras sobre local destinado a farmacia que alteran la estructura general y configuración exterior del edificio, 941
- Ratificación: comparación con la confirmación y con la aceptación, 453 (con comentario).
- Retracto de comuneros: no cabe cuando la enajenación se hace a otro comunero, aunque sea más moderno que el actor retrayente, 950.
- Retracto de colindantes:
 - Precio declarado en escritura pública diferente del declarado en documento privado anterior. Cómputo de plazo de la acción. El retracto requiere la consumación de la venta, 460 (con comentario).
 - No procede por ser urbana la finca. Criterios de diferenciación entre fincas rústicas y urbanas. Referencia a la legislación de arrendamientos rústicos, 952.
 - Finca inferior a una hectárea aunque en el Registro figuraba con mayor superficie, 1209 (con comentario).
 - Cómputo de plazo. El conocimiento de la venta por el retrayente ha de ser completo, 1242.

— Servidumbre:

- De luces y vistas: requisitos de la acción negatoria, 157.
- De paso: modificación de la servidumbre como consecuencia de la construcción de un edificio en el predio sirviente, 161.
- Simulación relativa del negocio por interposición de persona. Prueba de presunciones: presunción *ad hominem*, 932.
- Tercería de dominio: 941 y 1534.
- Tercería de mejor derecho: 689, 917 (con comentario) y 1227.
- Zona marítimo-terrestre: 149.

1.3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Actos contrarios a una ley:

- No es preciso para su validez que la ley la ordene de una manera expresa, 961.

Arrendamiento:

- El fijado por tiempo indefinido no puede interpretarse que será a perpetuidad, 964.
- Presunción de culpabilidad del arrendatario en caso de incendio de lo arrendado, 966.

Arrendamiento de obra:

- Desistimiento de obra, 700.
- El concepto de ruina es extensivo a los graves defectos de la construcción, 967.
- No le son aplicables las normas de prescripción de la acción por culpa aquiliana, 697.
- No le son aplicables las normas sobre vicios ocultos en la compraventa, 965.

Caducidad:

- La establecida por el artículo 1.496 del Código Civil no se produce cuando se presenta demanda de conciliación, 470.

Causa contractual:

- Debe declararse la nulidad de un contrato ilícito, aunque las partes reconozcan su validez, 468.
- Su ilicitud consiste en una finalidad contraria a la ley o a la moral y común a todas las partes, 174.
- Su ilicitud únicamente ocasionará la nulidad del contrato si éste persigue un fin ilícito o inmoral, 1539.

Contrato:

- Efectos respecto a terceros al transmitirse por los contratantes los derechos adquiridos, 466.
- Su normativa es de orden superior a la disponibilidad de las partes, 961.

Compraventa:

- De un piso con plaza de garaje aneja, que es inadecuada, 698.
- Distinción entre promesa de compraventa y contrato de compra con opción, 704.
- El principio *res perit emptore* no es aplicable a la alteración de valor de la cosa vendida, 1539.
- El requerimiento del artículo 1.504 del Código Civil ha de hallarse dirigido a que se tenga por resuelto el vínculo contractual, 470
- Es válida una venta hecha sólo por el marido en el año 1953, 965.
- La de una vivienda de protección oficial es un contrato normado y no de adhesión, 705.
- La fijación del precio en las viviendas de protección oficial está sustraída a la libertad de contratación, 957.
- La mujer puede impugnar la enajenación fraudulenta del marido sin esperar a que se disuelva la sociedad, 966
- No indicándose precio por unidad de medida, la venta de un inmueble será a cuerpo cierto, 702.

Cosa juzgada:

- No existe autoridad de cosa juzgada penal en el orden civil, 174.

Consentimiento uxoris tácito:

- 958.

Daños:

- Es indispensable que la conducta lesiva sea antijurídica, 1538.
- La responsabilidad civil procedente de delito no encaja en el artículo 1.968 del Código Civil, 963.
- Responsabilidad directa del padre por los causados por un menor, 701.
- Su resarcimiento abarca todo el menoscabo económico, 467.

Derecho Navarro:

- Accesión invertida: no es aplicable a las obras realizadas por el arrendatario, 469.
- El derecho de superficie ha de constituirse mediante inequívoca declaración de voluntad, 469.

Derecho de Retorno:

- El inquilino no puede elegir una vivienda de superficie mayor de la que ocupaba, 958.

Donación:

- Criterios menos formalistas para entender aceptada una donación, 703.
- Será *inter vivos* cuando la circunstancia de la muerte no se incorpore como causa, 969.

Error en el consentimiento:

- Los errores en una cuenta sólo dan lugar a su corrección, 173.

Excepción:

- De contrato no cumplido adecuadamente, 700.
- La *exceptio non adimpleti contractus* constituye una negación, 704.
- Opuesta la *exceptio non adimpleti contractus* no puede el demandado reconvenir al actor sin ofrecer el contravalor, 957.

Hechos notorios:

- No necesitan prueba, 467.
- A ella pertenece un derecho de propiedad atribuido a una advocación de la Virgen, 959.

Incongruencia:

- No se da por el cambio de punto de vista jurídico, 963.
- La congruencia no implica conformidad rígida con las peticiones de las partes, 967.

Interpretación «contra proferentem»:

- 964.

Juicio de desahucio:

- Pueden discutirse cuestiones que sean supuesto de la resolución a dictar, 960.

Laudo arbitral:

- Ha de respetarse cuando no exista extralimitación, 959.
- Las dudas respecto al plazo se resolverán en el sentido más favorable a la validez, 168.

Legitimación:

- De la mujer casada para ser demandada en unión de su marido sobre el cumplimiento de obligaciones derivadas de la compra ed un inmueble, 170.

Leyes desamortizadoras:

- No supusieron la apropiación por el Estado de todos los bienes del clero, 470.

Litisconsorcio pasivo:

- Basta con dirigir la acción contra los que quebrantaron el derecho del accionante, 701.
- El demandante no es árbitro de elegir a los demandados, 168.
- Han de figurar en la litis los que actuaron como partes en el contrato, 171.
- No es necesario demandar a la mujer, aunque el pleito sea sobre bienes gananciales, 970.
- No existe entre el autor material del daño y el responsable, 171.

Menores de edad:

- El contraer matrimonio no equivale a alcanzar la mayoría de edad a efectos de una pensión, 467.
- Limitación a sus padres del plazo de arrendamiento de fincas rústicas en que aquellos tengan participación, 167.

Mora del deudor:

- Estando concretada la cantidad, debe ser condenado al pago de intereses, 169.

Partición:

- El cónyuge viudo necesita el consentimiento de los herederos del premuerto para enajenar bienes gananciales, 172.
- Su aprobación por el heredero no implica renuncia a cualquier otro bien no incluido en el inventario, 169.

Prescripción:

- El transcurso del tiempo produce duda en cuanto a la realidad de un pretendido derecho, 1538.

Préstamo:

- Garantizado con la entrega de una finca, 965.

Propiedad horizontal:

- No le son apropiadas las normas de la accesión, 471.

Resolución de un contrato por incumplimiento:

- No es obstáculo para la pretensión resolutoria la suspensión de pagos del demandado, 968.
- No puede pedirse cuando éste se debe al comportamiento del actor, 960.

Sindicato:

- Su condición definidora es la defensa de los intereses profesionales de los asociados, 1541.

Usufructo:

- De sustento: la obligación de salvar la sustancia está subordinada a la finalidad de sustentación, 962
- Impuesto de Transmisiones, 966.
- Corresponde al nudo propietario y no al usufructuario el derecho de ejercitar el retracto de comuneros, 1540.

ARRENDAMIENTOS

I —ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS

Conversión de aparcería en arrendamiento: no procede, una vez transcurrido el plazo máximo de duración legal de los arrendamientos, 707.

Declaración y condena: no puede revivir la aparcería por transformación del suelo rústico en urbano, 181.

Desahucio: 176, 177, 178, 179, 181, 705, 706 y 709.

Reclamación de cantidad: es poseedor de mala fe el que prolonga abusivamente la posesión de la finca, una vez vencido el plazo, 180

Retracto: 177 y 708.

Resolución: existe causa al variar la naturaleza del contrato.

Subarriendo: 178.

II.—ARRENDAMIENTOS URBANOS

Denegación de prórroga: procede en caso de separación de hecho del arrendador, 182.

Desahucio: 710 y 711.

Resolución: 182.

Retracto: no procede por no haber sido citada la vendedora en el procedimiento, 710.

14. SUCESIONES

Acrecimiento, 712.

Legítimas:

- Reconocimiento de su pago en vida del testador, 970.

Legados:

- De cosa ajena, 1544.
- Necesidad de que los legatarios sean citados a juicio, 975.

Partición:

- Rescisión por lesión, 1542.

Sucesión intestada, 712.

Sustitución, 712.

Testamento:

- Cláusula cautelar, 1544.
- Condición contraria a la ley, 1544.
- Interpretación, 714.
- Medios de prueba extrínsecos, 712 y 714.
- Nulidad, 976 y 978.

2. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

- *La legalización de los masones.* (Aplicabilidad directa de la Constitución y supervivencia de Leyes «anteconstitucionales».)
 - Normas necesitadas de una actividad intermedia a su aplicación. Derechos fundamentales y constitución, 185 y s.
 - Efectividad de la protección del derecho de asociación: Normas aplicables, 187 y ss. Carácter de la «intervención» de la Administración, 190 y ss.
 - Interpretación del término secreto referido a las Asociaciones y en especial (y como tópico) a las de masones, 193 y ss.

- *Sustitución de los Ayuntamientos en el ejercicio de sus competencias urbanísticas*, 472 y ss.
 - Ante el tópico de matizar la tónica autonomía municipal, 472 y ss
 - Modulación de la competencia municipal: encuadramiento de la técnica de sustitución, 475 y ss.
 - Sustitución por inactividad en el otorgamiento de licencias. 478 y ss.
 - Sustitución en relación con el Registro de solares y otros supuestos. 481 y s
 - Sustitución en el Planeamiento. 482 y ss.
- Archivos y principio de *transparencia administrativa*, 718 y ss.
 - Legitimación procesal y procedimental en general, 723 y ss.
 - Las Leyes de Prensa y secretos oficiales. 727 y ss.
 - Inaplicabilidad directa de la constitución. 728 y ss.
- *Citación a los propietarios en la tramitación de Planes de Urbanismo*.
 - Sentido y requisitos de la información pública en general. 982 y ss
 - La citación no sustituye la publicación de anuncios y viceversa, 985 y ss.
 - La existencia de propietarios como problema. 988 y ss.
 - Existencia de un arroyo y exigencia de notificar a (precisamente) la Confederación Hidrográfica, 990 y ss
 - Falta de citación preceptiva: discutible imposibilidad de desaprobación definitiva del Plan e hipotética inconveniencia de que los jueces entren en el tema de fondo, 992 y ss.
- *Huelgas de hambre en las cárceles*. 1245 y ss
 - Situación jurídica (de dependencia especial) de los presos Revolución en su Estatuto, 1248 y ss.
 - Justicia (administrativa) penitenciaria. 1253 y ss.
 - El derecho a ser oído en el procedimiento (administrativo) sancionador penitenciario, 1255.
 - Tipificación del ayuno como falta. 1262 y ss.
- *Momento de la notificación* y otorgamiento de licencias por silencio administrativo, 1546 y ss.
 - Funcionamiento del silencio en materia de licencias de construcción. 1551 y s.
 - Momento en que debe entenderse hecha la notificación entre las actuaciones que supone hacerla por correo. 1552 y ss.
 - Importancia de comunicar a la Administración los cambios de domicilio, 1555.
 - ¿Pueden surgir actos ilegales del silencio positivo?, 1556 y s
 - Modificación de la ordenación urbanística después de la petición de licencia y antes de que la Administración resuelva. 1557 y s.

III.—RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL ECONOMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

- Asociaciones de Utilidad Pública: el problema de la exención o no del Impuesto de Sucesiones, 51 (con comentario).

- Bonificación: no es aplicable a la compra de finca rústica la que está prevista para las constituciones y ampliaciones de sociedad acogida a la acción concertada, 1289.
- Calificación fiscal de los bienes: respecto a un estanque y a un derecho de aguas, 1285.
- Comprobación de valores:
 - El dictamen valorativo del técnico de Hacienda ha de ser razonado, no bastando la mera expresión del valor de los bienes, 501, 504 (con comentario), 1279, 1281, 1287, 1290, 1295 y 1301.
 - El dictamen valorativo del técnico ha de diferenciar los distintos bienes, 1295.
 - El dictamen valorativo del técnico de Hacienda tiene presunción de legalidad, incumbiendo al reclamante desvirtuar tal presunción, 1269.
 - Dictamen valorativo del Arquitecto de Hacienda superior al precio de adquisición de la finca en subasta administrativa: necesidad de dictamen razonado, 1279.
 - Valor asignado a la finca hipotecada para subasta, 1285.
- Congregación Religiosa: no clasificada como Fundación de Beneficencia Particular: no está exenta del Impuesto de Sucesiones, 511 (con comentario).
- Exenciones:
 - Congregación Religiosa: no está exenta, 511 (con comentario).
 - Grupo Sindical de Colonización, 1296.
 - Polígono de Nueva Urbanización: transmisión separada de locales, 1282 y 1300.
 - Préstamo hipotecario, 508 (con comentario).
- Expediente de investigación en personas jurídicas, 1285.
- Grupo Sindical de Colonización: se equipara a Cooperativa del Campo, a efectos de exención, 1296.
- Permuta: con diferencia en metálico: liquidación del metálico como bien mueble, 1270 (con comentario).
- Personas jurídicas: expediente de comprobación e investigación, 1285.
- Polígono de nueva urbanización: ley castellana, 1282 y 1300.
- Prescripción del impuesto:
 - En personas jurídicas, 1285.
 - Cómputo de plazo en caso de exención provisional de vivienda de renta limitada e interrupción de la prescripción, 1292.
- Reclamación económico-administrativa: el escrito remitido por correo dentro de plazo, aunque llegue al Tribunal después, no es extemporáneo, 1287.
- Recurso extraordinario de revisión: aparición de documento que no es decisivo en el caso, 1278.
- Tasación pericial contradictoria: pedida en trámite de reclamación económico-administrativa, 1267 y 1296.

LIBROS

- Barreda García (Armando A.)*.—Medicina legal. Temas procesales, 741.
Basile (Massimo).—Regime condominiale ed esigenze abitative, 1305.
Bassols Coma (Martín).—Génesis y evolución del Derecho Urbanístico español, 749.
Cardenal Fernández (Jesús).—El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones, 1003.
Castán Tobeñas (José).—Derecho civil común y foral. Tomos II y VI, 745 y 747.
Cristóbal Montes (Ángel).—La sucesión contractual aragonesa, 1314.
Díez Picazo (Luis).—La representación en el Derecho Privado, 199.
Espin Cánovas.—Manual de Derecho civil español, 523.
Fanghi (Francesco).—Norma e impresa. Diritto civile e la trasformazioni del capitalismo. Recopilación de textos, 214.
Fenollar (Rafael Juan).—La formación de la Agroindustria en España, 750.
Galán Corona (Eduardo).—Acuerdos restrictivos de la competencia, 525.
Gascón Bueno (Francisco).—El Valle de Alcudia durante el siglo XVIII, 1561.
Girón Tena (José).—Estudios y Textos de Sociedades de la Comunidad Económica Europea, 208.
González Pérez (Jesús).—Derecho Procesal Constitucional, 529.
Gridel (Jean-Pierre).—Le signe et le Droit, 533.
Grossi (Pablo).—Un altro modo di possedere, 1565.
Muñoz Vidal (Antonio).—El arbitraje cooperativo, 1570.
Pérez Martín (A.).—Fori Aragorum, 1573.
Sánchez Calero (Francisco Javier).—El contrato de obras, 539.
Stampa (Leopoldo).—Estudio sistemático del Impuesto sobre la Renta, 1022.
Todescan (Franco).—Diritto e realtà, 1575.
Vattier Fuenzalida (Carlos).—Concepto y tipos de Empresa agraria en el Derecho español, 1581.
Viandier (Alain).—La notion d'associe, 1017.
Círculos de Empresarios.—La Empresa agraria española ante el futuro, 1006.
Organisation de cooperation et de developpement economiques.—L'Agriculture dans l'aménagement del aires péri-urbaines, 1011.
IX Congreso y Coloquio Europeo de Derecho Rural.—Ordenación del territorio. Conservación de la naturaleza. Propiedad y Empresa Agraria, 1310.

REVISTAS

- I. Revistas comentadas, 221, 763, 1319 y 1591.
- II. Noticia de Revistas, 224, 545, 767, 1323 y 1597.

La gestión de negocios de la Sociedad Anónima, en proyecto y en constitución *

1. PRELIMINAR

La delimitación temporal del período de Sociedad en constitución presenta dos cuestiones: la determinación del momento inicial y del momento final.

La doctrina jurídica suele entender que la situación de Sociedad en constitución comienza por el otorgamiento de la escritura de constitución y más concretamente con la realización de los desembolsos. Antes de la escritura de constitución, se viene diciendo, existe sólo una Sociedad en proyecto, pero no una Sociedad en constitución.

El esquema que antecede permite que los estudios referentes a la Sociedad en constitución se circunscriban a la normativa de Derecho Mercantil, con alguna referencia al Derecho civil, ya que generalmente en el período de Sociedad en constitución rige el Derecho mercantil, y la penetración del Derecho civil reviste carácter supletorio. Los estudios, como decimos, suelen limitarse a la Sociedad en constitución y no se extienden a la Sociedad en proyecto, que se rige normalmente por el Derecho civil (8).

Este método de trabajo no cuadra con nuestro propósito de comprender en este estudio, no sólo la normativa de Derecho mercantil, sino también las de Derecho civil y de Derecho Registral, desde el inicio de la actividad de los gestores, y por consiguiente, durante am-

(*) Este estudio es ampliación de la conferencia pronunciada por su autor en el Seminario de Derecho Hipotecario de Cataluña el 24 de febrero último.

bos períodos, el de Sociedad en proyecto y el de Sociedad en constitución.

Tampoco nos sirve, por razones prácticas, el título de «Sociedad en proyecto y Sociedad en constitución» con que encabezamos estas líneas. Sin afán innovador, preferimos el de «Sociedad en creación», que, por su mayor brevedad, facilita la fluidez de la exposición, y que tiene suficiente amplitud para abarcar la Sociedad en proyecto y la Sociedad en constitución. El título de Sociedad Anónima en creación no origina, por otra parte, ninguna discrepancia entre el enunciado y el contenido, ya que toda creación humana (inventos, obras literarias o artísticas, etc.) comienza con el inicio del proceso mental dirigido a la creación. Los actos internos no cuentan, sin embargo, para el Derecho, mientras no se exterioricen, por cuya razón el punto de partida de nuestro trabajo será aquel en que los gestores realicen el primer acto o estipulen el primer contrato.

Fijamos el momento final de la situación de Sociedad en creación en la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil, en cuyo momento cesa la actividad de los gestores y comienza la de los órganos sociales. No obstante, nos ocuparemos de un acto y una omisión posteriores a la inscripción: la ratificación o aprobación por la Sociedad de la actuación de los gestores, y el transcurso del plazo de tres meses, sin que la misma se produzca, de cuyos acto y omisión dependen los efectos de la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación.

Observemos que antes de la inscripción en el Registro Mercantil se haya otorgado o no la escritura pública de constitución, no existe una Sociedad Anónima (art. 6 L. S. A.), sino sólo una Sociedad Anónima en proyecto o una Sociedad Anónima en constitución o, según nuestra terminología, una Sociedad Anónima en creación. La gestión de negocios, desde el inicio de la actividad de los gestores, hasta la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil, es, por consiguiente, la gestión de negocios de una persona inexistente, y este postulado proyecta su influjo, de modo decisivo, sobre el ordenamiento jurídico y sobre su interpretación (8.3).

Por lo demás, dejamos fuera de nuestro estudio, de una parte, la fundación sucesiva de la Sociedad Anónima (arts. 9 y 16 y siguientes de la L. S. A.), por estar en desuso; y de otra, los requisitos de la escritura de fundación y de la inscripción (arts. 8, 10, 11, 12, etc., de la L. S. A. y concordantes del Reglamento del Registro Mercantil) por poseer suficiente entidad para un estudio aparte, que quizás acometamos, si Dios nos depara ganas y facultades.

2. CONCEPTO DE LA GESTION DE NEGOCIOS DE LA SOCIEDAD ANONIMA EN CREACION

No define nuestro Derecho positivo la gestión de negocios ajenos. Sin embargo, el Código Civil la describe, al aludir en su artículo 1888, al que se «encarga voluntariamente de la agencia o administración de los negocios de otro sin mandato de éste...». Exige, pues, este precepto dos requisitos en la gestión de negocios ajenos: que el gestor obre voluntariamente y que no exista mandato del dueño del negocio, requisitos que se reducen, en definitiva, a uno sólo, ya que el segundo está comprendido en el primero, porque si el gestor obra obligado por un contrato de mandato, no obra voluntariamente.

La jurisprudencia civil exige otros requisitos, que contribuyen a perfilar el concepto y que estudiaremos en otro epígrafe de este trabajo.

VICENT CHULIÁ (*Revista de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero de 1977) define la situación jurídica de Sociedad en constitución o en formación, como aquella que se produce como consecuencia de un contrato de Sociedad que, otorgado o no en escritura pública, aún no ha desplegado sus plenos efectos, tanto internos como externos.

Nos proponemos, como hemos anticipado, estudiar la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación, y desde este punto de vista, la definición que precede, comprende, por una parte, un exceso, y por otra, un defecto de materia. Lo primero, porque quedan dentro de la definición las sociedades no anónimas. Lo segundo, porque quedan fuera la gestión de negocios y la Sociedad en proyecto.

Se podría definir la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación, como aquel cuasi contrato mediante el cual una o varias personas—gestores—se encargan voluntariamente de la agencia o administración de los asuntos de una Sociedad Anónima todavía inexistente, por cuenta de ésta, durante el período comprendido entre el primer acto de agencia o administración y la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil.

3. PRECEPTOS FUNDAMENTALES EN LA REGULACION DE LA MATERIA

Están contenidos en los artículos 7 y 13 de la Ley de Sociedades Anónimas; 120 del Código de Comercio; 1888, 1892 y 1893, relativos a la gestión de negocios ajenos; 1717, 1725 y 1727, referentes al contrato de mandato, y 1259, a las disposiciones generales de los contratos, todos del Código Civil.

No transcribimos en este capítulo los preceptos de las normativas de los factores y de la Comisión Mercantil, aplicables a la Sociedad Anónima en creación, porque no los creemos fundamentales, sino de rango inferior, por no entrar nunca, en la regulación de la materia, con carácter prioritario, ya que, o no tienen entrada, si los actos de gestión son otorgados por un gestor que no se encargue de la constitución de la Sociedad, o su penetración reviste carácter supletorio, si tales actos han sido otorgados por un gestor que haya asumido dicho encargo. No obstante, los preceptos antes aludidos serán objeto de referencias y comentarios en los epígrafes correspondientes.

El artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone que «La validez de los contratos concluidos en nombre de la Sociedad, antes de su inscripción en el Registro Mercantil, quedará subordinada a este requisito y a la aceptación por la Sociedad dentro del plazo de tres meses. En su defecto, los gestores serán responsables solidariamente frente a las personas con las que hubieren contratado en nombre de la Sociedad.» «Los gestores podrán realizar, antes de la inscripción, los actos necesarios para la constitución de la Sociedad, siendo de cuenta de ella los gastos que por esta causa se originen» (10.3.1.1; 10.3.2; 10.4.1.1).

El artículo 120 del Código de Comercio preceptúa que «Los encargados de la gestión social que contravinieran lo dispuesto en el artículo anterior serán solidariamente responsables para con las personas extrañas a la Compañía con quienes hubieren contratado en nombre de la misma» (10.4.1.1).

El artículo 119, al que se refiere el 120 transcrito, establece la obligación de toda Compañía, antes de dar principio a sus operaciones, de hacer constar su constitución, pactos y condiciones, en escritura pública que deberá presentarse para su inscripción en el Registro Mercantil.

El artículo 13 de la Ley de Sociedades Anónimas prescribe que «Los fundadores están obligados a realizar todo lo necesario para la inscripción de la Sociedad, y responderán solidariamente frente a ella y frente a tercero de la aportación de la cuarta parte del capital suscrito, de la realidad de las aportaciones no dinerarias y de su valoración, de la inversión de los fondos destinados al pago de los gastos de constitución y de cuantas declaraciones hagan en la escritura fundacional.» «La misma responsabilidad alcanzará a las personas por cuya cuenta hayan obrado los fundadores» (10.3.2.2).

El artículo 1888 del Código Civil ya ha sido transcrito en la referencia número 2.

El artículo 1717 del Código Civil preceptúa que «Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas contra el mandante.» «En este caso el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. Exceptuase el caso de que se trate de cosas propias del mandante.» «Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario.»

Según el artículo 1725 del mismo Código, «El mandatario que obre en concepto de tal no es responsable personalmente a la parte con quien contrata, sino cuando se obliga a ello expresamente o traspasa los límites del mandato, sin darle conocimiento suficiente de sus poderes.»

Según el artículo 1727 del mismo Cuerpo legal, «El mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato.» «En lo que el mandatario se haya excedido no queda obligado el mandante, sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente.»

Según el artículo 1892 del mismo Código: «La ratificación de la gestión por parte del dueño del negocio produce los efectos del mandato expreso.»

Según el artículo 1893, también del Código Civil, «Aunque no hubiera ratificado expresamente la gestión ajena, el dueño de bienes o negocios que aprovecha las ventajas de la misma será responsable de las obligaciones contraídas en su interés, e indemnizará al gestor los gastos necesarios y útiles que hubiese hecho y los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo.» «La misma obligación le incumbirá cuando la gestión hubiera tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto, aunque de ella no resultase provecho alguno» (10.3.1.2.1; 10.3.1.2.2; 10.3.2.5.1; 10.3.2.5.2).

Según el artículo 1259 del mismo Cuerpo legal, «Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por la Ley su representación legal.» «El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante» (10.5.4).

4. QUIENES SON LOS GESTORES

Lo son, a nuestro juicio: 1.º Los gestores por Derecho civil, a los que se refieren los artículos 1888 a 1893 del Código Civil; 2.º Los gestores a que hace referencia el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anó-

nimas; 3.º Los fundadores; 4.º Los administradores, y 5.º Los que obran por delegación de los anteriores.

Gestores por Derecho civil son los que se encargan voluntariamente de la agencia o administración de los negocios de otro sin mandato de éste (art. 1888 del Código Civil), cuyo mandato, en nuestro caso, no puede existir, por no haberlo podido otorgar una Sociedad todavía inexistente (art. 6 de la L. S. A.) (1 y 9.3). Son los gestores que no encargándose de la constitución de la Sociedad, otorgan actos o contratos en nombre de la misma, generalmente aislados. Su campo de acción se enmarca dentro del párrafo 1.º del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Gestores por el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas son normalmente los que han recibido de otro gestor el encargo de constituir la Sociedad. Sin embargo, parece que la normalidad del supuesto no excluye que puedan obrar espontáneamente, al menos si no ha sido designado aún el gestor de la constitución. Les son propios no sólo los actos y contratos del párrafo 2.º del artículo 7, sino también los del párrafo 1.º de la Ley de Sociedades Anónimas.

Fundadores son las personas que otorgan la escritura fundacional y asumen todas las acciones (art. 10 L. S. A.). Pueden obrar o no por encargo (10.3.2.2).

Administradores son las personas designadas generalmente por los fundadores, para encargarse de los asuntos de la Sociedad Anónima, como simples gestores antes de la inscripción de la misma en el Registro, y como órgano social, después de la inscripción, pero no antes (artículo 72 L. S. A.) (10.5.6.3).

La actuación de los Administradores, antes de la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil, queda sujeta, pues, a la ratificación por aquélla, conforme al artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, cuya ratificación es completamente libre para la misma, en el supuesto del párrafo 1.º de dicho artículo. (Vid. Resolución de 24 de febrero de 1970 en 10.5.1.) Si la Sociedad no acepta, no hay inconsecuencia en su rechazo, ni engaño para el tercero que contrató con el nombrado Administrador, como sostiene un autor.

No hay inconsecuencia en la Sociedad, por dos razones: 1.ª Porque el nombramiento de los Administradores, antes de la inscripción de la Sociedad, no lo hace, ni lo puede hacer, ésta, sino los fundadores, que tienen personalidad distinta, y 2.ª Porque no es verosímil que estuviera en el ánimo de los fundadores que los nombrados Administradores actuaran como tales antes de la inscripción de la Sociedad, ya que, como es obvio, una Sociedad inexistente no puede tener órganos socia-

les. A cuyos argumentos aún se podría añadir otro, circunscrito al plano registral: el de que según el artículo 4 del Reglamento del Registro Mercantil «será necesaria la previa inscripción de las facultades de los Administradores, para inscribir los actos y contratos otorgados por los mismos», cuya inscripción no puede practicarse sin la previa inscripción de la Sociedad.

Y no hay engaño para el tercero que contrata con el nombrado Administrador, porque aquél tiene conocimiento de que éste no existe como órgano social, ya que su nombramiento no figura inscrito en el Registro Mercantil (10.5.7.2).

No contradice este punto de vista la Resolución de la Dirección General de los Registros de 16 de junio de 1973. En esta Resolución se declara que el nombramiento y señalamiento de facultades de los Administradores en el acto fundacional, como acto interno, no está sujeto a ratificación, pero no se dice, en manera alguna, que los actos externos de los nombrados Administradores, al contratar con terceras personas, en nombre de la Sociedad, antes de la inscripción de ésta, estén dispensados de ratificación. Por lo demás, es conveniente observar que el nombramiento de Administrador y el señalamiento de sus funciones se había realizado en Junta Universal celebrada en el mismo acto fundacional, con lo cual quedaba cumplida la exigencia del artículo 15 de la Ley de Sociedades Anónimas.

El texto literal de la Resolución que comentamos es el siguiente: «Si bien el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, confirmado por el artículo 9 de la misma Ley, indican que hasta el momento de la inscripción en el Registro Mercantil, la Sociedad Anónima no tiene personalidad jurídica, con la consecuencia de que los contratos concluidos en su nombre antes de la inscripción sólo serán válidos si la Sociedad los acepta en plazo de tres meses, ello no obstante, esta norma (artículo 7 L. S. A.), que tiende a evitar que hasta tanto que la Sociedad haya nacido se vea en trance de asumir obligaciones que pueden ser exorbitantes, contraídas por los gestores, a los que por eso se tiene como solidariamente responsables, no parece deba ser extendida a supuestos no comprendidos dentro de la presunción legal, máxime si se trata de un acto del régimen interno de la Sociedad Anónima con señalamiento de las facultades que han de corresponder a uno de los Administradores y en el que el lugar adecuado puede ser la propia escritura de fundación simultánea de la Sociedad Anónima, en la que los socios fundadores, constituidos en Junta Universal, acuerdan ya los nombramientos y funciones que han de corresponder a sus futuros Administradores y que forzosamente han de regularse antes de la inscripción, ya que ésta es la pauta seguida en el mismo artículo 6 de la Ley de Sociedades Anóni-

mas, al señalar como primer escalón la escritura pública en la que se indique el régimen de la Sociedad y después la inscripción en el Registro Mercantil. Pudiendo, pues, tener acceso al Registro Mercantil tal escritura señalando las facultades del Administrador, después de haberse inscrito la Sociedad Anónima en el Registro Mercantil» (9.2.8, al final).

Disentimos asimismo de que, como afirma un autor, el nombramiento de los Administradores en la escritura fundacional de la Sociedad implique una aceptación anticipada de sus actos de gestión, que haga innecesaria la ratificación posterior, una vez inscrita la Sociedad, porque aparte de que el nombramiento de los Administradores se hace por los fundadores y no por la Sociedad, no es presumible que esté en la voluntad de aquéllos liberar a los Administradores de la necesidad de ratificación por la Sociedad, una vez inscrita, en un período de tiempo—el que media entre la escritura y la inscripción—en el que los propios Administradores están libres de la amenaza de una posible separación del cargo, por acuerdo de la Junta General, que por no existir todavía la Sociedad, no puede celebrarse (art. 75 L. S. A.).

Es ilustrativa al respecto la Resolución de la Dirección General de los Registros de 24 de febrero de 1970, al declarar: «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 además ésta en el Registro Mercantil (art. 6 L. S. A.), 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.» «La misma Ley, en su artículo 7, ha previsto 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.» Añadiendo en otro considerando que «Del examen de los preceptos citados se deduce que el comienzo de las operaciones sociales goza de completa protección 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 7.»

Las relaciones jurídicas entre los gestores de cualquiera de los cuatro tipos a que hemos hecho referencia y la Sociedad, se enmarcan dentro del cuasi contrato de negocios ajenos.

En cambio, las relaciones jurídicas entre los gestores actuantes y aquellos de quienes recibieron el encargo, quedan enmarcadas dentro del contrato de mandato o comisión mercantil.

Son también gestores, como hemos anticipado, los que obren por delegación de otros gestores, cualquiera que sea el tipo a que pertenezcan. Es necesario, sin embargo, hacer una distinción al respecto, porque los gestores que obren espontáneamente pueden delegar en otra persona todos o algunos de los deberes de su cargo, respondiendo de los actos del delegado (art. 1888 del Código Civil), mientras que a los gestores que han recibido el encargo de otro gestor, les es aplicable el artículo 261 del Código de Comercio y no podrán delegar el encargo sin consentimiento de su comitente.

5. NATURALEZA JURIDICA

La doctrina tradicional considera la gestión de negocios ajenos como un cuasi contrato. En esta línea, nuestro Código Civil la incluye dentro del capítulo de los cuasi contratos. Concurren, en efecto, en la gestión de negocios ajenos, todos los requisitos de los cuasi contratos: «Un hecho lícito y puramente voluntario, del que resulta obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados» (art. 1887 C. Civil), cuyos requisitos están presentes en la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación.

Hoy, sin embargo, la figura del cuasi contrato ha entrado en crisis, como lo demuestra el hecho de que parte de la doctrina sitúa la gestión de negocios fuera de los cuasi contratos y dentro del enriquecimiento sin causa.

No obstante, las diferencias entre ambas instituciones jurídicas son notorias. En la gestión de negocios, la acción de daños y perjuicios requiere que haya culpa o negligencia; pero no que haya enriquecimiento. La acción de enriquecimiento sin causa requiere, en cambio, que haya enriquecimiento, pero no requiere que haya culpa o negligencia.

Observemos al respecto que el artículo 1889 del Código Civil impone al gestor la obligación de «indemnizar los perjuicios que por su culpa o negligencia se irroguen al dueño de los bienes o negocios que gestio-

ne»; que la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 1956 proclama la autonomía del enriquecimiento injusto frente a los cuasi contratos; que la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1958 declara explícitamente que «La acción de enriquecimiento tiene sustantividad propia. La acción aquiliana—continúa—requiere en el provocador un hecho ilícito, culposo o negligente, mientras que la 'condictio' puede surgir por el solo hecho del desplazamiento patrimonial indebido, incluso con ignorancia o de buena fe en el provocador»; a lo que añade la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1955 que «la 'condictio' supone siempre en el autor del hecho un incremento de patrimonio, que no es indispensable en la acción aquiliana».

MESSINEO disiente de la concepción que hace del «promotor de una Sociedad Anónima un representante», sobre la base de la gestión de negocios ajenos, puesto que no ha surgido todavía el «dominus», o sea la Sociedad; pero no aduce las razones que se oponen a que se puedan gestionar los negocios de un «dominus» todavía inexistente, siendo así que se cuenta con el precedente del «nasciturus».

Disiente, asimismo, de la teoría del contratante en favor de tercero, porque el promotor—alega—no opera en favor de la Sociedad, sino a fin de que la Sociedad se constituye y nazca. En contra se puede alegar que gestionar la constitución de la Sociedad es operar en favor de la misma, que saldrá enriquecida con la personalidad jurídica que le otorga la Ley (art. 6 L. S. A.) y con los bienes aportados por los fundadores.

Por otra parte, tiene la gestión de negocios notorias afinidades con el mandato y en especial con el mandato tácito. Difieren, sin embargo, en que el mandato es un contrato que se funda en un acuerdo de voluntades, cuyo acuerdo en el mandato tácito se manifiesta tácitamente al celebrarse el contrato, mientras que la gestión de negocios es un cuasi contrato fundado en un simple hecho: el de gestionar los negocios de otro.

«No puede establecerse ninguna ecuación perfecta con el mandato—declara la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1957—, porque el punto origen de la obligación es opuesto: en la gestión de negocios actuar *utiliter* y *diligenter*, y en el mandato la voluntad contractual de las partes.»

Por lo demás, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1974, tratando de encasillar la naturaleza jurídica, no ya de la gestión de negocios en general, sino concretamente de la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en constitución, pasa revista a las diferentes teorías existentes y declara al respecto que «La doctrina científica general ha venido considerando la figura jurídica que se origina, de muy

diferentes maneras—como gestión de negocios ajenos, sucesión de la Sociedad en los derechos y obligaciones del gestor, representación directa o indirecta, transferencia 'ex lege' del contrato, etc.—, y que lo mejor de la española no tuvo inconveniente en admitir que se trataba de negocios hechos en favor de persona inexistente todavía, no quedando obligada la Sociedad por nacer, sino en el caso de que mediase la ratificación, de acuerdo con el artículo 1892 del Código Civil» (10.4.2.1, número 2; Vid. sentencias del Tribunal Supremo de 28-I-69, en 10.4.1.1., y de 10-X-63, en 10.5.4).

6. FUNDAMENTO

El fundamento jurídico de la gestión de negocios ajenos se encuentra en el beneficio de que este cuasi contrato reporta al titular del negocio, pues a veces, por descuido, por ausencia o por otros motivos lo tiene abandonado y el negocio estaría en trance de perderse si otra persona no lo tomara a su cuidado. El legislador entiende que este beneficio o evitación de un perjuicio, que se consigue con el cuasi contrato de gestión de negocios ajenos, debe prevalecer sobre el principio de que nadie puede ingerirse en los negocios de otro sin estar autorizado por éste. El mismo fundamento es válido en la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación, aún no nacida a la vida del Derecho, porque la inexistencia constituye la modalidad más radical de la ausencia, y de ella se deriva la imposibilidad más evidente de atender los propios intereses.

7. HACES DE RELACIONES JURIDICAS QUE SE ORIGINAN EN EL CUASI CONTRATO DE GESTION DE NEGOCIOS DE LA SOCIEDAD ANONIMA EN CREACION

Si los gestores obran en nombre de la Sociedad Anónima en creación (1) y media ratificación por ésta en el supuesto del párrafo 1.º del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, o bien inscripción en el Registro Mercantil en el caso del párrafo 2.º, se originan tres haces de relaciones jurídicas: las que ligan a los gestores con la Sociedad; las que ligan a los gestores con los terceros que contrataron con ellos, y las que ligan a la Sociedad con estos terceros.

Si los gestores obran en su propio nombre, se originan dos haces de relaciones jurídicas: las que ligan a los gestores con la Sociedad y las que ligan a los gestores con las personas que contrataron con ellos.

Los mismos grupos de relaciones jurídicas se originan en la gestión de negocios que, por no estar al cuidado de un gestor que se encargue de la constitución de la Sociedad, deba regirse por el Derecho civil.

Cuando el gestor obra en nombre y por cuenta de la Sociedad, la imagen gráfica de las relaciones jurídicas surgidas podría representarse por un triángulo, en cuyos ángulos se colocara a los gestores, a la Sociedad y los terceros con quienes los gestores hubieran contratado, quedando situadas de esta manera en los tres lados: las relaciones de los gestores con la Sociedad, las surgidas entre los gestores y los terceros y las originadas entre los terceros y la Sociedad.

Cuando el gestor obra en su propio nombre y por cuenta de la Sociedad, la imagen de las relaciones jurídicas que surjan podría representarse por un ángulo, en cuyo vértice se situara a los gestores y en los extremos de cuyos lados—si es que en Geometría se puede hablar así—se situara a la Sociedad en un extremo y a las personas que contrataron con el gestor en el otro.

En esta imagen, las relaciones jurídicas entre los gestores y la Sociedad ocuparían un lado, y las surgidas entre los gestores y las personas que contrataron con ellas, el otro.

Finalmente, aún se origina un tercer haz de relaciones jurídicas: las que ligan a los gestores entre sí.

Tratando de encasillar las relaciones jurídicas a las que nos venimos refiriendo, dentro del marco del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, observamos que las relaciones entre los gestores y la Sociedad aparecen reguladas en el párrafo 2.º, que contempla los actos necesarios para la constitución de la Sociedad; y que las relaciones entre los gestores y las personas que con ellos contrataron, entre estas personas y la Sociedad, y las que ligan a los gestores entre sí, son regidas por el párrafo 1.º, que contempla los contratos estipulados en nombre de la Sociedad, no comprendidos en el párrafo 2.º (8.4).

8. ORDEN DE PRELACION DE FUENTES

La realización del acto o la estipulación del contrato, por un gestor que se encargue de constituir la Sociedad, es el detonante que atrae el Derecho mercantil hacia la regulación del acto o contrato. En otro caso, si quien interviene no se encarga de la constitución, el acto o contrato quedará sometido de modo exclusivo al Derecho civil.

La distinción que precede tiene su apoyo en que el artículo 7, al referirse a los gestores, contempla no los gestores en general, sino una

clase especial de gestores: aquellos que se encargan de la constitución de la Sociedad.

De los postulados básicos que preceden se derivan varias consecuencias: 1.^a Que si el gestor de la constitución se encarga de su gestión al otorgarse la escritura fundacional, toda la actividad de los gestores durante el período de Sociedad en proyecto—que se cierra con dicho otorgamiento (1)—se regirá por el Derecho civil, por faltar un gestor de la constitución, y la actividad de los gestores durante el período de Sociedad en constitución (1) se regirá por el Derecho mercantil o por el Derecho civil, según que el gestor actuante sea o no gestor de la constitución. 2.^a Que si el gestor de la constitución se encarga de su gestión al otorgarse el contrato de promesa de Sociedad, la actividad de los gestores antes de este contrato se regirá por el Derecho civil, y la posterior—se esté dentro del período de Sociedad en proyecto o de Sociedad en constitución (1)—se regirá por el Derecho mercantil o por el Derecho civil, según que el gestor actuante lo sea o no de la constitución (1).

Lo normal es que habiendo un gestor que se encargue de la constitución, sea él quien otorgue no sólo los actos y contratos enmarcados dentro del párrafo 2.º del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, sino también los comprendidos en el párrafo 1.º del mismo artículo. El supuesto de que intervenga un gestor no encargado de la constitución, sin consentimiento expreso o tácito del gestor encargado, sería ciertamente insólito, aunque los actos o contratos en que interviniere no fueran necesarios para la constitución. Sería además normalmente rechazable, por no cumplirse el requisito del estado de abandono en que deben encontrarse, según la jurisprudencia, los negocios gestionados (9.2.6).

Por otra parte, en los casos en que rija el Derecho mercantil, será aplicable, con carácter supletorio, el Derecho civil, de acuerdo con los artículos 2 y 50 del Código de Comercio.

8.1. Si el acto o contrato se otorga por un gestor que se encargue de la constitución de la Sociedad, el orden de prelación de fuentes será el siguiente: 1.º Artículos 7 y 13 de la Ley de Sociedades Anónimas (3); 2.º Artículo 120 del Código de Comercio (3); 3.º Normativas de los factores y de la Comisión Mercantil; 4.º Usos del comercio observados generalmente en cada plaza, y 5.º Normativa del Derecho civil (conforme a los artículos 2 y 50 del Código de Comercio) (9.1 y 9.2).

8.2. Si el acto o contrato se otorga por un gestor que no se encargue de la constitución, regirá de modo exclusivo el Código Civil (9.2).

8.3. La aplicación de las normas jurídicas que preceden plantea tres grupos de problemas, que son adicionales a los de toda interpretación jurídica y que se derivan de los siguientes hechos que concurren en la Sociedad Anónima en creación (1): 1.º La inexistencia de la Sociedad como ente dotado de personalidad jurídica; 2.º La inexistencia de un contrato previo entre la Sociedad y los gestores, y 3.º La falta de delimitación de las operaciones de giro y tráfico de la Sociedad. Los hechos 2.º y 3.º son consecuencia del 1.º, y el 2.º lo es, asimismo, de que jurídicamente sea esencial en la gestión de negocios ajenos la inexistencia de un contrato previo entre el «dominus» y el gestor (9.2.3).

1.º Las normativas de los factores, de la Comisión Mercantil, del mandato civil y de la gestión de negocios civiles dan por supuesta la existencia del principal, del comitente, del mandante y del «dominus», al obrar en su nombre el factor, el comisionista, el mandatario y el gestor respectivamente. En la Sociedad Anónima en creación, en cambio, al obrar el gestor en nombre de la Sociedad, ésta todavía no existe, y esta discordancia provoca importantes dificultades interpretativas, al aplicarlas a la gestión de negocios de la Sociedad (10.3.2.3; 10.3.2.4; 10.3.2.5.1; 10.3.2.5.2). Al aplicar los artículos 7 y 13 de la Ley de Sociedades Anónimas no se producen tales dificultades, porque estos preceptos contemplan precisamente el supuesto de la gestión de negocios de una Sociedad aún inexistente. Las dificultades de interpretación que plantea el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas no se derivan directamente de la inexistencia de la sociedad, sino de la falta de claridad del precepto, la cual ciertamente dimana de la inexistencia de la Sociedad (10.4.1.1).

2.º Las normativas de los factores, de la Comisión Mercantil y del mandato civil dan por supuesta la existencia de un contrato previo que liga, respectivamente, entre sí al factor y el principal, al comisionista y el comitente y al mandatario y el mandante. En la Sociedad Anónima en creación (1) no existe, ni puede existir en cambio, un contrato previo entre la Sociedad y el gestor, y de esta disparidad se derivan una serie de dificultades interpretativas al aplicar aquellas normativas a la gestión de negocios de la Sociedad en creación (1) (10.3.1.1.3; 10.3.1.1.4; 10.3.1.2.1; 10.3.2.3; 10.3.2.4).

Al aplicar a la Sociedad Anónima en creación la normativa de la gestión de negocios, tanto mercantil como civil, no se origina la discrepancia a que nos referimos, porque los artículos 7 y 13 de la Ley de Sociedades Anónimas y la normativa de la gestión de negocios civil contemplan precisamente el supuesto de inexistencia de un contrato previo.

3.º La normativa de los factores contiene ciertos preceptos, que sólo son aplicables a las operaciones de giro y tráfico del principal. En la Sociedad Anónima en creación (1), en cambio, no está, ni puede estar, delimitado el giro y tráfico de la Sociedad, lo cual provoca ciertas dificultades en la interpretación de aquella normativa, al tratar de aplicarla a la gestión de negocios de la Sociedad (10.4.1.3; 10.4.2.2).

Esas dificultades no se producen al aplicar las normativas de la Comisión Mercantil, del mandato civil, ni de la gestión de negocios mercantil (arts. 7 y 13 de la L. S. A.) o civil, a la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación (1), porque en aquellas normativas no se contiene la distinción entre las operaciones que caen dentro y las que caen fuera del giro y tráfico. Las dificultades interpretativas a que nos referimos quedan circunscritas, por consiguiente, a la aplicación de la normativa de los factores.

La aplicación de las normativas de los factores y de la Comisión Mercantil, antes que la del Derecho civil, en el caso de que el acto de gestión se otorgue por un gestor que se encargue de la constitución de la Sociedad, tiene su fundamento, aguas arriba, en la analogía y en la relación entre el Derecho mercantil y el Derecho civil.

La analogía entre la gestión de negocios ajenos por una parte, y la actividad de los factores y de los comisionistas por otra, queda patente con sólo considerar que las tres actividades son de gestión de negocios ajenos.

Por lo que respecta a la relación entre el Derecho mercantil y el Derecho civil, se han elaborado dos teorías principales: la de que el Derecho mercantil es, respecto al Derecho civil, un Derecho especial, y la de que es un Derecho excepcional. Si el Derecho mercantil fuera un Derecho excepcional, no sería aplicable la analogía, porque las excepciones no pueden extenderse por analogía. Pero si el Derecho mercantil es un Derecho especial, tal como entiende casi unánimemente la doctrina, nada se opone a que entren en liza por analogía los preceptos de los factores y de la Comisión Mercantil antes que los del Derecho civil.

Hay, además, otra razón que respalda este punto de vista, cual es la «vis atractiva» de los actos mercantiles. En este sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros de 30 de enero de 1980 declara que «la 'vis atractiva' extiende su campo a las vicisitudes que acompañan los contratos mercantiles, como pueden ser los actos subordinados y complementarios..., que aparecen así sometidos a una unidad de consideración y tratamiento». La declaración que precede, respecto de los actos complementarios y subordinados, creemos que es perfectamente aplicable a los actos preparatorios, como la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación (1), que es acto preparatorio de la cons-

titución de la Sociedad, contrato notoriamente mercantil, que proyecta este carácter sobre la gestión de negocios que le precede.

Sin embargo, como quiera que la ampliación analógica exige una igualdad jurídica esencial entre el supuesto no regulado y el previsto por el legislador, no serían aplicables por analogía los preceptos referentes a los factores y a la Comisión Mercantil, como supletorios de los artículos 7 y 13 de la Ley de Sociedades Anónimas y 120 del Código de Comercio, cuando la *ratio legis* de unos y otros preceptos fuera distinta, en cuyo caso regiría el Código Civil antes que los preceptos de los factores y de la Comisión Mercantil (10.3.2.4. Obligación núm. 10).

8.4. Sin perder de vista los haces de relaciones jurídicas que se originan (7) y los postulados básicos que encabezan este epígrafe, no es difícil llegar a las siguientes conclusiones, con las salvedades expuestas:

1.º Si actúa un gestor que se encargue de constituir la Sociedad, las relaciones jurídicas entre la Sociedad y los gestores se regirán, en primer término, por el artículo 7, párrafo 2, y por el artículo 13, en su primera parte, de la Ley de Sociedades Anónimas; en segundo término, por los artículos 281, 282, 288, 289 y 291, referentes a los factores, y por los artículos 244, 245, 247 al final, 248, 249, 252, 255 (párr. 2.º), etcétera, relativos a la Comisión Mercantil, preceptos todos ellos del Código de Comercio; en tercer lugar, por los usos del comercio, y en cuarto lugar, por los artículos 1.888 a 1.893, en los supuestos de este último artículo, entrando como supletoria la normativa del mandato, y por esta última normativa entrando como supletoria la de la gestión de negocios, en el caso del artículo 1.892, todos del Código Civil.

Si el gestor que interviene no se encarga de la constitución de la Sociedad, regirán de modo exclusivo los preceptos del Código Civil, en los términos expresados (10.3.1.2.1; 10.3.1.2.2; 10.3.2.5.1; 10.3.2.5.2).

2.º En las relaciones jurídicas entre los gestores y las personas con quienes hubieren contratado es obligado hacer la misma distinción. Si actúa un gestor que lo sea de la constitución de la Sociedad, dichas relaciones jurídicas se regirán: en primer término, por el párrafo 1.º del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, por el artículo 120 del Código de Comercio y por el artículo 13 de la citada Ley de Sociedades Anónimas en su segunda parte; en segundo término, por los artículos 287, relativo a los factores, y 246 y 247, referentes a la Comisión Mercantil, y otros preceptos de las mismas normativas, artículos todos ellos del Código de Comercio; en tercer lugar, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza, y, finalmente, por los artículos 1.717, 1.725 y 1.727 del Código Civil.

En cambio, si el gestor no es gestor de la constitución, regirán de modo exclusivo los preceptos del Código Civil, a los que acabamos de hacer referencia, aparte de las normas generales de la contratación civil (10.4.1 y 10.4.2) (3).

3.º Las relaciones jurídicas entre la Sociedad y las personas que hubieren contratado con los gestores, se regirán, en el caso de que éstos hayan asumido el encargo de su constitución, en primer lugar, por el párrafo 1.º, artículo 7, de la Ley de Sociedades Anónimas; en segundo lugar, por los artículos 247 y 285 del Código Civil, referentes, respectivamente, a los factores y a la Comisión Mercantil; en tercer lugar, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza, y, finalmente, por los artículos 1.725 y 1.727 del Código Civil, relativos al contrato de mandato, y por el artículo 1.259 del mismo Código, contenido dentro de las disposiciones generales de los contratos.

Si el gestor actuante no ha asumido el encargo de constituir la Sociedad regirá de modo exclusivo el Código Civil, y dentro de él, los preceptos de que se acaba de hacer mención (10.5) (3).

4.º Las relaciones jurídicas de los gestores entre sí, si hay más de uno, se regirán, en el caso de que se encarguen de la constitución de la Sociedad, en primer término, por los artículos 7, párrafo 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas, y por el artículo 120 del Código de Comercio; en segundo término, por los usos del comercio, ya que el Código no contiene ninguna referencia a las relaciones jurídicas entre los distintos comisionistas o factores, y, finalmente, por los artículos 1.890, párrafo 2.º, y 1.145 del Código Civil.

En el supuesto de que los gestores no se encarguen de la constitución de la Sociedad, las relaciones jurídicas entre ellos se regirán exclusivamente por el Derecho civil, a través de los preceptos a los que se acaba de hacer referencia (10.5.8).

8.5. Antes de cerrar este capítulo creemos oportuno formular las precisiones que siguen, aun a sabiendas de que algunas son discutibles y respetando, como siempre, las opiniones contrarias:

A) Parece que los gestores, que en nombre de la Sociedad en creación realizaron actos o estipularon contratos necesarios para la constitución de la misma, dentro del marco del párrafo 2.º del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, asumen frente a las personas con quienes contrataron la responsabilidad solidaria establecida en el párrafo 1.º del mismo artículo, siempre que tales actos o contratos no hayan sido aún ejecutados. Esta responsabilidad se extinguirá en el mismo momento en que la Sociedad sea inscrita. El fundamento de que en ese punto con-

creto sea aplicable el párrafo 1.º del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas a los actos y contratos comprendidos dentro del párrafo 2.º del mismo artículo, se halla en que la *ratio legis* que respalda la aplicación es la misma en uno y otro precepto. Por otra parte, el fundamento de que la responsabilidad solidaria de los gestores por los actos y contratos comprendidos dentro del párrafo 2.º del artículo 7, sólo dure hasta el momento de la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil, a diferencia de la responsabilidad solidaria de los gestores por los actos y contratos comprendidos dentro del párrafo 1.º del mismo artículo, que dura hasta la ratificación por la Sociedad, se halla en que el desplazamiento de la responsabilidad hacia la Sociedad se produce en distintos momentos: en el de la inscripción en el Registro Mercantil (*vid.* RDG 24-2-1970 en 4), en el primer caso, y en el de la ratificación, en el segundo.

B) Parece que los actos con finalidad constitutiva, pero no necesarios para la constitución de la Sociedad, deben regirse por el párrafo 1.º del artículo 7, no sólo por lo que respecta a la responsabilidad de los gestores frente a las personas con quienes hubieran contratado, sino también en cuanto a la necesidad de que sean ratificados por la Sociedad para que ésta los asuma, siempre que sean otorgados en su nombre y aún no hayan sido ejecutados. Este punto de vista se funda en que los actos constitutivos no necesarios para la constitución quedan fuera del párrafo 2.º, artículo 7, de la Ley de Sociedades Anónimas, y parece que, por analogía, deben regirse por el párrafo 1.º

C) Los preceptos de los factores, de la Comisión Mercantil y del Código Civil pueden aplicarse dentro o fuera del marco del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas. En este sentido, si en los contratos comprendidos en el párrafo 1.º, el gestor obra en su propio nombre serán aplicables los artículos 246 del Código de Comercio y 1.717 del Código Civil, aunque el artículo 7, párrafo 1.º, exija que aquél obre en nombre de la Sociedad.

9. REQUISITOS

Hay que distinguir entre los exigidos por el Derecho mercantil y por el Derecho civil.

9.1. EN DERECHO MERCANTIL

Para que sea aplicable el párrafo 2.º del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas deberán concurrir, según la doctrina, los siguien-

tes requisitos: 1.º, que el gestor actuante se encargue de la constitución de la Sociedad; 2.º, que el acto sea necesario para la constitución de la Sociedad, y 3.º, que el gestor obre por cuenta de la Sociedad, pudiendo hacerlo en nombre de la misma o bien en nombre propio. La ley, además, da por supuesto que si se trata de pago de gastos, el acto o contrato que los ha producido esté ejecutado.

Para que sea aplicable el párrafo 1.º del mismo artículo se exige: 1.º, que el gestor se encargue de la constitución de la Sociedad; 2.º, que el contrato no sea necesario para la constitución, y 3.º, que el gestor obre en nombre de la Sociedad. Además la Ley da por supuesto que el contrato esté estipulado, pero no ejecutado.

Para que sea aplicable la normativa del factor y de la Comisión Mercantil, sólo será necesario que el gestor se encargue de la constitución de la Sociedad y que obre por cuenta de la misma, pudiendo hacerlo en su propio nombre o en nombre de la Sociedad (8.1 y 8.3).

9.2. EN DERECHO CIVIL

Para que sea aplicable el Derecho civil, además de la concurrencia de los requisitos, que se expondrán a continuación, se requiere que el gestor actúe por cuenta de la Sociedad, porque si obrara por su propia cuenta tampoco existiría gestión de negocios, pudiendo actuar el gestor en nombre propio o en nombre de la Sociedad en creación (1) y que no se encargue de la constitución.

Además, la jurisprudencia civil exige los siguientes requisitos:

9.2.1. 1.º El negocio gestionado tiene que ser ajeno (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1957) porque la obligación nacida *ex negotio gesto* se funda no en el consentimiento presunto, sino sobre el hecho de gestionar negocios de otro (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1957).

El supuesto sobre que descansa el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas es el de que se gestionen negocios ajenos, como son los de la Sociedad Anónima en creación, en la que ciertamente se pueden integrar los gestores; pero siempre quedarán separadas la personalidad jurídica de la Sociedad y la de los gestores.

9.2.2. 2.º La gestión tiene que realizarse por cuenta del beneficiario y con ánimo de vincularle (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1957).

En el caso del artículo 7, el beneficiario es la Sociedad en creación.

9.2.3. 3.º El gestor debe obrar espontáneamente (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1954), voluntariamente y sin nin-

guna obligación (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1957 y 26 de abril de 1956). La gestión de negocios requiere la voluntad oficiosa del gestor (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1929), no el consentimiento del dueño. La intervención del gestor en la esfera negocial ajena es esencialmente voluntaria (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1946). La actuación del gestor no sería voluntaria si estuviera obligado a intervenir por un precepto legal o por un contrato de mandato. Es característica de la gestión de negocios ajenos que los actos que se realizan con esta finalidad lo sean sin mandato (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1954) (2).

Cierto que los gestores de la Sociedad Anónima en creación actúan en ocasiones por delegación de otros gestores a los que están ligados por un contrato de mandato; pero lo que proscribe la jurisprudencia que transcribimos es sólo que actúen por mandato del *dominus* (en nuestro caso, la Sociedad). Por otra parte, en ningún precepto legal se les obliga a intervenir en la constitución o en los negocios de la Sociedad (9.2.4).

9.2.4. 4.º El negocio gestionado tiene que ser tal que no se exija por la ley que lo concluya un determinado sujeto.

Ni en el artículo 7 ni en ningún otro precepto se contiene tal exigencia.

9.2.5. 5.º El gestor de negocios ajenos debe obrar sin oposición del beneficiario (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1954), no requiriéndose su consentimiento (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1929), debiendo obrar el gestor incluso sin conocimiento del beneficiario y sin oposición expresa o tácita del mismo (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1954).

Cúmplense estos requisitos en el gestor de la Sociedad Anónima en creación, porque al actuar aquél, la Sociedad todavía no está inscrita en el Registro Mercantil y, en consecuencia, carece de existencia legal, por lo cual no ha podido oponerse, consentir ni conocer.

9.2.6. 6.º Es indispensable que exista un abandono o falta de representación del dueño (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1932). Los bienes tienen que estar de hecho abandonados (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1954). Para que tal cuasi contrato surja, se requiere que el objeto del mismo se encuentre en la realidad abandonado bien por ausencia o negligencia, o bien por enfermedad o incapacidad (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1956). Sin embargo, en Sentencia de 19 de diciembre de 1916 —fecha en la que no estaba todavía bien perfilada la institución en la doctrina— había declarado el Tribunal Supremo que «no es necesario el abandono de los bienes para que exista el cuasi contrato de gestión de

negocios, cuando es visto que ni en el artículo 1.888 ni en los siguientes se exige aquel abandono», doctrina superada posteriormente en las sentencias parcialmente transcritas.

Para formar juicio respecto de si el requisito del abandono se cumple en el supuesto del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, debemos enfocar el problema desde el punto de mira de siempre: el de que al actuar los gestores por cuenta de la Sociedad, ésta todavía no existe y, por consiguiente, no puede haber conferido su representación, ni estar presente, ni capacitada, ni ser diligente, por lo cual sus intereses tienen que estar abandonados.

9.2.7. 7.º Es necesario, según la doctrina tradicional, que el gestor tenga intención de gestionar negocios ajenos (*animus aliena negotia gerendi*), cuyo requisito excluye la gestión realizada por error con ánimo de lucro (*animus praedandi*) o con ánimo de liberalidad (*animus donandi*).

9.2.7.1. Si el gestor actúa como tal con error, por creer que el negocio es ajeno y es propio, no existe gestión de negocios por faltar el *animus aliena negotia gerendi* y no poderse decir que el gestor haya entrado voluntariamente en la gestión de los negocios de otro. En realidad sería injusto someterle a las severas obligaciones del gestor, excepto si su error no fuera disculpable (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1926).

En la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación no cabe el error al que nos referimos, y menos el error disculpable, porque el gestor es consciente, en su actividad constitutiva, de que actúa para constituir un ente con personalidad jurídica distinta de la propia (artículo 7, párrafo 2.º), y en su actividad no constitutiva, de que actúa en nombre de la Sociedad y no en su propio nombre (art. 7, párrafo 1.º).

9.2.7.2. Si el gestor actúa con ánimo de liberalidad, no adquiere derechos, pero hay gestión de negocios. El ánimo de liberalidad puede existir en la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en constitución, aunque ciertamente no sea lo normal.

9.2.7.3. El requisito negativo o impedimento de la falta de ánimo de lucro presenta una mayor complejidad. Al abordar su estudio, nos encontramos de entrada con el siguiente planteamiento: por una parte, la doctrina y la jurisprudencia civil exigen que el gestor no obre con ánimo de lucro y, por otra, lo normal en la gestión de la Sociedad Anónima en creación, así como en la vida mercantil en general, es la codicia y el espíritu de lucro. Parece, pues, a primera vista, que al faltar uno de los requisitos exigidos por el Derecho civil, debe quedar excluida

la aplicación supletoria de su normativa en la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación (1).

Sin embargo, la argumentación que precede es más especiosa que consistente, porque lo que la doctrina y la jurisprudencia civil exigen en el gestor es la falta de un ánimo de lucro especial, el que mira al beneficio del gestor a costa del dueño, no el que se consigue a través del dueño. El lucro obtenido a costa de posponer el interés del dueño al interés del gestor es ilícito, porque ilícita es la finalidad perseguida y puede incluso constituir un delito.

Se opone ese ánimo de lucro ilícito a la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1956, entre otras, que exige guíe al gestor un fin lícito, y a la Sentencia de 28 de diciembre de 1908, que con precisa concisión resume la doctrina del lucro ilícito, después recogida por sentencias posteriores, al reprobar los móviles de lucro «extraños a la diligencia de un buen padre de familia».

Si el Derecho proscribe el ánimo de lucro en contra del interés del dueño es porque se opone al *animus aliena gerendi* y a la *contemplatio dominus*, conforme a los cuales el gestor debe obrar con ánimo de gestionar los negocios ajenos y no los propios.

En relación con ese punto de vista, se halla la postura de quienes prescinden en la gestión de negocios de todo requisito intencional y atienden sólo a requisitos de tipo objetivo, porque del ánimo del gestor —argumentan—no deben depender las acciones del dueño ni del tercero, llegando algún autor al extremo de conceder al gestor la acción contraria contra el dueño, cualquiera que haya sido el ánimo del primero.

En línea con esta postura se encuentra la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1908, que declara no ser indispensable la voluntad intencional del gestor, y la de 27 de abril de 1945, en la que se admite que «en el proceso histórico de la gestión de negocios sin mandato adquiere auge el parecer de quienes, prescindiendo del elemento subjetivo, aplican el tratamiento y los efectos propios de la gestión oficiosa con criterio objetivo a la mera actuación sin mandato en negocio ajeno».

No obstante, con posterioridad a la última sentencia, el Tribunal Supremo ha seguido manteniéndose firme en la doctrina jurisprudencial sentada anteriormente, en Sentencias de 28 de diciembre de 1908 y 15 de junio de 1925, y continuada en las de 2 de febrero de 1954 y 26 de abril de 1956, para las cuales todo depende del elemento intencional.

Que existe un ánimo de lucro lícito, cual es el que se obtiene sin perjudicar al dueño, es la conclusión a que se llega a través del artículo 116 del Código de Comercio, a cuyo tenor: «El contrato de Compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común

bienes, industria o alguna de estas cosas para obtener lucro, será mercantil...».

Pero indirectamente, se llega a la misma conclusión, a través de las dos premisas siguientes: 1.ª, que los actos de los gestores encaminados a la constitución de una Sociedad Anónima, son actos de comercio, y 2.ª, que el ánimo de lucro es característico de los actos de comercio.

1.º Que los actos de los gestores encaminados a la constitución de una Sociedad Anónima son actos de comercio resulta: A) Del artículo 2 del Código de Comercio, que al disponer que sean «reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga», abre la posibilidad de considerar actos de comercio a los cuasi contratos. B) Del artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas, que al exigir escritura pública e inscripción para que la Sociedad Anónima tenga personalidad jurídica, viene a atribuir el rango de actos de comercio a ambos actos, por estar comprendidos dentro del artículo 119 del Código de Comercio, concordante con el artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas. C) Del hecho de que los actos de los gestores sean preparatorios de la constitución de la Sociedad, ya que por su naturaleza accesoria, auxiliar o subordinada respecto de la constitución participan de la naturaleza del acto principal. D) Y con referencia a los actos y contratos no constitutivos, comprendidos en el párrafo 1.º del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, su naturaleza de actos de comercio es deducible del hecho de que en la Sociedad Anónima el ejercicio del comercio absorbe toda su vida, por cuya razón prácticamente toda la actividad de la Sociedad Anónima está constituida por una sucesión de actos de comercio, y de que en los mismos el gestor actúa en nombre de la Sociedad.

2.º Que el ánimo de lucro es característico de los actos de comercio constituye una declaración reiterada de la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1907, 8 de octubre de 1929 y 16 de febrero de 1933, entre otras).

9.2.8. 8.º La gestión de negocios puede actuar sobre bienes que están fuera del patrimonio del beneficiario y sobre los que están dentro. Sobre los que están fuera para hacérselos adquirir, y sobre los que están dentro para conseguir a su favor alguna ventaja o evitarle algún perjuicio.

La misma alternativa se presenta en la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación. En efecto, los actos constitutivos contemplados en el párrafo 2.º del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas tienen por objeto hacer adquirir a la Sociedad, además de la personalidad jurídica (art. 6 de la Ley de Sociedades Anónimas), los bienes ajenos en que consisten las aportaciones de los fundadores. Y en

cuanto a los contratos comprendidos en el párrafo 1.º del mismo artículo 7, los gestores pueden actuar en ambas direcciones: para hacer adquirir a la Sociedad bienes que están fuera de su patrimonio y para proteger los que están dentro. Ciertamente que al actuar los gestores, la Sociedad, por carecer aún de personalidad jurídica, no puede tener propiedades, pero no es menos cierto que puede ser titular de contratos pendientes de ratificación, de acuerdo con el párrafo 1.º, artículo 7, de la Ley de Sociedades Anónimas, o con los artículos 1.259 y 1.727, párrafo 2.º, del Código Civil, cuyos contratos no por estar pendientes de ratificación son inexistentes, sino que están en fase de suspensión, conforme a las Sentencias de 7 de julio de 1944, 29 de enero de 1945, 10 de octubre de 1963 y 14 de junio de 1974, y constituyen, si son adquisitivos de bienes, una propiedad potencial, cuya defensa incumbe a los gestores (5; 10.5.4).

Por excepción, quedan fuera de esta alternativa, por no ser patrimoniales, los actos internos de la Sociedad, como el nombramiento y señalamiento de facultades de los Administradores en el período de Sociedad en constitución, declarado válido e inscribible por Resolución de la Dirección General de los Registros de 16 de junio de 1973 (*vid.* esa resolución en 4).

10. EFECTOS

Al abordar el estudio de los efectos de la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación (1) es conveniente recordar las proposiciones básicas, ya esbozadas con anterioridad (8), en orden a la prelación de fuentes:

1.º Que sólo cuando los actos o contratos son otorgados por un gestor que se encarga de la constitución de la Sociedad entrará en vigor la normativa de Derecho mercantil. 2.º Que si los actos o contratos son otorgados por un gestor que no lo sea de la constitución, será aplicable exclusivamente la normativa de Derecho civil. 3.º Que aun en el caso de que sea aplicable el Derecho mercantil, regirá con carácter supletorio el Derecho civil, conforme a los artículos 2 y 50 del Código de Comercio.

Los efectos que produce la gestión de negocios que estudiamos pueden ser internos o externos. Los primeros se producen en las relaciones entre la Sociedad y los gestores. Los segundos, en las relaciones entre los gestores y las personas con quienes contratan y entre éstas y la Sociedad.

Antes de entrar en la exposición pormenorizada de los efectos de

referencia estimamos pertinente, a manera de pauta de lo que sigue, ofrecer en síntesis una visión de los más importantes, mediante el siguiente esquema:

10.1. SEGÚN EL DERECHO MERCANTIL (ART. 7 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS)

Relaciones internas

La Sociedad, por el solo hecho de su inscripción en el Registro Mercantil, asume la obligación de abonar a los gestores los gastos necesarios que hubieran hecho para la constitución de aquélla, sin necesidad de que los apruebe (art. 7, párrafo 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas) (10.3.1.1.1 y Resolución de la Dirección General de los Registros de 24 de febrero de 1970, en referencia 4).

En cambio, respecto de los actos y contratos enmarcados dentro del párrafo 1.º del mismo artículo 7, la Sociedad sólo asume la obligación de pago de gastos cuando apruebe la gestión (art. 7, párrafo 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas), cuya doctrina coincide, en este punto concreto, con la sentada en los artículos 1.892 y 1.893, párrafo 1.º, del Código Civil, que examinaremos seguidamente (10.2).

El artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas no regula las obligaciones de los gestores ante la Sociedad, con lo que permite la penetración de las normativas supletorias.

Relaciones externas

Seguimos en la materia la doctrina sentada por la jurisprudencia, aunque no la compartamos.

Los gestores responden personalmente, frente a las personas con quienes contraten en nombre de la Sociedad, del cumplimiento de las obligaciones contractuales. Los terceros que contraten con los gestores quedan vinculados. La asunción por la Sociedad de los efectos del contrato sólo se produce si aquélla los ratifica. La ratificación exonera de responsabilidad a los gestores y convierte la vinculación de los terceros en obligación exigible. El transcurso de tres meses, a partir de la inscripción de la Sociedad, sin que ésta ratifique el contrato, confiere al tercero el derecho de reclamar de los gestores el cumplimiento de aquél o de dejarlo sin efecto, con indemnización de daños y perjuicios. Desde que la obligación es exigible, hasta la inscripción de la Sociedad, podrán también los terceros exigir el cumplimiento del contrato a los gestores (artículo 7, párrafo 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas) (10.4.1.1; 10.4.2.1; 10.5.1).

10.2. SEGÚN EL DERECHO CIVIL

Relaciones internas

Si la gestión hubiera tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto, aunque de ella no resultare provecho alguno, la Sociedad quedará obligada a abonar a los gestores los gastos necesarios y útiles, sin necesidad de que apruebe la gestión (art. 1.893, párrafo 2.º) (10.3.1.2.2).

Fuera de este caso, sólo mediante la aprobación expresa o tácita, contrae la Sociedad la obligación de abonar los gastos, cuya obligación comprende sólo los gastos necesarios, si hay aprobación, conforme al artículo 1.892, y los gastos necesarios y útiles, en los casos del artículo 1.893 (10.3.1.2.1; 10.3.1.2.2).

Relaciones externas

Los contratos que los gestores otorguen con los terceros, en nombre de la Sociedad, no son tales contratos, sino ofertas de contrato que formula el tercero. De lo cual y de otras razones se deriva: que el gestor no responde de las obligaciones contractuales frente al tercero, que éste no queda vinculado y que para la perfección del contrato y consiguiente asunción de sus efectos por la Sociedad es necesario que ésta lo ratifique (artículos 1.259 y 1.727, párrafo 2.º, del Código Civil) (10.4.1.5; 10.4.2.4; 10.5.4).

Si el gestor obra en su propio nombre al contratar con el tercero, queda obligado frente a éste, como si el negocio fuera personal suyo, y la ratificación por la Sociedad sólo produce efectos en las relaciones internas (art. 1.717 del Código Civil) (10.4.1.5; 10.4.2.4).

Omitimos toda referencia a las relaciones jurídicas derivadas de las normativas de los factores y de la Comisión Mercantil para no alargar este resumen, y porque tales normativas nunca se aplican con carácter prioritario, sino supletorio, y sólo cuando quien contrata es gestor de la constitución. Este es un resumen que por serlo tampoco hacemos extensivo a la normativa de los fundadores (art. 13 de la Ley de Sociedades Anónimas) (10.3.2.2).

10.3. RELACIONES JURÍDICAS ENTRE LA SOCIEDAD Y LOS GESTORES

Corresponden a los efectos internos de la gestión de negocios objeto de nuestro estudio.

Se rigen, si actúa un gestor que se encargue de constituir la Sociedad, por el artículo 7, párrafo 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas; el artículo 13 de la misma ley; la normativa de los factores y de la Comisión Mercantil; los usos mercantiles, y, finalmente, la normativa del Código Civil referente a la gestión de negocios y al contrato de mandato, por este orden si la gestión se aprueba según el artículo 1.893, y por el orden inverso si se aprueba según el artículo 1.892.

En cambio, si actúa un gestor que no se encargue de la constitución regirá, en primer lugar, la normativa de la gestión de negocios, y después, la del mandato, en los supuestos del artículo 1.893, y por el orden inverso, en el supuesto del artículo 1.892, normativas que se aplicarán con exclusión de todo precepto de Derecho mercantil.

10.3.1. *Obligaciones a cargo de la Sociedad respecto de los gestores*

10.3.1.1. *Normativa de Derecho mercantil*

10.3.1.1.1. El párrafo 2.º del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas impone a la Sociedad la obligación de abonar a los gestores los gastos necesarios hechos en la constitución de aquella.

La obligación a cargo de la Sociedad de abonar a los gestores los gastos necesarios—a diferencia de lo que ocurre conforme al párrafo 1.º del mismo artículo 7 y al Código Civil—se origina *ipso iure*, por el solo hecho de la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil, sin necesidad de que medie aprobación. La adquisición por la Sociedad de personalidad jurídica y de las aportaciones respaldan la figura de la gestión útil, en la que se apoya el nacimiento automático de la obligación (*vid.* Resolución de la Dirección General de los Registros de 24 de febrero de 1970, en referencia 4).

En cambio, para que la Sociedad quede obligada al pago de los gastos no necesarios hechos en la constitución—útiles o no útiles—, se requiere que la propia Sociedad los apruebe, de acuerdo con el párrafo 1.º del mismo artículo 7, que parece ser llamado a regir la materia.

En la ley no se contiene una definición ni una enumeración de los gastos necesarios. Ante esta laguna legal, la doctrina ha propuesto dos teorías: una amplia y otra restrictiva. La teoría restrictiva considera que sólo son gastos necesarios los contemplados en el artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas. Lo son, al decir de sus partidarios, los gastos de la escritura de constitución, los de inscripción en el Registro Mercantil y además los del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales (sin cuyo previo pago no podría practicarse la inscripción). A cuyos gastos podrían añadirse los de redacción de los Estatutos sociales. Los demás gastos no

serían necesarios. La teoría amplia considera que hay otros gastos también necesarios, incluso algunos de los originados no en la constitución de la Sociedad propiamente dicha, sino en la creación de la empresa subyacente, por los contratos cuya finalidad es económica y no jurídica, del párrafo 1.º, artículo 7, de la ley.

La distinción entre gastos necesarios y útiles es con frecuencia difícil. Desde el Derecho romano han venido considerándose gastos necesarios «aquellos sin los cuales la cosa hubiera perecido, se hubiera deteriorado o hubiera disminuido su producción». Los gastos útiles son asimilados a las mejoras en el texto, que dice: «Son impensas útiles las que mejoran la dote y que si no se hicieran no padecería deterioro» (*Digesto*, Ley 79, tít. XVI, libro 50). Esta identificación entre gasto útil y mejora es recogida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1893, al declarar gasto útil la conversión de una tierra de secano en regadío. Ese criterio distintivo inspira toda la doctrina posterior.

Una cosa es la Sociedad Anónima y otra la empresa mercantil subyacente, encargada de realizar el objeto social. Tanto en el párrafo 2.º como en el párrafo 1.º del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, se comprenden actos y contratos. Los primeros pueden ser negocios jurídicos o simples actos materiales. Con ellos, con los actos y contratos, se pueden formar dos grupos, en atención al fin perseguido: los encaminados a constituir la Sociedad y aquellos cuya finalidad es dotar de medios a la empresa. Los primeros persiguen un fin jurídico; los segundos, económico. Y aun dentro del primer grupo cabe distinguir entre los actos y contratos necesarios y no necesarios para la constitución. Los necesarios se enmarcan dentro del párrafo 2.º; los no necesarios y los de finalidad económica, dentro del párrafo 1.º, ambos del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Dichos actos y contratos, unos y otros, originan gastos que pueden ser necesarios, útiles o ninguna de estas cosas. El supuesto contemplado en los textos del *Digesto* y en la doctrina que en ellos se inspira es el de gastos hechos en una cosa preexistente para conservarla o mejorarla, cuyo supuesto es, en cierta manera, inverso al que ofrece la gestión de la Sociedad Anónima en gestación, en el que por no haber nada preexistente, no hay nada que conservar, sino que crear: una Sociedad Anónima y una empresa mercantil.

Sin embargo, entre ambos supuestos existe cierto paralelismo, que nos puede proporcionar alguna luz, al tratar de distinguir los gastos necesarios de los gastos útiles. Y así, tomando por base los textos del *Digesto* y la doctrina que le sigue, podemos considerar gastos necesarios aquellos sin los cuales la Sociedad Anónima no existiría o la empresa

mercantil no podría funcionar, y gastos útiles, aquellos que no siendo indispensables para la constitución de la Sociedad o para el funcionamiento de la empresa mejoran una u otra.

Ahora bien, en el supuesto de gastos hechos en una cosa preexistente, se dispone de dos elementos o situaciones de hecho para calificar si un gasto determinado es necesario, útil o ninguna de estas cosas: el estado de la cosa antes y después del gasto. En cambio, en el supuesto de gastos hechos en la constitución de la Sociedad Anónima de la Empresa subyacente, se dispone para la calificación del gasto de una sola situación de hecho: el estado de la Sociedad y de la Empresa, tal como han quedado constituidas por razón de los gastos realizados. Y a esta situación de hecho hay que referir el juicio sobre la naturaleza del gasto, considerando gastos necesarios aquellos sin los cuales la Sociedad o la Empresa no hubieran quedado constituidas con todos sus caracteres y elementos esenciales (denominación, objeto social, cifra del capital social, clase, número y valor nominal de las acciones, órgano representativo, etcétera, respecto de la Sociedad); y gastos útiles, los realizados para conseguir caracteres o elementos accidentales que supongan alguna utilidad.

En definitiva, la calificación de los gastos no debe hacerse con referencia a una Sociedad o Empresa cualquiera, en general, sino a la Sociedad o Empresa creadas.

Con objeto de lograr la necesaria unidad en la exposición de la materia de gastos, nos referimos aquí no sólo a los gastos necesarios únicos contemplados en el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, sino también a los gastos útiles a los que hace referencia el artículo 1.893 del Código Civil (10.3.1.2.2).

El legislador se pronuncia respecto de los gastos con finalidad constitutiva, al disponer en el artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas que: «La Sociedad se constituirá mediante escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Desde este momento, la Sociedad tendrá personalidad jurídica». Sin embargo, este pronunciamiento es meramente parcial, porque del artículo transcrito, en relación con el artículo 7, párrafo 2.º, de la misma ley, sólo cabe deducir que son gastos necesarios para la constitución de la Sociedad los de escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil, pero no que no haya otros gastos necesarios. No debe omitirse, a este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1967, que incluye entre los gastos necesarios para la constitución de la Sociedad Anónima no sólo las minutas del Notario autorizante de la escritura y del Registro Mercantil, sino también los honorarios de los Letrados que hicieron la minuta de la escritura y de los Estatutos, lo cual tiene su justificación en que si bien la redacción en la Notaría de tales minutas hubiera permitido pres-

cindir de los Letrados, es obvio que sin ella, la Sociedad no hubiera quedando constituida con las mismas características esenciales.

Otros gastos por actos o contratos, dentro del artículo 7, párrafos 1.º o 2.º, pueden ser:

En la constitución de la Sociedad, los originados con objeto de obtener información jurídica sobre conveniencia o no de constituir una Sociedad para la explotación del negocio, tipo de Sociedad más conveniente, modelo de órganos administrativos más aconsejable, autorizaciones administrativas, cuestiones fiscales, etc., y los actos y contratos encaminados a asegurar la constitución de la Sociedad, como el contrato preliminar de promesa de contrato de Sociedad que los gestores celebren con los futuros aportantes, con objeto de asegurar la efectividad de las aportaciones (cuyo incumplimiento apoya una indemnización de daños y perjuicios).

Y en la creación y organización de la Empresa mercantil, los gastos originados para obtener información económica sobre el negocio que tiene que constituir el objeto social (como precios de las materias primas, costes de producción de las elaboradas y sus precios de mercado, emplazamientos más convenientes para tiendas o fábricas, marcha económica de la competencia, expectativas de beneficios o pérdidas, etc.), y los ocasionados para asegurar el buen funcionamiento de la Empresa (como las compraventas, opciones de compra y arrendamientos de locales con destino a domicilio de la empresa, despachos, fábricas, almacenes, tiendas, etcétera; compraventas y opciones de compra de solares para construirlos, o para la construcción de bloques de viviendas en las inmobiliarias; compraventas y opciones de compra de materias primas, gastos de propaganda, etc.). A este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1967, anteriormente citada, incluye, a nuestro juicio erróneamente, los gastos de propaganda entre los gastos necesarios para la constitución de la Sociedad Anónima, siendo así que tales gastos no constituyen costes de la constitución de la Sociedad, sino del funcionamiento de la Empresa, y que su necesidad dependerá de las circunstancias de cada caso concreto, si bien hay que suponer que quedó demostrada en el caso de la sentencia.

De lo dicho se infiere que solamente son con seguridad gastos necesarios, en la constitución de la Sociedad Anónima, todos los causados por la escritura pública de constitución de la Sociedad, Estatutos, Impuesto de Transmisiones Patrimoniales e inscripción en el Registro Mercantil. Los demás gastos, con finalidad constitutiva, y los realizados en la creación de la Empresa mercantil, serán necesarios, útiles o innecesarios e inútiles, según las circunstancias que concurren en cada caso concreto. Por lo demás, la prueba de la clasificación de un gasto en

necesario o útil incumbe, como es obvio, a quien la alega como hecho constitutivo o impeditivo de un derecho. En apoyo de tal alegación entrará en juego con frecuencia la prueba de presunciones.

El órgano competente para la aprobación de la gestión y de los gastos será normalmente el órgano administrativo de la Sociedad.

10.3.1.1.2. *Normativa de los fundadores. Obligaciones de la Sociedad*

El artículo 13 de la Ley de Sociedades Anónimas trata de las obligaciones de los fundadores respecto de la Sociedad, pero nada dice la ley de las obligaciones de ésta respecto de aquéllos.

10.3.1.1.3. *Normativa de los factores. Obligaciones de la Sociedad*

Los factores son unos apoderados, cuyo poder se caracteriza por su permanencia y su amplitud, que comprende, como mínimo, el giro y tráfico.

A este respecto, el artículo 281 del Código de Comercio dispone que: «El comerciante podrá constituir apoderados o mandatarios generales o singulares para que hagan el tráfico en su nombre y por su cuenta en todo o en parte...».

Esta normativa nunca es aplicable a la gestión de negocios de la Sociedad en creación con carácter prioritario, sino supletorio, respecto del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas. El poder del artículo 281 del Código de Comercio, que, como es obvio, debe ser previo, se sustituye, pues, por la ratificación o aprobación que impone dicho artículo 7 (8.3).

El artículo 291 del Código de Comercio prescribe que: «Los actos y contratos ejecutados por el factor serán válidos, respecto de su poderdante, siempre que sean anteriores al momento en que llegue a noticia de aquél por un medio legítimo la revocación de los poderes o la enajenación del establecimiento».

En el supuesto que estudiamos, de Sociedad Anónima en creación, no hay ni puede haber poderes y, por consiguiente, tampoco revocación de los mismos. La actuación de los gestores en posición de factores finaliza en el momento de la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil, cuya inscripción se presume conocida del gestor, sin que pueda admitirse prueba en contrario.

Según el artículo 290 del Código de Comercio: «Los poderes conferidos a un factor se estimarán subsistentes mientras no le fueren expresamente revocados, no obstante la muerte de su principal o de la per-

sona de quien en debida forma los hubiere recibido». Este precepto no es aplicable a la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación, en la que, como hemos apuntado, no hay ni puede haber poderes.

Hace asimismo referencia a las obligaciones del principal, respecto del factor, el artículo 289 del Código de Comercio, al preceptuar que: «Las multas en que pueda incurrir el factor por contravenciones de las leyes fiscales o reglamentos de administración pública, en las gestiones de su factoría se harán efectivas, desde luego en los bienes que administre, sin perjuicio del derecho del principal contra el factor por su culpabilidad en los hechos que dieren lugar a la multa».

10.3.1.1.4. *Normativa de la comisión mercantil. Obligaciones de la Sociedad*

Puede reproducirse en este lugar lo dicho anteriormente respecto de los factores. La normativa de la comisión mercantil nunca es aplicable a la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación con carácter prioritario, sino supletorio, con referencia al artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas (8.3).

El artículo 244 del Código de Comercio preceptúa que: «Se reputará comisión mercantil el mandato cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista». Pues bien, el mandato a que hace referencia este artículo, que, como es obvio, debe ser previo, queda sustituido por la ratificación o aprobación que impone dicho artículo 7.

Las obligaciones del comitente (la Sociedad) frente al comisionista (el gestor) son las siguientes:

1.^a Obligación de abonar el premio de la comisión (art. 277 del Código de Comercio).

Esta obligación, a diferencia de la correlativa del mandato y por analogía de la gestión de negocios en Derecho civil, es independiente de que el comisionista tenga por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiere el mandato o la gestión de negocios (art. 1.711 del Código Civil).

Como en la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación no puede existir el pacto previo entre comitente y comisionista, al que alude el artículo 277 del Código de Comercio citado, por no tener la Sociedad todavía personalidad jurídica, ni por lo mismo tampoco puede haberse fijado la cuota que deba abonarse, habrá que acudir para ello al uso o práctica mercantil en la plaza (art. 277 del Código de Comercio).

2.^a Obligación de satisfacer al contado al comisionista, mediante cuenta justificada, el importe de todos sus gastos y desembolsos con el interés legal (art. 278 del Código de Comercio). Parece que los gastos que deben abonarse son los necesarios y los útiles.

3.^a El comitente está obligado a anticipar fondos (art. 250 del Código de Comercio). La Sociedad (comitente) no, por no haber nacido.

4.^a El comitente está obligado a respetar el derecho de retención del comisionista (art. 276 del Código de Comercio). Este precepto parece ser sólo aplicable a la comisión en venta. La Sociedad que aún no ha nacido no puede tener bienes en venta. El precepto sólo se aplicará, pues, a los bienes que el gestor haya adquirido previamente en nombre de la Sociedad (comitente).

10.3.1.2. *Normativa de Derecho civil. Obligaciones de la Sociedad*

La aprobación de la gestión se rige por los artículos 1.892 y 1.893 del Código Civil. La aprobación comprendida dentro del artículo 1.892 puede ser expresa o tácita. La contemplada en el artículo 1.893, 1.º, es una modalidad especial de aprobación tácita: la derivada del hecho de aprovecharse de las ventajas de la gestión.

Excluido el caso de aprobación tácita por aprovechamiento de ventajas, los demás casos de aprobación, expresa o tácita, se rigen, pues, por el artículo 1.892.

Del artículo 1.892 del Código Civil no es deducible, como parece a primera vista, que el precepto se refiera exclusivamente a la aprobación expresa, ya que el adjetivo «expreso» que utiliza no califica la causa, sino el efecto; no hace referencia a la ratificación, sino al mandato.

Además de la aprobación expresa y tácita, existe una tercera modalidad: el legislador presume que el dueño había aprobado la injerencia del gestor cuando la gestión «hubiera tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto, aunque de ella no resultase provecho alguno» (art. 1.893, párrafo 2.º, del Código Civil).

10.3.1.2.1. *Caso de que la Sociedad apruebe la gestión conforme al artículo 1892 del Código Civil*

Al decir de un sector de la doctrina—NÚÑEZ LAGOS—, el artículo 1892 se refiere a la ratificación en sentido técnico de ratificación frente a terceros, la cual no afecta a la relación interna entre el *dominus* y el gestor. La otra ratificación—añade—, que técnicamente se llama aprobación, es la comprendida en el artículo 1.893, párrafo 1.º; tanto la aprobación expresa como la tácita.

En línea con esta postura doctrinal se encuentra la apreciación de que la ratificación es un apoderamiento a «posteriori», porque «desintegrado el concepto de mandato en dos figuras autónomas: la interna de gestión mandato y la externa de representación directa-poder (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1959), sólo la segunda engendra relaciones jurídicas entre el *dominus* y los terceros que contrataron con el gestor, ya que la relación interna de gestión-mandato las engendra entre el *dominus* y el gestor, y la gestión o el mandato propio nombre las origina asimismo en el aspecto interno, entre el *dominus* y el gestor, y en el externo entre el gestor y el tercero».

Por lo demás, parece que para expresar la conformidad con actos de administración de intereses ajenos, en cualquiera de los casos que pueden presentarse, es más adecuada la palabra aprobación que ratificación, y esta mayor adecuación está presente en la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación (1).

A pesar de que el artículo 1892 del Código Civil disponga que «la ratificación por parte del dueño del negocio produce los efectos del mandato expreso» y de que tal ratificación tenga efectos retroactivos, no siempre los planteamientos del caso permitirán que se produzcan todos los efectos del mandato, ya que en ocasiones al recaer la ratificación, habrá pasado el tiempo oportuno para que la Sociedad, en posición de mandante, cumpla ciertas obligaciones (vgr. la de anticipar fondos, conforme al art. 1728 del Código Civil) (8.3). Este hecho matiza las obligaciones de la Sociedad (mandante) respecto de los gestores, que de acuerdo con la interpretación tradicional del artículo 1892, serán las siguientes:

1.^a Reembolsar al gestor en posición de mandatario las cantidades necesarias para la ejecución del mandato, aunque el negocio no haya salido bien, con tal que esté libre de culpa el gestor-mandatario (artículo 1728, párrafo 2, del Código Civil).

No puede producirse el supuesto de que el mandante (la Sociedad) los haya anticipado a petición del mandatario (gestor), porque al actuar éste, aún no había mandato, ni Sociedad.

2.^a Pagarle intereses desde el día en que el mandatario (gestor) haya anticipado las cantidades para gastos. Algún autor—como ALBALADEJO—incluye la obligación de abonar intereses dentro de la de indemnizar daños y perjuicios. Efectivamente, de no abonarlos se irrogaría un perjuicio al gestor-mandatario (artículo 1728 del Código Civil).

3.^a Indemnizarle de los daños y perjuicios que haya sufrido, sin culpa ni imprudencia del propio gestor (art. 1729 del Código Civil).

4.^a Pagarle la retribución procedente, si bien sólo en el caso de

que el gestor-mandatario tenga por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiere la gestión-mandato (art. 1711 del Código Civil).

5.^a Hacerse cargo de lo que el gestor-mandatario adquirió en nombre propio y por cuenta de la Sociedad, cuando aquél se lo transmita; y de lo que adquirió en nombre de la Sociedad cuando se lo entregue. Esta distinción se funda en que si el gestor-mandatario obra en nombre de la Sociedad, ésta adquiere directamente del tercero que contrató con el gestor-mandatario. La Sociedad ha adquirido con la ratificación. Falta sólo la entrega. En cambio, si el gestor-mandatario obró en su propio nombre, aunque actuara por cuenta de la Sociedad, quien adquiere es el primero y hace falta una segunda transmisión para que lo adquirido ingrese en el patrimonio de la Sociedad (10.3.2.5.1. Obligación núm. 8).

6.^a Respetar el derecho de retención que sobre las cosas objeto del mandato tiene el mandatario-gestor, hasta que la Sociedad le reembolse de las cantidades necesarias que hubiera anticipado para la ejecución del mandato, de sus intereses y de la indemnización de daños y perjuicios (art. 1730 del Código Civil).

7.^a La responsabilidad de dos o más mandatarios, aunque hayan sido instituidos simultáneamente, no es solidaria si no se ha expresado así (art. 1723). En el caso de la gestión de negocios que nos ocupa, no puede haberse pactado la solidaridad por falta de comunicación previa entre la Sociedad aún inexistente y el gestor, y porque si hubiera habido pacto previo con el gestor, no habría gestión de negocios ajenos. Habrá, pues, sólo mancomunidad simple (arts. 1137, 1138 y 1139 del Código Civil).

10.3.1.2.2. *Caso de que la Sociedad apruebe la gestión, conforme al artículo 1893, párrafo 1.º, o de que la aprobación sea innecesaria, conforme al párrafo 2º. del mismo artículo*

«Aunque no hubiese ratificado expresamente la gestión ajena, el dueño de los bienes o negocios que aproveche las ventajas de la misma será responsable de las obligaciones contraídas en su interés, e indemnizará al gestor los gastos necesarios y útiles que hubiese hecho y los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo» (art. 1893, párrafo 1.º, del Código Civil).

El mero hecho de que el dueño del negocio—en nuestro caso la Sociedad—se aproveche de las ventajas de la gestión, implica una aprobación tácita de la misma.

El concepto de gasto útil se formula en la referencia 10.3.1.1.1.

Aun faltando la aprobación expresa, y no habiendo tampoco apro-

bación tácita, «incumbirá a éste la misma obligación cuando la gestión hubiera tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto, aunque de ella no resulte provecho alguno» (art. 1893, párrafo 2.º, del Código Civil).

El párrafo 1.º del artículo 1893 del Código Civil contempla lo que la doctrina llama el «*utiliter gestium*»; el párrafo 2.º del mismo artículo, el llamado «*utiliter coeptum*». El «*utiliter gestium*» mira al resultado de la gestión; «el *utiliter coeptum*» a su iniciación. En el primero es decisivo que haya ventajas y que el *dominus*—la Sociedad—se aproveche de ellas; en el segundo, que las circunstancias del caso justifiquen la ingerencia en los negocios del *dominus* y que los medios empleados sean pertinentes para evitar el perjuicio. En el *utiliter gestium*, el *dominus*, mientras no se aproveche de las ventajas, puede dejar el negocio de cuenta del gestor; en el *utiliter coeptum*, si la gestión está encaminada a evitar un perjuicio inminente y manifiesto—aunque no se consiga—, y los medios empleados son adecuados, el *dominus* no puede dejar el negocio, de cuenta del gestor. El *dominus* queda vinculado, por aprovecharse de las ventajas en el primer caso, y por el carácter inminente y manifiesto del perjuicio y la pertinencia de los medios empleados, en el segundo.

Las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1945 y 26 de junio de 1946 declaran, respectivamente, que «la utilidad de la gestión ha de apreciarse con referencia al momento en que se realiza», y que «es bastante que el beneficio se produzca en cualquier momento, sin que se requiera que permanezca». Lo más destacado de estas sentencias es que, al parecer, aplican el *utiliter coeptum* fuera del caso contemplado por el párrafo 2.º del artículo 1893 del Código Civil, ya que en ellas no se hace ninguna referencia a que se trataba de evitar un perjuicio inminente y manifiesto, si bien no hay que olvidar que recayeron en pleitos que resolvían casos de excepción derivados de nuestra guerra civil.

Otra obligación del *dominus* no recogida explícitamente en nuestro Código Civil es la de hacerse cargo de lo que le entregue o transmita el gestor, en cumplimiento de su obligación de entrega o transmisión (10.3.1.2.1. Obligación 5).

10.3.1.2.3. Si comparamos las obligaciones del *dominus*—en nuestro caso la Sociedad—respecto del gestor, en uno y otro caso, el de que el *dominus* apruebe la gestión conforme a lo dispuesto en el artículo 1892 y el de que se aproveche de las ventajas de la misma o de que la ingerencia del gestor hubiera tenido por objeto evitar un perjuicio inminente y manifiesto (art. 1893 del Código Civil), observamos las siguientes analogías y diferencias:

Analogías: En ambos casos, el dueño debe reembolsar al gestor de las cantidades anticipadas por éste, con matices diferenciales de cierta entidad, que se examinarán después, e indemnizarle de los perjuicios que hubiera sufrido en el desempeño de su cargo. En ambos casos, el dueño debe abonar al gestor los intereses de las cantidades anticipadas, desde el día en que se hizo el anticipo, porque si bien el artículo 1893, a diferencia del artículo 1728, no se refiere a los intereses, sí se refiere a los perjuicios, y los intereses no abonados constituyen un perjuicio. En ambos casos, el dueño debe hacerse cargo de las transmisiones o entregas que efectúe el gestor.

Diferencias: En el supuesto de aprobación por el artículo 1892 del Código Civil, se presume la obligación de retribuir al mandatario-gestor—si éste tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiera el mandato-gestión (art. 1711 del Código Civil)—, mientras que en el supuesto del artículo 1893, la gestión de negocios del Código Civil no establece tal presunción, cualquiera que sea la ocupación del gestor. Sin embargo, cabría aplicar en este punto, por analogía, la normativa del mandato.

En el supuesto de aprobación conforme al artículo 1892, el dueño del negocio o mandante debe reembolsar al mandatario-gestor, de las cantidades que éste hubiere anticipado y que fueren necesarias para su actuación, aunque el negocio no hubiere salido bien, con tal de que esté libre de culpa el gestor, mientras que en los supuestos del artículo 1893, sólo habrá lugar al reembolso cuando el dueño—la Sociedad—se aproveche de las ventajas de la gestión o cuando el objeto de ésta hubiera sido evitar un perjuicio inminente y manifiesto (arts. 1728 y 1893 del Código Civil).

Los gastos a abonar serán en el caso de aprobación según el artículo 1892, los necesarios para realizar los actos aprobados, mientras que para que sean exigibles los gastos útiles, será necesario que el mandante—la Sociedad—los apruebe, no siendo suficiente la aprobación de los actos que los originaron. En cambio, en los supuestos del artículo 1893, el dueño del negocio—la Sociedad—deberá abonar, además de los gastos necesarios, los gastos útiles.

Dos razones pueden fundamentar esta diferencia de trato entre el mandato y la gestión de negocios sin mandato. Una, que en el mandato hay un contrato previo y la posibilidad de que el mandante transmita instrucciones al mandatario (art. 1719 del Código Civil), en cuyo contrato y mediante cuyas instrucciones, el mandante puede prestar su conformidad al reembolso de los gastos útiles si lo cree conveniente, mientras que en la gestión de negocios sin mandato no existe contrato previo, ni comunicación entre el dueño y el gestor. La otra diferencia es que

liberando al mandante de abonar los gastos útiles, se le compensa de la obligación de abonar los gastos necesarios, aunque el negocio no hubiera salido bien, mientras que en la gestión de negocios sin mandato no cabe esta compensación, porque el artículo 1893 da por supuesto que el dueño se ha beneficiado de la gestión. Observemos, no obstante, que la primera de las razones expuestas no es válida, en el caso de consentimiento del mandante «a posteriori», mediante la aprobación, porque en él, durante todo el período de ejecución, no hay contrato, ni comunicación entre dueño y gestor.

Si el gestor obra en su propio nombre, el ejercicio de la acción contraria de que dispone frente al dueño o mandante (la Sociedad) para exigir que cumplan las obligaciones a que se ha hecho referencia en este epígrafe, no reviste ninguna especialidad respecto del mandato representativo.

10.3.1.2.4. Observemos, por último, que los gestores disponen de una segunda vía para reclamar de la Sociedad los pagos a cargo de ésta: la vía del enriquecimiento injusto. Concurren, en efecto, los tres requisitos básicos exigidos por la jurisprudencia (sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1972 y otras): un enriquecimiento (en nuestro caso el de la Sociedad); un empobrecimiento correlativo (en nuestro caso el de los gestores), y la ausencia de causa (que en nuestro caso con frecuencia no se exterioriza por no existir un contrato previo entre el gestor y la Sociedad, todavía no nacida). Son ilustrativas al respecto las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1969 y 11 de julio de 1940. La primera declara que «no hay enriquecimiento sin causa, cuando la atribución patrimonial responde a una relación jurídica obligacional, derivada de un contrato válido», y la segunda resuelve un caso en el que, aun sin constancia en contrato previo, se apreció la existencia de causa, declarándose que «el empleo oportuno del enriquecimiento sin causa requiere, entre otros, el requisito de falta de voluntad de aquel a cuya costa se verifica el enriquecimiento, y en este caso el gestor actuó conscientemente, con el propósito que vio convertido en realidad de obtener al término de sus servicios un cargo o empleo remunerado».

10.3.2. *Obligaciones del gestor frente a la Sociedad.*

Artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas

El artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas no trata en su párrafo 1.º, ni en su párrafo 2.º, de las obligaciones de los gestores respecto de la Sociedad.

El silencio del artículo 7 permite la penetración de la normativa de los factores, de la Comisión Mercantil y en último término del Derecho civil, para regular la materia, conforme a las proposiciones básicas expuestas al iniciar el estudio de los efectos de la Sociedad Anónima en creación (10; 10.3 y 8.3). Todo ello sin perjuicio de la vigencia específica y prioritaria del artículo 13 de la Ley de Sociedades Anónimas (10.3.1.1.2), si bien circunscrita al acto fundacional.

10.3.2.1. La aprobación por la Sociedad de los actos de los gestores puede ser, según la jurisprudencia, expresa o tácita, y a diferencia de la ratificación a efectos externos, puede ser general o especial. Refiriéndose a la aprobación a efectos internos, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1974 declara que «las aprobaciones genéricas de la gestión podrán tener una repercusión interna entre el gestor y la Sociedad, lo cual nada tiene que ver con la relación externa respecto del tercer adquirente». La ratificación o aprobación en la órbita de las relaciones internas, únicas que aquí estudiamos, puede referirse a todos los actos de gestión, a un grupo de actos o a uno o varios actos determinados. Toda aprobación debe comprender los dos lados de las relaciones jurídicas que se aprueban: el activo y el pasivo. Su efecto consiste en exonerar de responsabilidad al gestor frente a la Sociedad, por los actos o contratos aprobados.

10.3.2.2. *Obligaciones y responsabilidades de los fundadores.* *Escritura e inscripción*

Son fundadores, en caso de fundación simultánea—única de la que nos ocupamos en este estudio—, «las personas que otorguen la escritura social y asuman todas las acciones. Su número no podrá ser inferior a tres» (art. 10 de la L. S. A.).

Los fundadores son gestores en el sentido del artículo 1888 del Código Civil, porque voluntariamente toman a su cargo el negocio de constituir una Sociedad Anónima, sin mandato de ésta. Pueden estar ligados por un contrato de mandato o de comisión mercantil, con otros interesados en la constitución de la Sociedad, pero no con ésta, porque todavía no existe, y porque es requisito de la gestión de negocios ajenos que el gestor actúe espontáneamente y no obligado por un contrato anterior (9.2.3). Nada les obliga a ser fundadores, pero su ingerencia en los asuntos de la Sociedad Anónima en creación (1) significa una aceptación tácita, que les obliga a continuar su gestión hasta el fin, cuidando de la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil, mediante

la cual la Sociedad en constitución se convierte en Sociedad constituida (arts. 1888 del Código Civil y 6 y 16 de la Ley de Sociedades Anónimas).

El artículo 13 de la Ley de Sociedades Anónimas impone a los fundadores una obligación y varias responsabilidades, al preceptuar que «los fundadores están obligados a realizar todo lo necesario para obtener la inscripción de la Sociedad, y responderán solidariamente, frente a ella y frente a tercero, de la aportación de la cuarta parte del capital suscrito, de la realidad de las aportaciones no dinerarias y de su valoración, de la inversión de los fondos destinados al pago de los gastos de constitución y de cuantas declaraciones hagan en la escritura fundacional. La misma responsabilidad alcanzará a las personas por cuya cuenta hayan obrado los fundadores».

La obligación de hacer todo lo necesario para obtener la inscripción de la Sociedad es asumida por los fundadores frente a la Sociedad. Las responsabilidades solidarias que el precepto les impone para asegurar la autenticidad financiera de la Empresa subyacente a la Sociedad son asumidas por los fundadores, frente a la Sociedad y frente a tercero.

Pormenorizando más, en la protección que los artículos 7 y 13 dispensan, vemos que la protección de los futuros socios que adquieran acciones, se garantiza con la responsabilidad solidaria que contraen los fundadores y las personas por cuya cuenta hayan obrado, frente a tercero. La protección de otros terceros se halla en el mismo artículo 13 y en el párrafo 1.º del artículo 7, al final, al establecer la responsabilidad solidaria de los gestores frente a las personas con las que hubieren contratado en nombre de la Sociedad. La protección de los gestores se encuentra en el párrafo 2.º del artículo 7, al disponer que los gastos necesarios para la constitución de la Sociedad sean de cuenta de la misma. Y finalmente, la protección de la futura Sociedad se halla en el propio artículo 7, párrafo 1.º, al atribuirle, según la interpretación de la doctrina, una absoluta libertad para aceptar o rechazar los contratos concluidos en su nombre y en el artículo 13, al establecer la responsabilidad solidaria de los fundadores frente a la Sociedad (10.3.1.1; 10.3.2; 10.4.1.1).

Las responsabilidades de referencia tienen carácter objetivo, pudiendo ser exigidas aunque no haya culpa ni negligencia. Sin embargo, la responsabilidad por retraso o morosidad en la presentación de la escritura fundacional en el Registro Mercantil, sólo será exigible cuando sea imputable a los otorgantes o fundadores, al igual que la responsabilidad por retraso en el otorgamiento (art. 27 de la L. S. A.). Tales responsabilidades pesan no sólo sobre los fundadores, sino también sobre aquellas personas por cuya cuenta hubieren obrado los fundadores.

La obligación de hacer todo lo necesario para obtener la inscripción

de la Sociedad comprende no sólo la presentación de la escritura fundacional en el Registro Mercantil, sino también la subsanación de sus defectos.

Aunque todos los fundadores respondan solidariamente del cumplimiento de tal obligación, no es necesario que la presentación en el Registro Mercantil se solicite por todos ellos, ya que según el artículo 28 del Reglamento del Registro Mercantil, los documentos podrán ser presentados por el interesado o por cualquier mandatario expreso o tácito del mismo. El mandato puede ser incluso presunto, ya que se considera mandatario, para los efectos de solicitar la inscripción, a quien presente los documentos en el Registro, con tal objeto.

La razón por la cual se impone esta obligación a los fundadores se encuentra en que, por no estar todavía inscrita la Sociedad, carece de órganos sociales, que normalmente la tendrían a su cargo.

El artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas preceptúa que la escritura pública de constitución deberá ser inscrita; el artículo 26, que en todo caso será presentada para su inscripción; y este mismo artículo y los 13 y 27 indican las personas obligadas a promover la inscripción. Todo ello de acuerdo con el artículo 17 del Código de Comercio, al preceptuar que la inscripción será obligatoria para las Sociedades que se constituyan con arreglo a dicho Código.

En cuanto a las responsabilidades de los fundadores, sólo es necesario añadir, como aclaración del artículo 13, que también responden de la suscripción de todo el capital social; que son aportaciones no dinerarias las que no consistan en dinero, como las aportaciones en bienes muebles e inmuebles (arts. 334, 335 y 336 del Código Civil), derechos reales o personales (Vid. arts. 31 y 32 de la L. S. A.). «No es real la aportación de un bien inexistente, ni la aportación de bienes ajenos. No es irreal la aportación de bienes no necesarios o inadecuados para la realización del objeto social. Por lo demás, el procedimiento de revisión de valores que regula el artículo 32 de la Ley de Sociedades Anónimas exonera de responsabilidad a los fundadores en materia de valoración» (VELASCO). Observemos, finalmente, que la responsabilidad de los fundadores por cuantas declaraciones hagan en la escritura fundacional, derivaría—como apunta VELASCO—de la falta de veracidad o de exactitud.

Dado su interés en esta materia, vamos a transcribir uno de los considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1964, referente a las obligaciones y responsabilidades de los fundadores entre sí y frente a tercero. «La Ley de Sociedades Anónimas determina en su artículo 26—se declara—que los otorgantes de la escritura, sin distinción, tendrán facultades para hacer su presentación en el Registro Mer-

cantil y ordenando en el 27 que si hubiera retraso en tal presentación o morosidad en los gestores para inscribir, imputable a los otorgantes, éstos responderán solidariamente de los daños y perjuicios causados, de donde se desprende la distinción de efectos de la falta de inscripción, según se refiera a los terceros en que la Sociedad no ha nacido al campo del Derecho y no tiene personalidad jurídica, a las relaciones entre los otorgantes de la escritura, a los fundadores de la Sociedad, en que como viene declarando la doctrina de esta Sala—en la sentencia de 22 de abril de 1958, entre otras—quedan vinculados por el nexo contractual que libremente otorgaron, están obligados a cumplirlo en sus propios términos y a respetar todas las obligaciones que contrajeron, sino también, por mandato del artículo 26, a realizar cuantas gestiones sean precisas para el cumplimiento de los preceptos legales sobre nacimiento jurídico de la Sociedad, dotándola de personalidad frente a tercero y respondiendo solidariamente con los otros otorgantes, de los daños y perjuicios que el retraso pueda ocasionar y en consecuencia si para tercero no tiene la Sociedad personalidad jurídica, los socios fundadores no sólo están vinculados por la escritura de constitución en toda su extensión e intensidad, sino que vienen compelidos legalmente a realizar cuantos actos y gestiones sean precisas para dotarla de esta vida externa, de esta personalidad independiente de los socios, como confirma el artículo 13 de la Ley de Sociedades Anónimas.»

Un examen superficial de esta sentencia podría apoyar la admisión de una Sociedad Anónima, «interpartes», y no frente a tercero. Creemos, no obstante, que falta base para esta interpretación, porque en ningún precepto legal, ni en los artículos 6, 13, 26, 27 de la Ley de Sociedades Anónimas, ni en ningún otro, se distingue entre el aspecto interno y el externo; porque la personalidad jurídica no es un atributo adicional que se añada a la Sociedad Anónima, sino algo intrínseco y consustancial a la misma, que proyecta su influencia no sólo en las relaciones externas, sino también en las internas; y porque la esencia de la Sociedad Anónima se halla en la limitación de la responsabilidad, que no cabe en el aspecto interno.

La Sociedad Anónima nace en el curso de un proceso, a menudo largo, en el que están insertos dos hitos relevantes: la escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil. En el curso de este proceso se estipula un contrato y se crea una persona jurídica.

Al intentar tomar la medida de la influencia de la escritura y la inscripción en la producción de los efectos del contrato y en la creación del ente jurídico, llegamos a la conclusión de que los efectos del contrato de Sociedad son mayormente obra de la escritura, y la creación del ente jurídico lo es de la inscripción.

La escritura desencadena por sí sola tres efectos importantes: vincula contractualmente a los fundadores; les impone la obligación de hacer todo lo necesario para que la Sociedad se inscriba en el Registro Mercantil, y les impone una responsabilidad solidaria frente a la Sociedad. Estos no son, sin embargo, los únicos efectos del contrato; pero para que se produzcan los demás, se necesita el concurso de la inscripción, porque el contrato sólo puede producir todos sus efectos en el seno de una Sociedad en funcionamiento. Sobre esta base se ha construido la doctrina de que la inscripción es un simple requisito de eficacia, lo cual conduciría a la «*condictio juris*».

En cambio, la creación de la Sociedad es casi exclusivamente obra de la inscripción. Antes de que ésta se produzca, no hay más que una esperanza o un proyecto de Sociedad Anónima. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1959 declara que «la falta de inscripción de la Sociedad Anónima en el Registro Mercantil determina la inexistencia de su personalidad, que sólo puede nacer de la inscripción, requisito al que la Ley atribuye carácter constitutivo y no meramente publicitario de la existencia del ente jurídico». La inscripción no actúa como una simple «*condictio juris*», porque no es sólo una condición de eficacia, sino un elemento del negocio jurídico, que además de condicionarlo, lo fundamenta. Sin inscripción no existe siquiera una Sociedad Anónima irregular, porque hoy, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas, la Sociedad Anónima no inscrita, como decía DE LA RICA, no es una Sociedad Anónima irregular, sino una Sociedad Anónima inexistente. Y esto es así porque la esencia de la Sociedad Anónima se encuentra en la limitación de la responsabilidad y ésta no puede desplegar sus efectos, sin que la Sociedad tenga personalidad jurídica. Una Sociedad Anónima no inscrita, y por consiguiente sin limitación de responsabilidad, sería una mera entelequia.

Cierto que antes de la inscripción en el Registro Mercantil existe lo que se ha venido llamando una Sociedad en constitución o en formación, pero no una Sociedad Anónima irregular.

Ambos tipos de Sociedad son muy distintos. La Sociedad en formación origina una situación provisional, normalmente necesaria, mientras que la Sociedad irregular crea una situación que en el ánimo de los socios es permanente y no responde a imperativos de necesidad. En la Sociedad en formación, los socios tienen el propósito de inscribir, y por exigencias del tráfico, tienen, casi siempre necesidad de contratar antes de que la inscripción se practique. En la Sociedad irregular, los socios tienen la voluntad deliberada de no inscribir, y por consiguiente no puede decirse que exista una necesidad de contratar antes de inscribir, ya que normalmente si no inscriben es porque no quieren hacerlo.

Cuestión aparte, pero íntimamente relacionada con la anterior, es la nula virtualidad traslativa de la escritura, sin el concurso posterior de la inscripción. La escritura, en efecto, no impulsa el desplazamiento de la propiedad de las aportaciones hacia la Sociedad, ni tampoco hacia una comunidad de bienes formada por los propios aportantes. No se produce el primer desplazamiento de la propiedad, porque antes de la inscripción en el Registro Mercantil, la Sociedad carece de personalidad jurídica, y por consiguiente no puede adquirir ni poseer bienes. Y no tiene lugar el segundo desplazamiento de la propiedad, porque para que se entendiera constituida una comunidad de bienes entre los aportantes, sería necesario que lo dispusiera así algún precepto legal, y este precepto legal no existe, o que los fundadores formularan una declaración de voluntad en tal sentido en la escritura, que nunca se formula, sin duda debido a los problemas que surgirían de tal comunidad de bienes, como estación intermedia, en el tránsito de las aportaciones hacia la Sociedad.

Hasta que llega el momento de la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil, la puesta en común del artículo 116, párrafo 1.º, del Código de Comercio, se limita, pues, a poner las aportaciones unas junto a otras, en depósito, para constituir entre todas un patrimonio de destino, cuyo destinatario es la Sociedad. Este patrimonio se encamina, en definitiva, hacia una fiducia en la que la Sociedad, una vez inscrita, asumirá el papel de fiduciario (la Sociedad es en nuestro Derecho un negocio fiduciario), pero mientras la Sociedad no se inscriba, las aportaciones no pueden constituir todavía el elemento real de la fiducia, y cada aportante conserva la propiedad de los bienes aportados, que pueden ser embargados por sus deudas particulares, en la parte correspondiente a cada uno.

La adquisición de las aportaciones por la Sociedad sólo se produce en el momento de su inscripción en el Registro Mercantil, que al dotar a la Sociedad de personalidad jurídica, consume la tradición de las aportaciones. No hay que efectuar, pues, una nueva entrega, porque la Sociedad, al nacer jurídicamente, entra automáticamente en posesión de los bienes aportados.

El título por el cual la Sociedad, al ser inscrita, adquiere en propiedad las aportaciones, es, según unos, un acto de enajenación, y según otros, un acto de comunicación de bienes.

Se ha dicho que la Notaría es el órgano sensorial del Registro. Pensamos, por nuestra parte, que es algo más que un órgano sensorial, pero vista la escritura desde la perspectiva que ofrece la función calificadora del Registro, aparece como un medio de prueba—prueba tasada—de que se han producido los consentimientos y las entregas. El Registrador no se halla en posición de inmediatividad respecto de los otorgantes, ei

Notario sí, y puede reflejar en la escritura lo que ve y lo que oye durante el acto de otorgarse, con lo cual se forma el material probatorio, que será después objeto de examen por el Registrador, al efecto de practicar o rechazar la inscripción. En definitiva, este funcionario, a semejanza en esto al Juez al dictar sentencia, se plantea, más o menos conscientemente, un silogismo, en el que la prueba contenida en la escritura constituye la premisa menor, los preceptos legales aplicables, la premisa mayor, y el acuerdo de inscribir, suspender o denegar la inscripción en nombre del Estado, la conclusión.

10.3.2.2.1. *Planteamientos registrales*

Para la inscripción de la Sociedad Anónima en el Registro Mercantil, debe presentarse la escritura pública de constitución, con los Estatutos, acompañada de una certificación expedida por el Registro administrativo de denominaciones sociales, que se lleva en la Dirección General de los Registros, acreditativa de que la denominación que se pretende adoptar no aparece registrada con anterioridad a favor de otra Sociedad.

La escritura, como apunta RUBIO, es el germen de la Sociedad. Los Estatutos son su norma de vida.

«Los Estatutos constarán en la escritura de constitución, bien en el texto de ésta, por transcripción literal, bien como documento unido a la matriz y formando parte integrante de la misma, para lo cual el Notario indicará el número de folios de papel timbrado o común en que se hallan extendidos, así como las firmas o sellos que aseguren su identidad, dando fe, además, de que en el mismo acto del otorgamiento ha leído los Estatutos a los otorgantes o de que éstos los han leído en su presencia por sí mismos o por persona de su elección, y que, enterados de su contenido, los aprueban y firman o los confirman y los elevan a escritura pública si ya estuvieren aprobados y suscritos con anterioridad...» (artículo 101 del Reglamento del Registro Mercantil).

10.3.2.3. *Obligaciones de los factores respecto de la Sociedad*

Según el artículo 288 del Código de Comercio, «los factores no podrán traficar por su cuenta particular, ni interesarse en nombre propio o ajeno en negociaciones del mismo género de las que hicieren a nombre de sus principales, a menos que éstos les autoricen expresamente para ello». A lo que añade el párrafo 2 del mismo artículo, que «si negociaren

sin esta autorización, los beneficios de la negociación serán para el principal, y las pérdidas, a cargo del factor».

En la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación, no cabe que la Sociedad, que todavía no tiene personalidad jurídica, autorice la negociación. Regirá, pues, la prohibición del párrafo 1.º del artículo 288 del Código de Comercio transcrito, que está en línea con el artículo 267 del Código de Comercio, relativo a la Comisión Mercantil (8.3).

La jurisprudencia que quedó transcrita al ocuparnos de los requisitos de la gestión de negocios ajenos (9.2.7.3) proscribía el lucro ilícito, considerando tal el obtenido a costa del dueño, mediante posponer el interés de éste al interés del gestor. Pues bien, el artículo 288 del Código de Comercio va más lejos, porque contemplando el supuesto del factor que obra por su propia cuenta, presume que persigue un lucro ilícito y penaliza su actuación, aun sin probarse la ilicitud de sus actos.

10.3.2.4. *Obligaciones del comisionista frente al comitente (la Sociedad)*

Antes de iniciar la exposición de esta materia es conveniente recordar que en la Comisión Mercantil hay un contrato previo, que falta en la gestión de negocios, en la que es sustituido por la aprobación «a posteriori». Esta diferencia determina que no sean aplicables a la gestión de negocios los efectos legales de la Comisión Mercantil, que sean consecuencia de ese contrato previo. No hay que perder de vista que la normativa de la Comisión Mercantil no se aplica nunca con carácter prioritario, sino supletorio del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, en cuyo párrafo 1.º exige la ratificación o aprobación (8.3).

Las principales obligaciones del comisionista son:

1.º El comisionista que sin causa legal no cumpla la comisión... empezada a evacuar, será responsable de todos los daños que por ello sobrevengan al comitente (art. 252 del Código de Comercio).

2.º Celebrado un contrato por el comisionista, con las formalidades de Derecho, el comitente deberá aceptar todas las consecuencias de la comisión, salvo el derecho a repetir contra el comisionista por faltas u omisiones cometidas al cumplirla (art. 253 del Código de Comercio). En la gestión de negocios, al aplicar el precepto, no hay que perder de vista que la obligación de comitente está subordinada a la aprobación de la gestión.

3.º Si el comisionista estuviera autorizado para obrar a su arbitrio, o no fuere posible la consulta, hará todo lo que le dicte la prudencia y

sea compatible con el uso del comercio, cuidando el negocio como propio (art. 255 del Código de Comercio).

En la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación (1) no es posible la autorización, ni la consulta, debido a la inexistencia de la Sociedad (comitente) al actuar el gestor (comisionista). Este debe, pues, hacer todo lo que le dicte la prudencia y sea conforme al uso del comercio, cuidando el negocio como propio.

4.º El comisionista responde de los daños y perjuicios ocasionados al comitente por malicia o abandono (art. 256 del Código de Comercio).

5.º El comisionista que tuviere en su poder mercaderías o efectos por cuenta ajena, responderá de su conservación en el estado en que los recibió. Cesará esta responsabilidad cuando la destrucción o el menoscabo sean debidos a casos fortuitos, fuerza mayor, transcurso del tiempo o vicio propio de la cosa (art. 266 del Código de Comercio).

6.º El comisionista será responsable de los perjuicios que ocasione su omisión o demora, si no verificase la cobranza de los créditos de su comitente, en las épocas en que fueren exigibles, a no ser que acredite que usó oportunamente de los medios legales para conseguir el pago (artículo 273 del Código de Comercio).

7.º El Comisionista no puede, sin autorización expresa del comitente, concertar una operación a precio o condiciones más onerosas que las corrientes en la plaza a la fecha en que se hizo, y si las concertara será responsable ante el comitente del perjuicio irrogado, sin que le sirva de excusa alegar que al tiempo y en iguales circunstancias hizo operaciones por su cuenta (art. 258 del Código de Comercio). En la Sociedad Anónima en creación, no pudiendo existir la autorización expresa de referencia, por falta de personalidad de la Sociedad, aún no nacida, la responsabilidad a que nos referimos será asumida en todo caso por el comisionista.

8.º El comisionista no puede darse a sí mismo entrada, como contrapartida, en el contrato que celebre como tal (art. 267, párrafo 1.º, del Código de Comercio) (10.3.2.3).

9.º El comisionista deberá observar lo establecido en las Leyes y Reglamentos y será responsable de los resultados de su contravención u omisión (art. 259 del Código de Comercio).

10. El Comisionista no podrá delegar los encargos que reciba sin previo consentimiento del comitente, a no estar de antemano autorizado, pero podrá bajo su responsabilidad emplear sus dependientes en las operaciones subalternas, según la costumbre (art. 261 del Código de Comercio).

En la Sociedad Anónima en creación no cabe que la Sociedad otorgue su autorización o su consentimiento, por la razón tan repetida, de la

inexistencia jurídica de la misma, al actuar el gestor en posición de comisionista.

El artículo 261 marca, pues, una diferencia importante respecto de lo preceptuado para la gestión de negocios y para el mandato (artículos 1890 y 1721, respectivamente).

Observemos, sin embargo, que la comisión mercantil entra a regir la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación por la vía de la analogía y que la ampliación analógica exige la concurrencia de una igualdad jurídica esencial entre el supuesto no regulado y el previsto por el legislador, cuya igualdad debería darse, en nuestro caso, entre el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas y el artículo 261 de la comisión mercantil. Y como quiera que esta igualdad no existe—porque la *ratio legis* de que en la comisión mercantil no se permita la delegación, se halla en que el comisionista ha sido nombrado en atención a la confianza que merece al comitente, mientras que en la gestión de negocios no hay nombramiento, ni el cargo de gestor es de confianza—, es lógico que el criterio del legislador sea más permisivo en la gestión de negocios que en la comisión mercantil (8.3).

De lo que antecede se infiere, a nuestro juicio, que no es aplicable el artículo 261 del Código de Comercio, sino los artículos 1890 y 1721 del Código Civil, para regir la delegación de referencia.

11. El comisionista debe rendir cuentas especificadas y justificadas al comitente, con relación a los libros que lleve (art. 263 del Código de Comercio).

Una consecuencia de la rendición de cuentas es la obligación del comisionista de transmitir o entregar, según que haya obrado, respectivamente, en nombre propio o en nombre del comitente, todo lo que tenga en su poder por la ejecución de la comisión, en términos similares al mandatario (10.3.2.5.1).

10.3.2.5. *Normativa de Derecho Civil. Obligaciones de los gestores con la Sociedad*

A pesar de que por la aprobación, conforme al artículo 1892, el gestor queda sujeto a las obligaciones del mandatario (art. 1892 del Código Civil), el *dominus* no puede exigirle responsabilidad por el incumplimiento de las mismas, porque una de dos: o la Sociedad aprueba o no aprueba la gestión dentro del marco del artículo 1892. En el primer caso el gestor queda exonerado de responsabilidad, y en el segundo no es aplicable la normativa del mandato.

En cambio, el gestor que no sea mandatario (caso del art. 1893, pá-

rrafo 1.º, del Código Civil) sólo queda exonerado de responsabilidad, si el *dominus* aprueba la gestión. En otro caso el gestor responde frente al *dominus*, conforme a los artículos 1889, 1890 y 1891 del Código Civil.

La razón de la diferencia apuntada estriba en que sólo la aprobación por el artículo 1892 desencadena la aplicación de la normativa del mandato, mientras que la normativa de la gestión de negocios sin mandato recibe siempre aplicación a través de unos u otros artículos del Código Civil: del artículo 1893 si hay aprobación o se trata de evitar determinados perjuicios, y de los artículos 1889 a 1891 en otro caso.

Sin embargo, a todos interesa conocer la normativa del mandato, que aun sin la aprobación del artículo 1892 del Código Civil será aplicable, como Derecho supletorio, después de la normativa de la gestión de negocios, tanto si ésta se aplica, a su vez, con carácter prioritario como supletorio. (*Vid.* 8.4, núm. 1.) Esta es la razón de que nos ocupemos de la materia con cierta amplitud.

10.3.2.5.1. *Caso de que medie aprobación por el artículo 1892 del Código Civil*

Al enumerar las obligaciones del gestor en posición de mandatario, distinguiremos las obligaciones de ejecución del mandato de las obligaciones posteriores a la ejecución (rendición de cuentas, transmisión y entrega).

Las primeras deben cumplirse en un momento en que el futuro mandante—la Sociedad—todavía no tiene existencia legal por falta de inscripción; las segundas en un momento posterior a esta inscripción, y por consiguiente a la adquisición de personalidad jurídica (art. 6. de la L. S. A.). Esta distinción influye poderosamente en la fijación de la medida dentro de la cual puede tener aplicación la normativa del mandato. El supuesto de que la Sociedad no haya nacido tiene que restringir forzosamente la aplicación de esta normativa. El supuesto de que haya nacido permite su aplicación normal (8.3).

A la luz de la anterior distinción, pasamos a enumerar las obligaciones del gestor que esté en posición de mandatario:

1. «El mandatario queda obligado por la aceptación a cumplir el mandato» (art. 1718 del Código Civil). No obstante, como quiera que al actuar el gestor la Sociedad aún no ha nacido, y por consiguiente no puede haber mandato ni aceptación, no cabe aplicar el artículo de referencia, sino el 1888 del mismo Código, que será estudiado al referirnos a las obligaciones del gestor no mandatario.

2. «El mandante debe anticipar al mandatario, si éste lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato. Si el mandatario las hubiera anticipado, debe reembolsarlas el mandante...» (art. 1728 del Código Civil). En la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación no caben los anticipos del mandante—la Sociedad—que no tiene aún personalidad jurídica (art. 6 de la L. S. A.). El mandatario debe anticipar, pues, las cantidades necesarias, con derecho a que la Sociedad se las reembolse.

3. «El mandatario, en la ejecución del mandato ha de arreglarse a las instrucciones del mandante. A falta de ellas, hará todo lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia» (art. 1719 del Código Civil). En la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación, por no existir todavía el mandante (la Sociedad), no puede haber dado instrucciones. El gestor en posición de mandatario deberá hacer, pues, todo lo que haría un buen padre de familia. Como es lógico, son ineficaces las instrucciones si se reciben después de la ejecución del mandato (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1964).

4. «El mandatario es responsable no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales, según que el mandato sea o no retribuido» (art. 1.726 del Código Civil). Parece que en la culpa tiene que poderse compensar el daño con el lucro.

5. «Todo mandatario está obligado a dar cuenta de sus operaciones al mandante» (art. 1.720 del Código Civil). De este precepto se derivan dos obligaciones: la de tener informado al mandante durante la ejecución del mandato y la de rendir cuentas. Sin embargo, la primera no podrá tener aplicación en la gestión de la Sociedad en creación por inexistencia del mandante (la Sociedad).

6. «El mandatario no puede traspasar los límites del mandato», «cuyos límites no se consideran traspasados si el mandato fuera cumplido de una manera más ventajosa para el mandante que la señalada por éste» (arts. 1.714 y 1.715 del Código Civil). Este precepto tampoco es aplicable a la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación, porque al no existir legalmente el mandante (la Sociedad), no puede haber mandato ni límites del mandato.

7. «El mandatario puede nombrar sustituto si el mandante no se lo ha prohibido, pero responde de la gestión del sustituto: 1.º Cuando no se le dio la facultad de nombrarlo. 2.º Cuando se le dio esta facultad, pero sin designar la persona y el nombrado era notoriamente incapaz o insolvente». «Lo hecho por el sustituto nombrado contra la prohibición del mandante será nulo» (art. 1.721 del Código Civil). «En los casos

comprendidos en los dos números del artículo anterior puede, además, el mandante dirigir su acción contra el sustituto» (art. 1.722 del Código Civil).

Lo que antecede es aplicable tanto al caso de sustitución propiamente dicha por vía de transmisión, que es un caso de cesión de mandato, que exige, como es lógico, la autorización o aprobación del mandante, como al caso de que el mandatario celebre otro contrato de mandato en el que sea mandante, dando origen a un submandato, en el que el mandatario conserva la misma posición respecto del mandante y el submandatario actúa por cuenta del submandante, ya que ambas figuras jurídicas—la cesión y la delegación—quedan comprendidas dentro del artículo 1.721 del Código Civil. En cambio, cuando se trata de meros auxiliares responderá el mandatario (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1920), no siendo aplicables los artículos 1.721 y 1.722 del Código Civil.

En la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación, el mandante (la Sociedad) no puede haber dado facultad al gestor para nombrar sustituto, ni puede habérselo prohibido, por la tan repetida razón de carecer de personalidad jurídica, al actuar el gestor en posición de mandatario. Este responderá, pues, de la gestión del sustituto, aparte de que la Sociedad pueda dirigir directamente su acción contra el sustituto (art. 1.722 del Código Civil). No cabe, por otra parte, que el mandante (la Sociedad) autorice la cesión de mandato, por la razón expuesta arriba y tan repetida en el curso de este estudio, pero sí cabe que apruebe la cesión al adquirir personalidad jurídica (8.3).

8. Rendir cuentas al mandante (art. 1.720 del Código Civil). Como apunta PUIG PEÑA, la rendición de cuentas comprende tres operaciones: 1.^a La rendición de cuentas propiamente dicha. 2.^a La justificación de las mismas. 3.^a La entrega o transmisión al mandante de lo que tenga en su poder por razón del mandato, incluso los títulos o documentos.

«El acto de rendir cuentas es el último acto de gestión, que sería incompleta si no se entregase al mandante todo lo que el mandatario ha hecho por él, es decir, todo lo que ha pagado y todo lo que ha recibido, las obligaciones que ha asumido frente a tercero y las que los terceros asumieran frente a él, debiendo resultar de la rendición de cuentas el índice de todas las operaciones, deseando que el mandante pueda tener la demostración de toda la actividad desarrollada por el mandatario y pueda juzgar si ha administrado como un buen padre de familia» (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1969).

Según una Sentencia del Tribunal Supremo de 1891, el derecho a pedir cuentas compete al mandante y no al mandatario, quien está obligado no sólo a rendirlas, sino a justificarlas, si no se le relevó de

ello (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1946); pero si el mandante no pide ni exige comprobantes, existe una renuncia tácita de su derecho a reclamarlos (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1915).

Otra obligación del mandatario, dentro del capítulo de rendición de cuentas, es la de transmitir o entregar al mandante (la Sociedad) lo que adquirió por cuenta de éste; obligación correlativa de la que pesa sobre el mandante de hacerse cargo de lo que el mandatario le transmita o entregue, ya estudiada al ocuparnos de las obligaciones del mandante (10.3.1.2.1).

Si el gestor en posición de mandatario ha obrado en nombre propio, será el propio gestor quien habrá adquirido, y para que los bienes ingresen en el patrimonio del mandante (la Sociedad), por cuya cuenta fueron adquiridos, será necesaria una transmisión. En cambio, si el gestor en posición de mandatario obra no sólo por cuenta, sino en nombre del mandante (la Sociedad), es éste quien adquiere directamente del tercero que contrató con el gestor, y es suficiente la entrega (arts. 1.717 y 1.725 del Código Civil). Ambas figuras jurídicas—la transmisión y la entrega—están comprendidas dentro del artículo 1.720 del Código Civil, a cuyo tenor: «Todo mandatario está obligado a abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando lo recibido no se debiere al segundo» (10.3.1.2.1. Obligación 5.^a). El mandatario propio nombre viene obligado a realizar cuantos actos sean precisos para que lo que adquirió pase a figurar a nombre del mandante, porque si bien los derechos adquiridos por el mandatario en el mandato no representativo entran a formar parte de su patrimonio, esta titularidad es necesariamente provisional, en tránsito hacia el patrimonio del mandante.

Si proyectamos las consideraciones que preceden sobre la normativa del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, en el caso de que el Código Civil se aplique como derecho supletorio, veremos que, como en los actos y contratos comprendidos dentro del párrafo 1.º del artículo 7, el gestor debe obrar en nombre de la Sociedad, en ellos será bastante la entrega, y como en los actos y contratos contemplados en el párrafo 2.º del mismo artículo, el gestor puede obrar en nombre de la Sociedad o en nombre propio, en el primer caso será suficiente la entrega y en el segundo se requerirá una transmisión.

En el caso de que el Código Civil entre, en primer tiempo, a regir las obligaciones del gestor respecto de la Sociedad, porque el gestor actuante no haya asumido el encargo de constituirla, cambia el planteamiento, pero no las conclusiones. Lo primero, porque el gestor puede actuar indistintamente en nombre de la Sociedad o en su propio nombre, tanto en el supuesto del párrafo 1.º como en el del 2.º del artículo 7. Lo

segundo, porque si actúa en nombre de la Sociedad será bastante la entrega, y si actúa en nombre propio será necesaria la transmisión.

9. El gestor en posición de mandatario «debe intereses de las cantidades que aplicó a usos propios desde el día en que lo hizo, y de las que quede debiendo después de fenecido el mandato desde que se haya constituido en mora» (art. 1.724 del Código Civil).

10.3.2.5.2. *Caso de que sea aplicable el artículo 1.893 del Código Civil*

El gestor que, por ser aplicable el artículo 1.893, no se encuentra en la posición del mandatario, viene obligado:

1.º «A continuar la gestión hasta el término del asunto y sus incidencias, o a requerir al interesado para que le sustituya en la gestión si se hallase en estado de poder hacerlo por sí» (art. 1.888 del Código Civil). Nada obliga al gestor a inmiscuirse en los asuntos ajenos, pero si lo hace debe continuar la gestión hasta el fin. La simple injerencia implica, en la mente del legislador, una aceptación tácita de seguir hasta el fin. En la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación, la Sociedad, al actuar el gestor, no se halla en estado de poder sustituirle, por no tener aún personalidad jurídica, por cuya razón la obligación de seguir en el cuidado del asunto se presenta como única alternativa.

2.º El gestor debe anticipar las cantidades para llevar a término su gestión. Implícitamente esta obligación se deriva del artículo 1.893 del Código Civil, al aludir a que el dueño le indemnizará de los gastos.

3.º Debe desempeñar su encargo con toda la diligencia de un buen padre de familia (art. 1.889 del Código Civil). Derivada de este precepto está la prohibición de emprender negocios de especulación.

En esta línea, el artículo 1.891 del Código Civil añade que «el gestor de negocios responderá del caso fortuito cuando emprenda operaciones arriesgadas que el dueño no tuviese por costumbre hacer, o cuando hubiese pospuesto el interés de éste al suyo propio». En lo primero podría fundamentarse la culpa; en lo segundo, el dolo.

Parece, a primera vista, que el artículo 1.891, que acaba de transcribirse, no es aplicable a la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación, porque ésta, por su misma inexistencia, no puede haber tenido costumbre de proceder de un modo determinado. Sin embargo, creemos que es perfectamente defendible la opinión de PUIG PEÑA de que lo importante es el interés y la voluntad del dueño del negocio, según una consideración objetiva de las circunstancias del caso.

4.º «El gestor oficioso debe indemnizar los perjuicios que por su culpa o negligencia se irroguen al dueño de los bienes o negocio que

gestione. Los tribunales, sin embargo, podrán moderar la importancia de la indemnización según las circunstancias del caso» (art. 1.889 del Código Civil).

5.º Rendir cuentas de su gestión. «Aunque el Código Civil no imponga expresamente esta obligación, su observancia es perfectamente deducible de la naturaleza de la gestión de negocios» (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1950). «El que gestiona negocios ajenos debe dar cuenta de sus operaciones» (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1967). «Cuando se demuestra la administración de bienes y derechos, ello lleva aparejada la obligación de rendir cuentas, en los términos del artículo 1.720 del Código Civil, pues estando basada tal obligación en principios de moralidad y justicia, el acto de rendir cuentas es el último acto de gestión» (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1969). La sentencia precisa a continuación los requisitos de la rendición de cuentas, que han quedado pormenorizados anteriormente, al ocuparnos de la misma obligación a cargo del mandatario (10.3.2.5.1. Obligación núm. 8). «Allí donde hay gestión de negocios ajenos surge la obligación de ofrecer el resultado contable, que comprende los actos jurídicos, los actos económicos y aun los puramente materiales» (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1978).

6.º Entregar o transmitir a la Sociedad, al terminar la gestión, todo lo recibido por razón de la misma. La obligación es de simple entrega cuando el gestor ha obrado en nombre de la Sociedad, y de transmisión cuando ha obrado en su propio nombre. El fundamento jurídico de la distinción ya fue expuesto al ocuparnos de la misma obligación a cargo del mandatario. En esta obligación se comprende la de hacer entrega a la Sociedad de los títulos, y si el gestor ha obrado en propio nombre, la de hacerle cesión de las acciones contra tercero (10.3.2.5.1 y 10.3.2.5.3).

7.º Si el gestor delegare en otra persona todos o algunos de los deberes de su cargo, responderá de los actos del delegado, sin perjuicio de la responsabilidad directa respecto de la Sociedad (art. 1.890 del Código Civil). Concuerda este artículo con el 1.722 del mismo Código, referente a la acción del mandante contra el sustituto.

8.º La responsabilidad de los gestores cuando fueren dos o más será solidaria (art. 1.890, párrafo 2.º, del Código Civil). Esta solidaridad constituye una excepción al principio de no solidaridad contenido en los artículos 1.137 y 1.138 del mismo Código. Únicamente será aplicable la responsabilidad solidaria—como es lógico—cuando la gestión sea en común, ya que si la pluralidad de gestores no fuera simultánea, sino sucesiva e independiente, cada uno responderá de sus propios actos.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1977, al refe-

rirse a la responsabilidad de los gestores, a tenor del párrafo 1.º del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, formula ciertas declaraciones, que a primera vista parecen incidir en la responsabilidad establecida en el artículo 1.890 del Código Civil, que estamos estudiando. No obstante, en realidad no es así, como veremos. Dice uno de los considerandos de la sentencia de referencia: «Es de notar, por una parte, que no existe responsabilidad conjunta de los gestores con la Sociedad, en orden a los contratos concluidos en nombre de ésta, antes de su inscripción en el Registro Mercantil, puesto que una de dos, o la Sociedad otorga su aceptación dentro del plazo de tres meses desde aquella inscripción, en cuyo caso el contrato es válido y obliga exclusivamente a la Sociedad con el tercero, o no lo acepta dentro del referido plazo, en cuya hipótesis responden los gestores exclusivamente frente a las personas con las que hubieran contratado en nombre de la Sociedad, y por otra parte, que la solidaridad de que habla el mismo precepto (el art. 7 de la Ley de Sociedades Anónimas), siguiendo el precedente del artículo 120 del Código de Comercio, afecta únicamente a la responsabilidad de los gestores cuando hubieran sido varios los que contrataron con el tercero, no a la inexistente responsabilidad simultánea de los gestores con la Sociedad; de todo lo cual se infiere que habiendo sido condenada la Sociedad sobre la base de haberse ratificado por ella el contrato celebrado por su Administrador con el Arquitecto, dentro del plazo del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, jamás se podrá adicionar a esta condena otra contra el aludido Administrador, en concepto de responsable solidario con la Sociedad, sobre la base absolutamente contraria a lo anterior, de no haberse verificado la ratificación dentro del plazo legal».

Esta sentencia no desvirtúa la doctrina del artículo 1.890 del Código Civil, porque incide sobre distinto espacio jurídico. La sentencia que comentamos se refiere, en efecto, a la responsabilidad contractual de los gestores frente a la Sociedad; el artículo 1.890, párrafo 2.º, a la responsabilidad extracontractual por dolo, culpa o negligencia.

10.3.2.5.3. Si comparamos las obligaciones del gestor en los dos casos examinados: el de gestor en posición de mandatario (art. 1.892 del Código Civil) y el de gestor no sujeto a la normativa del mandato (artículo 1.893), percibimos las siguientes analogías y diferencias.

Analogías:

1.ª El mandatario queda obligado a cumplir el mandato (art. 1.728 del Código Civil); el gestor sin mandato, a continuar su gestión (artículo 1.888 del Código Civil).

2.ª Tanto el gestor en posición de mandatario de los negocios de la Sociedad Anónima en creación, como el gestor sin mandato, deben

anticipar las cantidades necesarias para la ejecución del mandato o gestión, respectivamente (arts. 1.728 y 1.893 del Código Civil), ya que al actuar el gestor en posición o no de mandatario, la Sociedad todavía no tiene existencia legal.

3.^a Tanto el gestor en posición de mandatario, como el gestor no mandatario, deben hacer todo lo que haría un buen padre de familia (artículos 1.719 y 1.889 del Código Civil), así como responder de los daños y perjuicios (arts. 1.718, 1.726 y 1.889 del Código Civil) por dolo, culpa o negligencia.

4.^a Ni uno ni otro están obligados a tener informada a la Sociedad en el período de ejecución de su cometido (arts. 1.720 del Código Civil y 6 de la Ley de Sociedades Anónimas) porque aquélla aún no existe jurídicamente y en la gestión de negocios, además, no puede existir comunicación previa entre el dueño y el gestor.

5.^a Tanto uno como otro están obligados a rendir cuentas (artículo 1.720 del Código Civil para el gestor en posición de mandatario, y jurisprudencia para el gestor no mandatario).

6.^a Tanto uno como otro están obligados a entregar o transmitir a la Sociedad cuanto hayan recibido (arts. 1.720 del Código Civil en el mandato, e implícitamente, art. 1.893 del mismo Código en la gestión de negocios, como contrapartida del abono de gastos al gestor) (10.3.1.2.1). En el mandato representativo, la obligación es de entrega; en el mandato propio nombre, de transmisión. En ambos casos, el derecho del *dominus* o del mandante tiene su tutela en la llamada acción directa.

7.^a Tanto uno como otro pueden delegar todos o algunos deberes de su cargo, respondiendo el mandatario ante el mandante y el gestor ante el *dominus* de los actos del delegado o sustituto, sin perjuicio de la responsabilidad directa de éste (arts. 1.721, 1.722 y 1.890 del Código Civil). La responsabilidad del gestor frente al *dominus* es, en ese supuesto, paralela a la del mandatario en el submandato.

Diferencias:

1.^a El mandatario no puede traspasar los límites del mandato. En la gestión de negocios no existe este límite porque no hay un contrato previo.

2.^a El gestor sin mandato no puede emprender operaciones arriesgadas. El mandatario puede emprenderlas si están comprendidas dentro del mandato. Ahora bien, como el gestor en posición de mandatario lo es en virtud de un mandato *a posteriori* (la aprobación de su gestión), al que la ley atribuye efectos retroactivos, y al actuar como gestor desconoce si habrá mandato (caso del art. 1.892) o simple gestión de negocios (casos del art. 1.893), no es prudente que las emprenda si quiere

asegurar la aprobación. Aparte de que ciertas operaciones arriesgadas pudieran infringir la obligación de hacer todo lo que haría un buen padre de familia.

3.^a El gestor sin mandato responde del caso fortuito si emprende operaciones arriesgadas (art. 1.891 del Código Civil). El mandatario no, siempre que la operación arriesgada esté comprendida dentro del mandato. Podrían reproducirse aquí las consideraciones hechas en el número 2 que precede.

4.^a El mandatario puede renunciar al mandato (art. 1.732 del Código Civil). El gestor sin mandato no, a menos que requiera al interesado para que le sustituya en la gestión, si se hallase en estado de poder hacerlo por sí (art. 1.888 del Código Civil). No obstante, en la renuncia del mandatario, si el mandante sufre perjuicios, aquél debe indemnizarle (art. 1.726 del Código Civil). En la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación (1), el gestor en posición de mandatario no puede renunciar al mandato, porque sólo puede adquirir tal condición, en virtud de la aprobación del artículo 1.892, cuando ya ha terminado su cometido.

5.^a Entre los mandatarios, frente al mandante no hay solidaridad, sino se ha pactado así (art. 1.723 del Código Civil). Este pacto es imposible en la gestión de la Sociedad Anónima en creación (1) por inexistencia de la Sociedad. Entre los gestores, aunque no pueda haber pacto con el *dominus*, hay solidaridad (art. 1.890 del Código Civil).

10.4. RELACIONES JURÍDICAS ENTRE EL GESTOR Y EL TERCERO

Al abordar este capítulo, nos remitimos a las proposiciones básicas, formuladas al iniciar el estudio de los efectos de la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación (10).

Si aplicamos estas proposiciones a los actos y contratos comprendidos dentro del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas y a las normativas de los factores y Comisión Mercantil, llegaremos a las siguientes conclusiones:

Con referencia a los actos y contratos comprendidos dentro del artículo 7, párrafo 1.º, es exigido para su aplicación que actúe un gestor que se encargue de la constitución de la Sociedad, que obre en nombre de ésta y que el contrato no sea necesario para la constitución de la misma, ya que si lo fuera no se aplicaría el párrafo 1.º, sino el párrafo 2.º, del artículo 7. Además, el precepto da por supuesto que el contrato se ha estipulado, pero no ejecutado.

El párrafo 2.º del artículo 7, según su tenor literal, se ocupa sólo de

las relaciones internas—el pago de los gastos de la constitución—, que ya fueron estudiadas (10.3.1.1.1). Vimos cómo los gastos necesarios se entienden aprobados automáticamente por el solo hecho de la inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil. Creemos que del mismo modo, la ratificación por la Sociedad de la actuación de los gestores, se entiende producida *ipso jure*, respecto de tercero, por la sola virtualidad de la inscripción de la Sociedad. Por lo demás, situándonos en el punto de vista de la jurisprudencia—que no compartimos (10.4.1.1)—, antes de la inscripción y a falta de inscripción, el gestor asume frente a tercero las obligaciones derivadas del acto o contrato otorgado. Ciertamente que nada dice al respecto el párrafo 2.º del artículo 7, pero creemos que debe aplicarse el párrafo 1.º por analogía, ya que la *ratio legis* es la misma en ambos preceptos. No obstante, la aplicación a los actos y contratos del párrafo 2.º del artículo 7 de la normativa del párrafo 1.º exige, como es lógico, la presencia de los requisitos necesarios para la aplicación de este último precepto, ya enumerados antes, y que aparte de que actúe un gestor que se encargue de la constitución, son: que actúe en nombre de la Sociedad y no en nombre propio, y que el acto o contrato se haya estipulado y no ejecutado.

Los actos y contratos con finalidad constitutiva, no necesarios para la constitución, caen fuera del párrafo 2.º del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas y parece que deben regirse por el párrafo 1.º, tanto respecto de la responsabilidad de los gestores frente a los terceros, como a la necesidad de que la Sociedad los ratifique para que se entiendan asumidos por la misma.

Para la aplicación de las normativas de los factores y de la comisión mercantil es necesario que el gestor se encargue de la constitución de la Sociedad y que obre por cuenta de la misma, y sólo esto último, unido a que el gestor no lo sea de la constitución, para la aplicación con carácter prioritario y no meramente supletorio de la normativa civil.

10.4.1. *Obligaciones de los gestores frente a los terceros*

10.4.1.1. *Artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas*

Al estudiar el párrafo 1.º del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, no es difícil observar importantes discrepancias entre su tenor literal y la interpretación elaborada por un sector de la doctrina y recogida por la jurisprudencia.

Examinemos a continuación el texto legal y después esas discrepancias. La ley preceptúa, en el párrafo 1.º del artículo 7, que: «La validez

de los contratos concluidos en nombre de la Sociedad, antes de su inscripción en el Registro Mercantil, quedará subordinada a este requisito y a la aceptación por la Sociedad dentro del plazo de tres meses. En su defecto, los gestores serán responsables solidariamente frente a las personas con las que hubieren contratado en nombre de la Sociedad».

A nuestro juicio, la interpretación correcta del precepto es que en el negocio jurídico otorgado hay sólo una oferta de contrato, que el tercero hace a la Sociedad Anónima en creación a través del gestor.

1.º No hay contrato entre el tercero y la Sociedad, porque para ello falta el consentimiento de ésta. Sólo lo habrá si la Sociedad, una vez inscrita, acepta la oferta dentro de los tres meses, cuya aceptación es completamente libre para ella. La aceptación aporta el consentimiento que faltaba y al producirse perfecciona el contrato.

El tenor literal del precepto respalda esta interpretación: A) Porque habla de aceptación y no de ratificación, con lo que da a entender que en la manifestación de voluntad del tercero hay sólo una oferta de contrato y no un contrato, porque sólo las ofertas se aceptan. Los contratos se asumen. No hay, en efecto, equivalencia entre aceptación y ratificación. En la situación jurídica que precede a la aceptación está inserta la manifestación de voluntad de una sola parte (el oferente); en la que precede a la ratificación están insertas las manifestaciones de voluntad de dos partes (el gestor que contrata en nombre del *dominus* y el tercero). El hecho de que sean varios los oferentes, los gestores o los terceros no altera el planteamiento. B) Porque el precepto subordina la validez del contrato a la inscripción de la Sociedad y a la aceptación por ésta dentro del plazo de tres meses, lo cual significa tanto como afirmar la invalidez si falta cualquiera de estos requisitos.

2.º No hay contrato entre el tercero y el gestor, porque si no lo hay para el tercero ni para la Sociedad, no debe haberlo para nadie y, por consiguiente, tampoco para el gestor. Si no hay contrato para el gestor, éste no debe asumir la obligación de cumplirlo a falta de aceptación por la Sociedad, salvo en el caso patológico de que el gestor hubiera procedido con dolo o culpa, ocultando al tercero su falta de poder (artículo 1.725 del Código Civil y Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1944). A este supuesto, y no a otro, se refiere la segunda parte del párrafo 1.º del precepto, al establecer la responsabilidad solidaria de los gestores.

De lo dicho se infiere que la Sociedad no asume ninguna obligación mientras no acepte, y que el gestor tampoco la asume, a menos que proceda con culpa o dolo. Sólo el tercero asume una obligación: la de mantener la oferta durante cierto tiempo por exigencias de la vida mercantil (10.4.2.1).

3.º Un importante sector de la doctrina sustenta, sin embargo, al respecto, un punto de vista diametralmente opuesto al que acabamos de exponer.

Entiende que los contratos contemplados en el párrafo 1.º del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas son siempre válidos, con aceptación por la Sociedad o sin ella, y que la aceptación no afecta a la validez, sino a la determinación del patrimonio obligado, que será el de la Sociedad si hay inscripción y aceptación, y el de los gestores si falta cualquiera de estos requisitos.

Esta postura doctrinal, que difícilmente se armoniza—al menos, a nuestro juicio—con el texto del precepto que comentamos (el art. 7, párrafo 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas) cuenta, sin embargo, con el respaldo de la Jurisprudencia y constituye, por consiguiente, el Derecho vigente en nuestro ordenamiento jurídico. Esta es la razón de que en este estudio hayamos seguido hasta aquí sus directrices y las sigamos en lo sucesivo, para no dejarlo despojado de toda utilidad práctica.

Integran la Jurisprudencia a que nos referimos, entre otras, las Sentencias que transcribimos a continuación:

La Sentencia de 12 de febrero de 1976 declara que: «No aceptado el contrato por la Sociedad después de inscrita en el Registro Mercantil, son, en su defecto, los fundadores y gestores de su constitución... los responsables de las obligaciones de aquél».

En la de 11 de mayo de 1961, se lee que: «Faltando estos requisitos, al no existir la personalidad jurídica que responda de los actos contractuales, las acciones derivadas de tales actos deben ejecutarse contra los gestores». Se trataba ciertamente de una Sociedad irregular (10.3.2.2, hacia el final) y no de una Sociedad en creación, pero el considerando es perfectamente aplicable a esta última.

En la de 28 de junio de 1973, los resultandos plantean el caso de determinada Sociedad, que dedujo demanda contra una Sociedad en constitución—y, por consiguiente, no inscrita—y contra otra persona, y el Tribunal Supremo confirmó la sentencia, en cuanto condenaba al pago a la otra persona, y la revocó en cuanto a la Sociedad en constitución (1), por carecer de personalidad jurídica, en base a la siguiente doctrina: «La Sociedad no tiene existencia por falta de inscripción, lo cual debe conseguirlo el actor, y si no lo hace, como ocurre en el caso de autos, quien contrató en nombre de la Sociedad es responsable ante las personas con quienes hubiese contratado, y siendo así que ésta no está inscrita, es el demandado ante la actora el responsable, con todas las consecuencias del contrato suscrito y por tal obligación de pago...».

En la de 28 de enero de 1969, que transcribiremos más ampliamente después, en este mismo capítulo, se declara que: «La falta de inscripción

de la Sociedad en el Registro Mercantil es suficiente para desatar la responsabilidad de los gestores, siempre que las personas con quienes hubieren éstos contratado... reclamen el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato...».

Menos explícita es la Resolución de la Dirección General de los Registros de 22 de febrero de 1980, que sólo citamos por lo reciente de su fecha, en la que escuetamente se afirma «la responsabilidad de los gestores frente a las personas con quienes hubiesen contratado». La Dirección, como es natural, no contempla ni puede contemplar si existe dolo o culpa, y, por consiguiente, al formular la declaración transcrita viene a situarse en la misma línea que las sentencias anteriores.

Ya colocados dentro de la órbita de la doctrina jurisprudencial que precede, aunque no la compartamos, parece obligado admitir que el artículo 7, párrafo 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas, al subordinar la responsabilidad de los gestores frente a las personas con las que hubieren contratado en nombre de la Sociedad a la condición—*condictio iuris*—de la falta de inscripción o aceptación—cuya subordinación se infiere claramente de las palabras «en su defecto»—, da a entender que para exigir responsabilidad a los gestores habrá que esperar a que se produzca alguno de estos hechos negativos.

No obstante, el sector doctrinal al que hemos hecho referencia, considerando que este punto de vista sería, sin duda, absurdo porque no señalándose en la ley plazo para la inscripción de la Sociedad, podría dilatarse indefinidamente la perfección del contrato en perjuicio del tercero, interpreta el precepto en el sentido de que el tercero puede exigir tal responsabilidad en todo momento, siempre que su reclamación no sea extemporánea, y que sólo lo sería si se dedujera después de la inscripción de la Sociedad o antes que las obligaciones a cargo de los gestores fueran exigibles según los términos del contrato. Lo primero, porque la inscripción en el Registro imprime fijeza al plazo de tres meses, al conocerse con certeza la fecha desde la cual debe contarse. Lo segundo, porque para que pueda reclamarse el cumplimiento de cualquier obligación es requisito esencial su exigibilidad en el momento en que la reclamación se deduzca. En los contratos bilaterales, el tercero reclamante deberá haber cumplido sus obligaciones vencidas.

Es ilustrativa al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1969, en parte transcrita anteriormente, en la que se declara que: «Para exigir las responsabilidades originadas por el contrato concluido en nombre de la Sociedad Anónima antes de su inscripción en el Registro Mercantil, el tercero que contrató con el gestor y da cumplimiento a sus obligaciones contractuales, no necesita esperar a que la Sociedad adquiriera personalidad jurídica por la referida inscripción y que

transcurra el plazo de tres meses, y que para el supuesto de no aceptación por ésta del contrato concluido en su nombre pueda accionar frente al gestor». A lo que añade en otro considerando: «Este recurso gira en torno al momento de nacimiento de la responsabilidad *ex lege* de los gestores, y para resolverlo basta y sobra tener presente: Primero, el texto de aquel inciso cuya frase inicial es «en su defecto», la cual se refiere a la falta de los requisitos enunciados en la proposición primera de igual párrafo, pero teniendo en cuenta que la falta del primero, o sea, de la inscripción en el Registro Mercantil, implica la imposibilidad jurídica de la producción del segundo; ya no es que el defecto de inscripción es suficiente para desatar la responsabilidad de los gestores, siempre que las personas con quienes hubieran contratado en nombre de la Sociedad reclamen antes de producirse aquélla el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato. Segundo, la *ratio legis* del artículo 7, ya que conteniendo una serie de disposiciones en favor de los gestores, el tercero, lejos de encontrarse protegido, quedaría en el mayor desamparo si tuviera que esperar *sine die* a que acaso llegara a inscribirse la Sociedad en el Registro Mercantil, y a que dentro de tres meses ratificara o no ratificara el contrato, para ejercitar su acción contra ella en el primer caso, o contra los gestores o adquirentes de ellos en el segundo, cuando, por el contrario, la ley establece la responsabilidad de los gestores precisamente para dejar a cubierto los intereses del tercero del menoscabo que podría sufrir a causa de la falta de constitución de la Sociedad Anónima y para sancionar la inobservancia de las normas del artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas, por lo que debe declararse que los gestores, frente a las personas con quienes hubieran contratado en nombre de la Sociedad, son solidariamente responsables si en el momento de consumación del contrato no está inscrita aquélla en el Registro Mercantil».

Al tratar de resumir la doctrina jurisprudencial que acabamos de exponer es conveniente distinguir entre la existencia y la exigibilidad del contrato.

En cuanto a la existencia, el contrato no existe para la Sociedad hasta que ésta lo ratifica. Para el gestor, en cambio, el contrato que le liga personalmente con el tercero, se reputa inicialmente existente.

Y por lo que respecta a la exigibilidad, ésta puede pasar por cinco periodos o fases: 1.º Desde la estipulación del contrato hasta que éste, según lo pactado, sea exigible, no pueden exigirse al gestor sus obligaciones contractuales. La exigibilidad se halla en fase de suspensión. No existiría esta primera fase si el contrato, según sus términos, fuera inmediatamente exigible. 2.º Desde que el contrato sea exigible hasta la inscripción de la Sociedad, el tercero puede exigir al gestor el cumpli-

miento de sus obligaciones contractuales. 3.º Desde la inscripción de la Sociedad hasta que ésta ratifique el contrato o transcurran los tres meses sin que haya ratificación, la exigibilidad de las obligaciones contractuales al gestor se halla otra vez en fase de suspensión. 4.º A partir de la ratificación, la Sociedad asume los efectos del contrato, quedando los gestores exonerados de responsabilidad, y 5.º Si transcurren los tres meses a partir de la inscripción sin que la Sociedad ratifique el contrato, se pasa de la fase de exigibilidad suspendida, a la que nos referíamos en el número 3 que precede, a una fase de exigibilidad efectiva, en la que las obligaciones contractuales de los gestores adquieren carácter definitivo y pueden ser exigidas por el tercero en cualquier momento. Las situaciones jurídicas contempladas en los períodos 4.º y 5.º, por ser contradictorias, sólo pueden producirse en forma alternativa.

Es de notar, sin embargo, que si en el contrato entre gestor y tercero, se ha pactado que el primero quede exonerado de responsabilidad o se ha condicionado la eficacia del contrato a la ratificación y la Sociedad la niega, el gestor no incurre en responsabilidad frente al tercero.

Por lo demás, llegado el caso de que por falta de inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil o de ratificación dentro de los tres meses, las relaciones jurídicas derivadas del contrato queden establecidas definitivamente entre el gestor y el tercero, con exclusión de la Sociedad, si el gestor no cumpliera sus obligaciones contractuales, el tercero podrá optar, siendo el contrato bilateral, entre exigir el cumplimiento o la resolución, con indemnización de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible (art. 1.124 del Código Civil).

La subrogación de los gestores en la posición de la Sociedad, frente a las personas con quienes contrataron en nombre de la misma, puede ser convertida, a voluntad del tercero, en una obligación de indemnizar daños y perjuicios, porque habiendo contratado los gestores en nombre de la Sociedad, la sustitución de ésta por los propios gestores, como parte obligada, requiere el consentimiento del tercero, de acuerdo con el artículo 1.205 del Código Civil, a cuyo tenor la sustitución de un nuevo deudor en lugar del primitivo, no puede hacerse sin consentimiento del acreedor.

Conviene matizar que la doctrina jurisprudencial que hemos expuesto no establece, con su interpretación del artículo 7, la responsabilidad contractual de los gestores ante la Sociedad, sino sólo frente a los terceros.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1977, comentada al referirnos a las obligaciones de los gestores respecto de la Sociedad (10.3.2.5.2), no contradice el artículo 1.890 del Código Civil, al aludir a «la inexistente responsabilidad simultánea

de los gestores frente a la Sociedad», ya que el artículo del Código Civil se refiere a la responsabilidad extracontractual, y la sentencia, a la responsabilidad contractual.

En lo que existe completo acuerdo entre el precepto y la doctrina que lo interpreta es en el carácter solidario, siendo varios, de la responsabilidad de los gestores frente a tercero. Los efectos internos y externos de esta solidaridad serán los normales y, por consiguiente, el tercero podrá dirigir sus acciones contra cualquiera de ellos, y el gestor que pagó puede reclamar después a los demás su parte (arts. 1.144 y 1.145 del Código Civil).

La interpretación jurisprudencial que ha quedado expuesta ha sido elaborada en función de intereses y no de conceptos. Se ha querido proteger el interés del tercero y el de la Sociedad—ambos, sin duda, dignos de protección—, y se ha desatendido el tenor literal del precepto y los conceptos contenidos en el mismo.

La misma Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1969, ya aludida anteriormente, reconoce que la finalidad perseguida es doble: de una parte, «dejar a cubierto los intereses del tercero, del menoscabo que pudiera sufrir por la falta de inscripción de la Sociedad», y de otra, «sancionar la inobservancia del artículo 6 de la Ley de Sociedades Anónimas». A lo que añade la Dirección General de los Registros que el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas tiende a evitar que hasta que la Sociedad haya nacido, se vea en el trance de asumir obligaciones, que pueden ser exorbitantes, contraídas por los gestores, a los que por eso se hace solidariamente responsables.

No debe olvidarse que la protección a los terceros y los estímulos a los gestores están en razón inversa, y que por ello todo aumento de protección a los primeros provoca una disminución de estímulos a los segundos.

10.4.1.2. *Responsabilidades de los fundadores respecto de tercero*

Rige en esta materia el artículo 13 de la Ley de Sociedades Anónimas, que ya fue estudiado en ese aspecto al ocuparnos de las obligaciones y responsabilidades de los fundadores frente a la Sociedad (10.3.2.2).

10.4.1.3. *Obligaciones de los factores respecto de tercero*

Están enmarcadas dentro del artículo 287 del Código de Comercio, a cuyo tenor: «El contrato hecho por un factor en nombre propio le obligará directamente con la persona con quien lo hubiere celebrado;

mas si la negociación se hubiere hecho por cuenta del principal, la otra parte contratante podrá dirigir su acción contra el factor o contra el principal».

Esta responsabilidad dual del factor frente al tercero, procedente del Derecho romano, marca una notoria diferencia respecto de la normativa de la comisión mercantil, que examinaremos después (10.4.1.4). En efecto, si el factor obra en su propio nombre, quien contrató con él puede proceder, a su elección, contra el factor o contra el principal (art. 287 del Código de Comercio). En cambio, si es el comisionista quien obra en su propio nombre, sólo él y no el comitente queda obligado frente al otro contratante (art. 246 del Código de Comercio).

La razón de esa diferencia de trato jurídico se encuentra en que el factor está hecho para obrar en nombre del principal, y el comisionista está hecho principalmente con vistas a que obre en su propio nombre.

La ley no quiere que el factor actúe en propio nombre, en cuyo caso, de aplicarse la normativa de la comisión mercantil o del mandato civil, el principal quedaría al margen del contrato, y para evitarlo sale al paso de cualquier presión que el principal pudiera ejercer sobre el factor, tendente a que éste obre en propio nombre, y establece que principal y factor queden obligados frente al otro contratante.

No obstante, como razonaremos al estudiar las obligaciones de la Sociedad respecto de las personas que contraten con el factor, pensamos que el artículo 287 del Código de Comercio, en lo que se refiere a la obligación del principal, no es aplicable a la Sociedad Anónima en creación, porque sólo lo es en las operaciones de giro y tráfico, que antes de la inscripción y consiguiente nacimiento jurídico de la Sociedad no pueden estar delimitadas (8.3).

Excluida, conforme al precedente razonamiento, la obligación de la Sociedad—que, por otra parte, en el caso del párrafo 1.º, artículo 7, de la Ley de Sociedades Anónimas, no existe sin ratificación—, queda sólo la obligación del factor frente al tercero, cuya doctrina viene a coincidir con la de la comisión mercantil.

10.4.1.4. *Obligaciones del comisionista frente a tercero*

«Cuando el comisionista contrate en nombre propio no tendrá necesidad de declarar quién sea el comitente y quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratarse, las cuales no tendrán acción contra el comitente ni éste contra aquéllas, quedando a salvo siempre las que, respectivamente, correspon-

dan al comitente y al comisionista entre sí» (art. 246 del Código de Comercio).

«Si el comisionista contratare en nombre del comitente deberá manifestarlo, y si el contrato fuere por escrito, expresarlo en el mismo o en la antefirma, declarando el nombre, apellidos y domicilio de dicho comitente. En el caso previsto en el párrafo anterior, el contrato y las acciones derivadas del mismo producirán su efecto entre el comitente y las personas que contrataren con el comisionista, pero quedará éste obligado con las personas con quienes contrató mientras no pruebe la comisión, si el comisionista la negara, sin perjuicio de las acciones respectivas entre el comitente y el comisionista» (art. 247 del Código de Comercio).

Los dos artículos transcritos están en línea, respectivamente, con los artículos 1.717 y 1.725 del Código Civil, referentes del contrato de mandato, lo cual no es de extrañar, ya que el contrato de comisión mercantil es un contrato de mandato caracterizado por dos notas peculiares: tener por objeto un acto u operación de comercio y ser comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista (artículo 244 del Código de Comercio).

Los artículos 246 del Código de Comercio y 1.717 del Código Civil coinciden casi totalmente. No hay discrepancia en que no sea necesario declarar en la comisión quién sea el comitente, porque en el mandato propio nombre no hay tampoco obligación de declarar quién sea el mandante, aunque no lo diga el artículo 1.717. Hay completa coincidencia en que contratando el comisionista o el mandatario en su propio nombre, quedan ambos obligados directamente, como si el negocio fuera suyo, respecto de las personas con quienes contrataron, las cuales no tendrán acción contra el comitente o el mandante, ni éstos contra aquéllas.

No hay, sin embargo, coincidencia en la excepción prevista en el artículo 1.717 del Código Civil, y omitida en el 246 del Código de Comercio, de que cuando se trate de cosas propias del mandante, el obligado no es el mandatario, sino el mandante. Quizá pudiera defenderse la aplicación de la excepción a la comisión mercantil, pero no vamos a hacerlo, porque estudiamos aquí el paralelismo entre comisión y mandato sólo en función de la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación, a la que es dudoso si tal excepción le es aplicable, incluso dentro del Derecho civil, como razonaremos al comentar su normativa (10.4.1.5, al final).

Asimismo existe una coincidencia sustancial entre los artículos 247 del Código de Comercio y 1.725 y 1.727 del Código Civil, en el sentido de que tanto el mandatario como el comisionista que obren en nombre del mandante o del comitente, no son responsables personalmente a la

parte con quien contraten, ya que el contrato y las acciones derivadas del mismo producirán su efecto entre el mandante o el comitente y las personas que contrataren con el mandatario o el comisionista. Por lo demás, si el mandatario, según el artículo 1.725 del Código Civil, responde personalmente a la parte con quien contrata cuando se obliga a ello expresamente o traspasa los límites del mandato, o bien, según la jurisprudencia, cuando obra sin poder, sin darle conocimiento suficiente de sus poderes o de su falta de poder, también responde el comisionista en los mismos casos, aunque el artículo 247 del Código de Comercio sólo recoja el de que no pueda probar la comisión si el comitente la negara, supuesto equivalente al de que obrara sin poder. Hay asimismo coincidencia en el modo como se concreta la responsabilidad del mandatario o del comisionista, que en ambos casos es en la asunción de los efectos del contrato como si fuera propio, concreción establecida explícitamente en el artículo 247 del Código de Comercio, y silenciada en el artículo 1.725 del Código Civil, pero respaldada unánimemente por la doctrina (10.4.2.3).

10.4.1.5. *Normativa de Derecho civil. Obligaciones del gestor frente a tercero*

Decíamos al comentar el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas que en los actos y contratos comprendidos dentro de su párrafo 1.º, el gestor debe obrar en nombre de la Sociedad, y que en los comprendidos dentro de su párrafo 2.º, puede obrar en nombre de la Sociedad o en su propio nombre. Si en los actos y contratos del párrafo 1.º, el gestor obrara en su propio nombre, no sería aplicable dicho precepto.

Dentro del Derecho civil, no procede la distinción apuntada, porque es aplicable este Derecho—con carácter supletorio si el gestor lo es de la constitución de la Sociedad, o prioritario en otro caso—tanto si el gestor obra en nombre de la Sociedad, como si lo hace en su propio nombre.

El Código Civil, en la sección dedicada a la gestión de negocios ajenos, se ocupa sólo de las relaciones internas entre el gestor y el *dominus*, y no de las relaciones entre gestor y terceros.

El artículo 1.259 del mismo Código declara la nulidad de los contratos celebrados a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin tener por la ley su representación legal, pero no nos ilustra acerca de las responsabilidades y obligaciones que asume quien celebra tales contratos.

En la búsqueda de una normativa específica que regule las relaciones entre los gestores y las personas que con ellos contrataron, se hace

necesario acudir a la del contrato de mandato, aplicable por analogía, y dentro de ella a los artículos 1.717, 1.725 y 1.727 del Código Civil.

El artículo 1.717 del Código Civil dispone que: «Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante». «En este caso, el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. Exceptúase el caso de que se trate de cosas propias del mandante.»

El artículo 1.725 preceptúa que: «El mandatario que obre en concepto de tal no es responsable personalmente a la parte con quien contrata, sino cuando se obliga a ello expresamente o traspasa los límites del mandato, sin darle conocimiento suficiente de sus poderes». La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1944 declara que este precepto es aplicable al caso de ausencia total de poder cuando el gestor no pone en conocimiento del tercero su falta de poder, ya que la *ratio legis* es idéntica. El artículo transcrito no concreta en qué consiste la responsabilidad personal del mandatario o gestor. No tiene entrada en este punto el artículo 1.902 del Código Civil, que establece una responsabilidad extracontractual de indemnización de daños y perjuicios en los casos de culpa o negligencia. La responsabilidad del mandatario o gestor es contractual, ya que queda obligado frente al tercero a cumplir las obligaciones del contrato, como si el asunto fuera personal suyo. Al igual que cuando contrata en su propio nombre.

A cuya doctrina añade el artículo 1.727 del Código Civil que: «El mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario hubiera contraído dentro de los límites del mandato. En lo que el mandatario se haya excedido (a cuyo caso se equipara el de ausencia total de poder propio de la gestión de negocios ajenos), no queda obligado el mandante (la Sociedad) sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente».

Cabe, pues, enmarcar las obligaciones del gestor respecto de los terceros dentro de dos figuras jurídicas distintas: cuando el gestor obra espontáneamente en su propio nombre, y cuando obra en nombre del *dominus* sin tener poder, nota característica de la gestión de negocios ajenos. En el primer caso, el obligado frente al otro contratante es el gestor. El es quien asume los efectos del contrato inicial y definitivamente, haya o no ratificación, ya que ésta, mejor llamada en tal caso, aprobación, sólo produce efecto, en el orden interno, entre el gestor y el dueño (la Sociedad). En la segunda figura jurídica, si el gestor da conocimiento al tercero que contrata con él de la falta de poder, no surge ninguna obligación a cargo del gestor. La obligación surgirá a cargo de la Sociedad, si ésta ratifica después la gestión. En cambio, si el gestor no

pone en conocimiento del tercero su falta de poder, asume las obligaciones del contrato celebrado, cuyas obligaciones se desplazarán después hacia la Sociedad, si ésta ratifica el contrato.

A pesar de que el gestor o mandatario propio nombre asuma personalmente los efectos del contrato, contrae la obligación de transmitir o entregar al dueño todo lo que haya adquirido, porque su titularidad es provisional, en el aspecto interno, en tránsito hacia el patrimonio del dueño (la Sociedad). El patrimonio del gestor o del mandatario permanece, pues, inalterado, sin experimentar incremento ni merma, salvo en el caso de gestión o mandato retribuidos (10.3.2.5.1. Obligación núm. 8).

Como observa un autor, el remedio técnico para que el *dominus* pueda hacerse responsable de las obligaciones bilaterales contraídas por el gestor propio nombre es la asunción de contrato (lado del *dominus*) o la cesión de contrato (lado del gestor). Lo cual significa un cambio en la persona del deudor, que requiere el consentimiento del acreedor o persona con quien contrató el gestor propio nombre (art. 1.205 del Código Civil).

En línea con lo que llevamos expuesto, se encuentran las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1941, 25 de febrero de 1956, 17 de diciembre de 1959, 3 de febrero de 1965 y 8 de junio de 1966, entre otras, en las que se declara que «al mandato no le es natural el principio de representación, como resulta del artículo 1.717 del Código Civil y de lo que resulta con singular aplicación a la representación misma en el artículo 1.259 del Código Civil»; que «así como el mandato no representativo liga exclusivamente las voluntades del mandante y mandatario» (el primero con el segundo, y éste con las personas que con él contrataron), «el poder a través de este último vincula la del mandante con el tercero y, por consiguiente, admitido por la doctrina que la simple ocultación a los terceros del nombre del mandante puede ser obra de una conveniencia legítima...»; que «cuando el mandatario actúa en su propio nombre no hay *contemplatio domini*, quedando el mandatario directamente obligado a favor de los terceros, como si el asunto fuera personal suyo, ya que para el tercero no hay otro contratante que el mandatario»; que «nuestro Código Civil admite el mandato puro en el artículo 1.717, párrafos 1.º y 3.º, conteniendo el primero una *denegatio actionis* entre tercero y *dominus*, y aclarándose en el segundo la vigencia de las acciones directa y contraria entre mandante y mandatario, porque si bien excluye la representación, no anula el mandato ni, por consiguiente, sus dos acciones típicas», y que «si el mandatario concertó los contratos en nombre propio, aunque por cuenta de la empresa compradora, de la que es titular su madre, sin poner en conocimiento del ter-

cero su representación, es evidente que el mandatario quedó vinculado con el tercero y que debe responder frente a él directa y personalmente».

Como resumen de lo expuesto pueden sentarse las siguientes conclusiones:

El gestor responderá directamente frente a los terceros que con él contraten:

1.^a Cuando contrate en su propio nombre, salvo que se trate de cosas propias del *dominus*.

2.^a Cuando contratando en nombre del *dominus*, se obligue a ello expresamente, garantizando así al tercero la obligación contraída en nombre del *dominus*.

3.^a Cuando contratando asimismo en nombre del *dominus*, no haya dado al tercero conocimiento de su falta de poder y el *dominus* no haya ratificado expresa o tácitamente la gestión, ya que la ratificación suple al mandato previo.

La obligación directa del mandatario propio nombre, respecto a la persona con quien contrató, tiene, sin embargo, una excepción consagrada en el artículo 1.717, a la que ya nos hemos referido: la de que se trate de cosas propias del mandante.

Al entrar en el estudio de esta excepción conviene hacer dos advertencias previas:

La primera es que no debe darse al sustantivo cosas un sentido restringido, sino el más amplio de asuntos o negocios (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1966).

La segunda, que el requisito fundamental para que sea aplicable la excepción y los efectos se produzcan en la cabeza del *dominus* y no del gestor, es que haya notoriedad en que se trata de cosas del *dominus*. La notoriedad entraña una presunción de conocimiento, y el conocimiento que aquí interesa es el del tercero. La notoriedad debe concurrir en el momento de la celebración del acto o contrato. Si el tercero conoce sólo posteriormente que las cosas son propias del *dominus* no se producen los efectos de la notoriedad. Si se hace constar en el contrato entre gestor y tercero que las cosas sobre que versa son del *dominus* quedará probado, como es obvio, el conocimiento del tercero. En otro caso, deberán utilizarse los demás medios de prueba admitidos en Derecho.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1966, ya citada, declara al respecto que «en el supuesto de negocios o cosas propias del mandante, el párrafo 2.º del artículo 1.717 del Código Civil abre las puertas a una excepción, porque aun cuando el mandatario actúe en nombre propio, como las cosas son del mandante, aparece *ipso facto* el mandato, puesto que el mandatario no puede disponer o actuar en rela-

ción a ellas sino en tal calidad, y tanto el mandante como el tercero no pueden menos que darse cuenta de que se trata de un acto de mandato; sólo cuando las cosas son notoriamente del mandante, no cabe titularidad del mandatario porque se trata de representación directa, de *contemplatio domini es facti circumstantiis sive ex re* o de poder por apariencia; mas cuando las cosas del *dominus* no tienen notoriedad suficiente para montar un poder por apariencia, sólo existirá una responsabilidad *adjetiva qualitatis*, una *actio in rem verso*, para reclamar no las obligaciones del contrato al *dominus*, sino sólo el enriquecimiento».

Dentro del marco de la Sociedad Anónima en creación, no cabe que el gestor venda en nombre propio bienes de la Sociedad, porque como ésta aún no ha nacido, no puede tener bienes, pero sí cabe que venda los del propio gestor, que haya adquirido en su propio nombre y por cuenta de la Sociedad. La venta, en este caso, requeriría menos trámites que la venta de los bienes propios de la Sociedad, porque para la venta de estos bienes por el gestor propio nombre, se requeriría que la Sociedad se los hubiera transmitido previamente—cosa imposible por carecer de personalidad—, ya que el gestor no puede vender bienes ajenos, mientras que los bienes que haya adquirido propio nombre y por cuenta del *dominus* son ya del gestor y no necesitan ninguna transferencia previa.

Cabe también que el gestor administre los bienes adquiridos propio nombre y por cuenta de la Sociedad, realizando así nuevos actos de gestión.

Asimismo cabe que el gestor compre bienes en su propio nombre y por cuenta de la Sociedad. En este grupo quedarán enmarcados la mayoría de los actos de gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación otorgados por el gestor propio nombre.

El fundamento de la excepción se encuentra en que si faltara podrían producirse grandes fraudes, quedando burlados los derechos de los terceros.

A la excepción que estudiamos se refieren las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de mayo de 1900 y 10 de julio de 1946, aparte de la de 8 de junio de 1966, ya transcrita parcialmente dentro de este capítulo.

En la de 1 de mayo de 1900, se trataba de unos valores depositados en un Banco. Este los devolvió al mandatario del dueño, que teniendo poder para reclamarlos, los retiró en su propio nombre. El Tribunal Supremo declaró que si se trata de cosas del mandante, aunque el mandatario obre en su propio nombre, queda aquél sujeto al cumplimiento de las obligaciones contraídas.

Y en la de 10 de julio de 1946, se declara que «cuando las cosas pertenezcan al mandante, las consecuencias jurídicas de lo hecho por

el mandatario afectan directamente a aquél, surtiendo iguales efectos que la verdadera representación».

No queremos silenciar, antes de cerrar este capítulo, que la aplicación de la excepción que estudiamos, a la Sociedad Anónima en creación, presenta sus dudas. En favor del sí puede aducirse que el artículo 1.717 del Código Civil es el único precepto que regula los efectos de la actuación del mandatario propio nombre en nuestra legislación civil y que, por consiguiente, es preciso recurrir a él en la contratación propio nombre del gestor, aunque sea por analogía, y que si debe ser aplicado, debe serlo en su regla general y en su excepción. Y en favor del no, que la *ratio legis* de la excepción que estudiamos es la existencia de un poder por apariencia y de la *contemplatio domini*, y en el caso de la Sociedad Anónima en creación falla el poder por apariencia, porque una Sociedad inexistente no puede haber otorgado poder, y es dudoso que el tercero contratara en contemplación de una Sociedad inexistente aún y de existencia futura incierta, y no en contemplación del gestor que contrató directamente con el tercero.

Parece que el sí es más defendible si el contrato se otorga durante el período de Sociedad en constitución, en el que por haberse ya otorgado la escritura fundacional es más probable que la Sociedad llegue a nacer, y por lo mismo más verosímil la *contemplatio domini* (10.4.2.4).

10.4.2. *Obligaciones de los terceros contratantes*

10.4.2.1. *Normativa de Derecho mercantil. Artículo 7, párrafo 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas*

Al estudiar las obligaciones de las personas que contrataron con los gestores de la Sociedad Anónima en creación, se plantean de entrada las siguientes cuestiones: 1.ª Si tales personas quedan vinculadas por los contratos que otorguen. 2.ª Naturaleza y clase de esta vinculación. 3.ª Efectos que de la misma se derivan.

1.º El artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas guarda silencio acerca del particular, pero la doctrina y la jurisprudencia se pronuncian en favor de la vinculación.

Esta tiene que producirse, incluso si se entiende que el negocio jurídico otorgado no es un contrato, sino una simple oferta de contrato, porque en Derecho mercantil las ofertas de contrato producen un efecto vinculante para el oferente. Con mayor razón, el tercero debe quedar vinculado, si se estima que el negocio jurídico otorgado es un contrato,

con efectos parcialmente suspendidos. La diferencia se encontraría en la perdurabilidad de la vinculación, más breve en las ofertas de contrato, por la agilidad que reclama el tráfico mercantil.

2.º Según la doctrina dominante y la jurisprudencia, en el negocio jurídico del tercero hay algo más que una oferta de contrato. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1969, ya transcrita, al hablar de las obligaciones de los gestores respecto de las personas con quienes contrataron, se declara lo siguiente: «El artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas describe uno de los casos conocidos en la dogmática jurídica con el nombre de validez o invalidez suspendida, pendiente incierta o eventual...». A lo que añade, de modo más explícito, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1974, que durante el término de tres meses, el tercero no puede revocar el consentimiento que prestó. Consentimiento que, por lo demás, tampoco puede revocar antes de los tres meses, como veremos en seguida, al estudiar los efectos de la vinculación del tercero (5).

Insistiendo en lo dicho, podemos afirmar que la situación jurídica que engendran los actos y contratos encuadrados dentro del artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas tiene carácter interino o transitorio.

Según ENNECERUS, caben los siguientes tipos de situaciones interinas, que enumeramos por orden de mayor a menor seguridad, en las relaciones jurídicas que originan:

A) Derechos no vencidos o a plazo. El derecho ya existe, pero su contenido no se dirige al señorío inmediato, sino al señorío cuando llegue el momento del vencimiento.

B) Derechos en estado de pendencia.

C) Derechos de expectativa en estado de pendencia.

D) Situaciones de mera vinculación originadas por declaraciones de voluntad, que si bien no producen de momento derecho subjetivo alguno, ni en particular ningún derecho de pendencia o expectativa, obtienen ya una consistencia sólida, independiente de la perduración de aquella voluntad, de suerte que al cumplirse los demás requisitos, se produce el efecto jurídico, aunque en el término intermedio el autor de la declaración de voluntad haya fallecido o perdido su capacidad, o haya perdido el derecho de que dispuso mediante la declaración de voluntad. Este estado, en el término intermedio, puede ser designado con el nombre de mera vinculación.

Las situaciones jurídicas relativas a derechos en estado de pendencia y derechos de expectativa en estado de pendencia, pueden refundirse en una sola: los derechos en estado de pendencia. En esta situación jurídica, el Derecho otorga su protección en favor de sujetos transitoria

mente indeterminados. El contenido del derecho subjetivo no experimenta alteración, pero las personas que declararon su voluntad quedan vinculadas por tal declaración, en espera de que el sujeto definitivo quede determinado. La nota más característica de estas situaciones es, pues, la incertidumbre respecto de quién será, en definitiva, el titular de los derechos subjetivos cuando la situación interina se estabilice.

Tratando de encasillar la vinculación de las personas que contraten con los gestores, dentro de los diferentes tipos de vinculación que anteceden, hay que excluir el plazo y la mera vinculación. En la vinculación del tercero hay menos seguridad o certidumbre que en las obligaciones a plazo, en las que los titulares de los derechos subjetivos están determinados, y la certeza se proyecta no sólo sobre el *sí* y el *cuando*, sino también sobre el *quién*. En la vinculación del tercero hay, por otra parte, más seguridad que en la mera vinculación.

A nuestro juicio, la situación interina que se origina en la vinculación de las personas que contraten con los gestores, es una situación de *pendencia*, porque los derechos subjetivos no tienen de momento un sujeto definitivo. Su titular definitivo será la Sociedad, si una vez inscrita en el Registro Mercantil, ratifica el contrato dentro de los tres meses, o los gestores que contrataron en nombre de la Sociedad, si falta la inscripción o la ratificación. Es una situación interina, en cierta manera semejante a la que cubre los derechos constituidos bajo condición, los derechos eventuales del concebido, pero no nacido, y los derechos eventuales del ausente. No hay en cambio concordancia, si comparamos la situación interina que estudiamos, con las obligaciones alternativas, en las que es incierto cuál obligación será exigible, pero no quién la podrá exigir.

En el sentido expuesto, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 enero de 1969, ya aludida en este mismo capítulo, declara que la figura jurídica de validez o invalidez suspendida a que da lugar el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas se caracteriza «porque en el período intermedio entre la fecha del contrato y aquella otra en que tengan realidad los demás requisitos particulares para la validez del negocio, aquel contrato no puede calificarse todavía de válido ni de inválido, y por consiguiente tampoco de válido condicionalmente».

3.º Los efectos jurídicos que produce la vinculación del tercero son los dos siguientes: A) Que el tercero no puede ser compelido a cumplir sus obligaciones hasta que la situación interina en la que está inmerso adquiera estabilidad; y B) Que no puede revocar su consentimiento.

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1974, asimismo aludida en este mismo capítulo, se pronuncia en los siguientes términos: «El acto del mandatario (gestor) es válido y producirá efectos

—con su consiguiente responsabilidad—frente al tercero con quien contrató, pero necesita de aquella aceptación en el indicado término de tres meses, durante el cual el tercero no puede revocar el consentimiento que prestó para que vincule a la Sociedad en cuyo nombre se dijo actuar...» Esta declaración jurisprudencial de irrevocabilidad del consentimiento se circunscribe, pues, al período de tres meses siguientes a la inscripción, lo cual parece obedecer a que la cuestión litigiosa se constreñía a este término.

Pensamos, no obstante, que los dos efectos de la vinculación del tercero—la no exigibilidad de sus obligaciones y la irrevocabilidad de su consentimiento—deben alcanzar un período de tiempo más dilatado, porque ambos efectos son consecuencia de la interinidad de la situación jurídica creada, y ésta nace en el mismo momento de la estipulación del contrato y dura hasta su ratificación por la Sociedad dentro de los tres meses siguientes a la inscripción en el Registro Mercantil, o hasta el transcurso de este término sin que medie ratificación, momentos en los cuales será ya conocido el titular definitivo de los derechos subjetivos.

Según el profesor GARRIGUES, el tercero debe requerir a la Sociedad, una vez inscrita, para que declare si acepta o no. Si la Sociedad contesta que no, o no contesta dentro del término de tres meses desde la inscripción, queda liberada la Sociedad, pero el tercero no puede volverse atrás dentro de los tres meses.

El esquema precedente se quiebra, sin embargo, en dos puntos:

El primero en el supuesto de ratificación anticipada, recogido en la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1969, al declarar que la ratificación por todos los socios, después de otorgada la escritura de fundación y antes de la inscripción de la Sociedad Anónima en el Registro Mercantil, equivale a la ratificación por la Sociedad. Esta sentencia, que, en contra del texto terminante del artículo 7, párrafo 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas, permite adelantar la ratificación, otorgándola en fecha anterior a la inscripción, será comentada al estudiar las relaciones jurídicas entre la Sociedad y los terceros.

El segundo, en el supuesto de exigibilidad anticipada, recogido por la sentencia de 28 de enero de 1969—transcrita ampliamente al estudiar las obligaciones del gestor frente a las personas con quienes contrató (10.4.1.1)—, que faculta al tercero que da cumplimiento a sus obligaciones contractuales para que, sin esperar a que la Sociedad se inscriba y que transcurra el plazo de tres meses sin aceptación pueda accionar contra el gestor. La misma sentencia aduce el fundamento jurídico que respalda su declaración. No es éste, sin embargo, el momento de fundamentar el fallo, sino de extraer sus consecuencias.

De la necesaria correlación entre los derechos del gestor y del tercero se derivaría que si el tercero exige al gestor que cumpla sus obligaciones, éste pueda exigir a aquél que cumpla las suyas. La Jurisprudencia ya cuida, sin embargo, de asegurar esa correlación al exigir al tercero que previamente las haya cumplido.

Independientemente del supuesto anterior, llegado el caso de que por falta de inscripción de la Sociedad en el Registro Mercantil o de ratificación dentro de los tres meses, el gestor llegare a ser titular definitivo de los derechos subjetivos, si el tercero que contrató con él no cumpliera sus obligaciones, el gestor, siendo el contrato bilateral, podría optar entre exigir el cumplimiento o la resolución, conforme al artículo 1124 del Código Civil, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podría, según el mismo precepto, pedir la resolución después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

10.4.2.2. *Normativa de los factores. Obligaciones de los terceros*

Al igual que en la comisión mercantil y en el mandato civil, en dos supuestos, las relaciones jurídicas derivadas de los actos y contratos otorgados por el comisionista o por el mandatario, les involucran con las personas que contrataron con ellos, ligándolos mutuamente: 1.º Cuando el factor se excede del poder; y 2.º Cuando obra en su propio nombre.

El Código de Comercio recoge ambas figuras jurídicas. La primera, en el artículo 285, en relación con el 284. La segunda, en el artículo 287.

A continuación transcribimos los artículos de referencia.

Dice el artículo 284 que «los factores negociarán y contratarán a nombre de sus principales, y en todos los documentos que suscriban en tal concepto expresarán que lo hacen con poder o en nombre de la persona o Sociedad que representen».

Dispone el artículo 285 que: «Contratando los factores en los términos que previene el artículo precedente, recaerán sobre los comitentes todas las obligaciones que contrajeran.» «Cualquiera reclamación para compelerlos a su cumplimiento se hará efectiva en los bienes del principal... y no en los del factor...»

De los preceptos transcritos se infiere a *sensu contrario* que si el factor obra fuera del poder, el obligado será el propio factor y no el principal.

En la gestión de negocios, la Sociedad sólo quedará obligada si ratifica la gestión (art. 7, párrafo 1.º, de la L. S. A.).

Dispone el artículo 287 que: «El contrato hecho por un factor en nombre propio le obligará directamente con la persona con quien lo

hubiera celebrado; mas si la negociación se hubiere hecho por cuenta del principal, la otra parte contratante podrá dirigir su acción contra el factor o contra el principal.»

Tal como queda razonado en otros capítulos de este estudio (número 10.4.1.3 y 10.5.2, que tratan, respectivamente, de las obligaciones de los factores y de la Sociedad, frente a las personas que contraten con los primeros), en la gestión de negocios de la Sociedad Anónima en creación no es aplicable el artículo 287 en el punto de la responsabilidad del principal (la Sociedad), razón por la cual obrando el factor en nombre propio y por cuenta del principal, las relaciones jurídicas que se originen ligarán exclusivamente al factor y las personas que contraten con él (8.3).

Si el factor actúa en su propio nombre, las relaciones jurídicas quedan establecidas entre el factor y las personas que con él contraten. Y el tercero, más que vinculado con el factor, en el sentido que atribuimos a la vinculación, al ocuparnos de las obligaciones de los terceros que contrataron con el gestor (10.4.2.1), queda obligado con el factor. Lo cual es así porque en el supuesto que examinamos no existe incertidumbre respecto de quién será en definitiva el titular de los derechos subjetivos. Inicialmente ya se conoce que serán el factor y la persona que contrató con él (10.4.1.3).

10.4.2.3. *Normativa de la Comisión Mercantil. Obligaciones de los terceros*

Lo expuesto en la normativa de los factores es aplicable, en buena parte, a la Comisión Mercantil.

También aquí, en dos supuestos las relaciones jurídicas derivadas de los actos y contratos otorgados por el comisionista, le involucran con las personas que contrataren con él, ligándolos mutuamente: 1.º Cuando el comisionista obre en nombre del comitente y no puede probar la comisión, si el comitente la negara; y 2.º Cuando obra en su propio nombre.

El Código de Comercio recoge también ambas figuras jurídicas. La primera en el artículo 247. La segunda en el 246.

El artículo 247 dispone que «Si el comisionista contratase en nombre del comitente, deberá manifestarlo, y si el contrato fuere por escrito, expresarlo en el mismo o en la antefirma, declarando el nombre, apellidos y domicilio de dicho comitente.» «En el caso prescrito en el párrafo anterior, el contrato y las acciones derivadas del mismo producirán su efecto entre el comitente y la persona o personas que con-

trataren con el comisionista; pero quedará éste obligado con las personas con quienes contrató mientras no pruebe la comisión si el comitente la negare...»

Normalmente, pues, contratando el comisionista en nombre del comitente, las relaciones jurídicas quedan establecidas entre el comitente y las personas que contrataron con el comisionista. No afecta, pues, esta contratación a las relaciones entre comisionista y tercero, que constituyen el objeto de este epígrafe.

Sólo en el caso patológico de que negado el contrato de comisión por el comitente, el comisionista no pudiera probarlo, quedará éste obligado con las personas con quienes contrató y éstas con el comisionista. No hay vinculación del tercero (10.4.2.1), sino verdadera obligación.

Sin embargo, en la gestión de negocios, la Sociedad sólo quedará obligada si ratifica la gestión (art. 7, párrafo 1.º, de la L. S. A.).

El artículo 246 preceptúa que «Cuando el comisionista contrate en nombre propio no tendrá necesidad de declarar quién sea el comitente, y quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratare, las cuales no tendrán acción contra el comitente ni éste contra aquéllas...» Las relaciones jurídicas se establecen, pues, entre el comisionista y las personas que con él contrataron. El tercero queda, pues, obligado y no simplemente vinculado, frente al comisionista.

10.4.2.4. *Normativa de Derecho civil. Obligaciones de los terceros*

También aquí las relaciones jurídicas derivadas de los actos y contratos otorgados por el mandatario le involucran con las personas que contrataron con él, ligándolos mutuamente, en los dos supuestos siguientes: 1.º Cuando obrando en nombre del mandante, traspasa los límites del poder, sin darle conocimiento suficiente de sus poderes o de su falta de poder (caso del gestor de negocios ajenos); y 2.º Cuando obra en su propio nombre.

El Código Civil recoge, asimismo, ambas figuras jurídicas. La primera en el artículo 1725. La segunda en el artículo 1717.

El artículo 1725 dispone que «El mandatario que obre en concepto de tal no es responsable personalmente a la parte con quien contrata, sino cuando se obliga a ello expresamente o traspasa los límites del mandato sin darle conocimiento suficiente de sus poderes.» Cuyo principio es aplicable al caso de ausencia total de poder, ya que la *ratio legis* es idéntica (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1944).

El artículo 1717 preceptúa que «Cuando el mandatario obre en su

propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas contra el mandante.» «En este caso, el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. Exceptúase el caso en que se trate de cosas propias del mandante.»

La materia ha sido ampliamente tratada en este trabajo al exponer las obligaciones de los gestores frente a las personas con quienes contratan, dentro del Derecho civil (10.4.1.5), a cuya referencia nos remitimos. Si el mandatario obra en su propio nombre, las relaciones jurídicas quedan establecidas entre el mandatario y las personas que con él contratan. Y estas personas, más que vinculadas con el mandatario, en el sentido con que hablamos de vinculación (10.4.2.1), quedan verdaderamente obligadas con el mandatario. Y esto es así porque en el supuesto que examinamos no existe incertidumbre respecto de quién será en definitiva el titular de los derechos subjetivos. Inicialmente, a diferencia del caso del artículo 7, párrafo 1.º, de la Ley de Sociedades Anónimas, ya se conoce que serán el mandatario y la persona que contrató con él (10.4.1.5).

JAIME MOREY UMBERT
Registrador de la Propiedad

El problema de la aplicabilidad a Cataluña del artículo 812 del Código Civil

I. DELIMITACIÓN DEL TEMA

Las presentes líneas se proponen exclusivamente plantear la cuestión de si el artículo 812 del Código Civil es o no aplicable en Cataluña en términos del Derecho actual vigente. Se trata de examinar e intentar resolver, con el mayor rigor e imparcialidad posible, si al fallecimiento del donatario sin posteridad, conforme al Derecho aplicable en Cataluña, los bienes donados deberán revertir al ascendiente donante o pasar, integrados en la sucesión de aquél, a sus herederos; si se aplica el artículo 812, los bienes donados revertirán al ascendiente; si no se aplica, pasarán a los herederos del donatario. Se estima que la cuestión es estrictamente técnica, es decir: si se aplica o no un precepto legal para resolver supuestos que en la práctica pueden producirse y de hecho se producen, y en estos términos estrictamente jurídicos intentamos plantearla, prescindiendo totalmente de otras implicaciones que a la misma puedan darse. No tratamos tampoco de plantearnos la cuestión de qué orientación sería deseable o posible en una legislación futura; nos interesa el problema en términos *de iure condito*, y en este sentido entendemos que debe huirse de perspectivas parciales y de opiniones de autores concretos, que más bien revelan un deseo que una realidad legal. El posible conflicto de intereses entre al ascendiente donante y los herederos del donatario no debe resolverse sobre la base de si es adecuada o deseable una mayor o menor aplicación del Código Civil en Cataluña, sino sobre la base de un rigor interpretativo a la luz de la legislación actualmente vigente.

Recientemente, parte de la doctrina, así FAUS ESTEVE y PUIG FERRIOL y Roca Trías, con su habitual brillantez y profundidad, se ha pronunciado por la no aplicación del artículo 812; sin embargo, los argumentos aducidos por dichos autores no nos han convencido; nos da la impresión de que la mayoría de ellos tienen cara y cruz y podrían servir igualmente para fundamentar la opinión opuesta. Existen, por el contrario, razones serias para defender de modo decidido la aplicabilidad del artículo 812 en Cataluña. Recordemos, antes de entrar en materia, el texto del precepto: «Los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. Si hubieren sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos, y en el precio, si se hubieran vendido o en los bienes con que se hayan sustituido, si los permutó o cambió.»

Los argumentos esgrimidos en apoyo de una u otra postura se pueden esquematizar en los tres grupos siguientes:

- a) Argumentos históricos.
- b) Argumento derivado de los artículos 248 de la Compilación y 938 del Código Civil.
- c) Argumento derivado de la disposición final segunda de la Compilación, en relación con la naturaleza jurídica de la reversión del artículo 812.

II. ARGUMENTOS HISTÓRICOS

Hablamos en plural de argumentos históricos, porque en realidad son tres las clases de antecedentes que deben plantearse en relación con el tema: en primer lugar, aquellos antecedentes remotos, pero de gran interés en Cataluña por la aplicación del Derecho Romano con anterioridad a la Compilación. En segundo lugar, los antecedentes del propio artículo 812 del Código Civil en su elaboración y promulgación, y en tercer lugar los antecedentes más próximos y directos de la Compilación de Cataluña.

Interesa resaltar todos estos argumentos y antecedentes porque hemos leído recientemente, como una de las razones de la no aplicabilidad a Cataluña del artículo 812 del Código, que «no tiene precedente alguno en el Derecho histórico de Cataluña», que «es un cuerpo extraño incrustado en nuestro ordenamiento» y que, finalmente, «no ofrece duda que un estudio histórico nos conduce a la conclusión de que las únicas

normas del Código Civil que merecen con todos los honores formar parte de la Compilación son las que encarnan nuestro derecho histórico, circunstancias que no concurren, sino todo lo contrario, en el artículo 812 del Código Civil» (1).

Observemos lo que dice VALLET, gran conocedor, según es sabido, del Derecho Histórico, cuando comenta la génesis de la norma: «Esta figura jurídica tiene en Derecho Romano un precedente en la reversión de la dote. Presentó una extraordinaria variedad de floraciones en el Medievo, con diversas características tanto en lo referente a su carácter, sucesorio o no, como en su aplicación, bien fuera sólo en caso de fallecer abintestato el descendiente o bien forzosamente en todo caso» (2). Por su parte, GASSIOT, en su nota al artículo 79 de la Compilación, sobre heredamientos, dice que «si el heredero premuerto no dejare hijos, se resuelve el heredamiento como disponía la reversión al donador la Ley 2 del título 55 del libro 8 del Código de Justiniano».

Especialmente detallado y esclarecedor es el estudio histórico del trabajo de MEZQUITA DEL CACHO (quizás el más completo que se ha hecho sobre la materia) (3). Después de señalar el origen de la institución en la época Consular, estudia la evolución y justificación de la misma en el Derecho Romano clásico, como «una razón de estricta justicia y no sentimental», y la evolución en el Derecho Romano de Oriente.

Muy importante es la referencia de MEZQUITA al Derecho Romano justiniano, que, como es sabido, se aplicó como Derecho supletorio en Cataluña antes de la publicación de la vigente Compilación y que demuestra que si bien la reversión tuvo algunas limitaciones o especialidades en Cataluña, al menos es una figura conocida en el Derecho histórico. Según MEZQUITA, Justiniano completó la evolución de la institución de la reversión «haciendo descansar el fundamento de la restitución, en todo caso, en una tácita o sobrentendida cláusula devolutoria». Y resume así la posición del Derecho romano ante la figura de la reversión de donaciones: «En síntesis, la evolución del Derecho romano en este punto es la de una progresiva generalización de la figura, paralelamente a una también progresiva concreción de su naturaleza jurídica. De un estado primario limitado exclusivamente a la dote profecticia de la mujer, acaba por generalizarse a toda clase de donaciones, aún no nupciales, hechas a descendientes de cualquier sexo. Y con la asimilación justiniana de la acción *rei uxoriae a la ex stipulatu* queda claro, como

(1) FAUS ESTEVE: «¿Rige en Cataluña el artículo 812 del Código Civil?», *La Notaría*, segundo trimestre 1980, págs. 315, 317 y 319, respectivamente.

(2) En el comentario al artículo 812 de la obra dirigida por ALBALADEJO, tomo XI.

(3) JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO: «Recobro *mortis causa* de donaciones a descendientes», en *Anuario de Derecho Civil*, 1958, págs. 21 y ss.

dice GIRARD, y aun a pesar de exigirse en el recobrante el atributo de la patria potestad, *que el Derecho romano conceptuó la reversión como un instituto de Derecho convencional (aunque de carácter legal presuntivo) y no como una figura de Derecho sucesorio*» (4).

Se trata, pues, de un precedente importantísimo que enlaza directamente con el supuesto del artículo 812 y no con el de la sucesión troncal de impúberes del artículo 252 de la Compilación, ya que: 1.º) Se trata de «reversión de donaciones», no de cualquier tipo de acto jurídico; 2.º) Se refiere no sólo a impúberes, sino también a púberes, aunque en el Derecho justiniano existe el límite de estar bajo la patria potestad; 3.º) Se funda en la existencia de una cláusula legal presuntiva de la donación y no en el Derecho de Sucesiones, ni en la troncalidad.

Después estudia la institución en el Derecho germánico, Derecho francés y Derecho español anterior a la codificación, y, citando a HINOJOSA, dice textualmente: «En el Derecho castellano primitivo, la reversión de donaciones debió responder al mismo sentido que tenía en el Derecho germánico, el cual—como vimos—configuraba la reversión *como efecto natural de la donación y no como sucesión especial del donatario*.» Cita como precedentes históricos en el Derecho nacional, los fueros de Brihuega y Zamora y el Fuero Juzgo en Castilla, y lo que es más importante, indica cómo el Derecho aragonés se ocupa de deslindar perfectamente el concepto de troncalidad y el principio reversional de las donaciones en el Fuero I de las Cortes de Daroca de 1311, bajo Jaime II, a cuya transcripción nos remitimos. Tendremos ocasión de volver sobre este trabajo.

Por tanto, no sólo la institución no es totalmente extraña a los antecedentes del Derecho catalán, sino que tales precedentes existen, tanto en el Derecho romano, que fue de aplicación en Cataluña, como en el Derecho histórico, tanto castellano como aragonés. ¿Por qué no existen precedentes en el Derecho escrito catalán? Ante todo debemos decir que no hay nada que lo prohíba, pues las citas que se hacen, basadas en la formulación del principio de libertad de testar, o en el de la firmeza de ciertas donaciones de finalidad y carácter muy concretos, o en la limitación del principio de troncalidad, nada o muy poco tienen que ver con el tema, como expondremos al tratar del Derecho actual y que no era necesaria una formulación expresa, pues en los contados casos en que se produjera el supuesto de aplicabilidad, quedaba el camino abierto mediante la aplicación del Derecho supletorio especial.

Pero además, a PELLA se le escapa la siguiente frase, bien reveladora de que los pactos de reversión de los heredamientos tienen mucho que

(4) MEZQUITA: *Ob. cit.*, pág. 24.

ver con el artículo 812, por tratarse en éste de un supuesto muy concreto de aplicación legal de la cláusula de reversión: «El artículo 812 no es más que el pacto de reversión que figura en los heredamientos de los padres a favor de un hijo al casarse, con una diferencia esencial, la reversión en los heredamientos es completa y en el artículo 812 limitada al caso de que los mismos objetos donados existan en la sucesión, pudiendo haber sido vendidos» (5) Naturalmente que se trata de figuras distintas, pero lo que interesa resaltar es que el artículo 812 no es tan extraño a la tradición jurídica catalana en su versión de pacto del heredamiento, si bien en éste aparezca como pacto expreso y en el artículo 812 aparezca más bien como una *condictio iuris*, como una reversión legal.

Entrando ya en antecedentes algo más próximos y significativos es de notar que, contra la opinión de quienes ven en el precepto una copia servil de los Códigos francés de Napoleón y Belga, la Comisión de Codificación, como en tantos otros casos, siguió estos preceptos tan sólo en su formulación literal, pero atendió esencialmente a la tradición jurídica española, variando totalmente el sistema de aquéllos. (Ver MEZQUITA, obra citada, págs. 33-34). La génesis del precepto en el seno de la Comisión revela que no se pensó en el mismo como algo nuevo, ni siquiera como algo limitado al Código Civil, sino como algo de propiedad común de todos los pueblos de España y punto de coincidencia entre todos ellos; volvamos nuevamente a VALLET (pág. 123, obra citada) y a su exposición de la explicación proporcionada por ALONSO MARTÍNEZ: «El representante catalán propuso la generalización de la sucesión troncal de los impúberes. El representante aragonés estimó la mayor conveniencia de extenderla—si se estimaba justa y conveniente—«a todos aquellos a quienes sorprenda la muerte sin haber expresado su voluntad». Y uno de los representantes castellanos, ISASA, razonó: «Nadie intenta aquí poner en duda que los bienes transmitidos o donados por un ascendiente a un descendiente lo han sido en pleno dominio; se trata sólo de decidir si muerto un descendiente sin hijos, han de volver aquellos al que se los dio. Y yo me inclino a la afirmativa: el padre que dota a una hija o hace a un hijo una donación, obra con el propósito de ayudar a que se constituya una nueva familia y para que ésta tenga medios de levantar sus cargas. Ahora bien, cuando este matrimonio muere sin hijos, cesa el motivo por el que se constituyó la dote o donación, y pues no ha habido términos hábiles para que se cumpliera la intención del donante por no haber hijos del nuevo matrimonio a quienes transmitir los bienes donados, justo es que vuelvan a su antiguo dueño, en vez de

(5) Citado por FAUS en su referido trabajo.

ir a parar a una persona extraña.» ALONSO MARTÍNEZ añadió: esa restauración del genuino Derecho español (refiriéndose, eso sí, al Fuero Juzgo) no hacía más que conformarse con una buena parte del Derecho europeo.

En la anterior exposición aparecen perfectamente claros dos aspectos esenciales: el primero, que aunque el Fuero Juzgo y los Derechos francés y belga aparecen decisivos en cuanto a la estructuración formal del precepto (y mejor hubiera sido que no lo fuesen tanto), el contenido del artículo 812 no coincide con aquéllos ni debe verse como algo totalmente extraño a los territorios forales, sobre todo teniendo en cuenta que, aunque no prosperó la generalización de la sucesión troncal de los impúberes propuesta por el representante catalán, su intervención demuestra que se veía como un principio de validez general en todos los territorios, lo que, desde la perspectiva histórica que ahora estudiamos, no deja de ser significativo aun cuando ni mucho menos sea decisivo; el segundo, que la motivación del precepto fue una razón de estricta justicia y una interpretación de la voluntad presunta del donante, y esto habrá de tener una gran trascendencia.

Aún nos queda por exponer un dato que estimamos esencial desde el punto de vista de los antecedentes: nos referimos al artículo 515 del Anteproyecto de Compilación de Cataluña de 1955, que decía: «Los bienes donados por un ascendiente a un descendiente, aunque éste falleciera sin descendencia, no revertirán al donante, de no haberse pactado expresamente y sin perjuicio de lo dispuesto respecto a heredamientos.» Por de pronto hay aquí un reconocimiento de que en heredamientos no sólo se prevé la reversión por pacto expreso, sino que se alude a otra posibilidad resultante de su regulación; pero lo que queremos resaltar, desde el punto de vista del argumento histórico, es que existía un artículo en el anteproyecto que excluía la reversión legal en las donaciones que demuestra el deseo de algunos redactores de no aplicar el 812 a Cataluña. Pero a la hora de la verdad, es decir, cuando se publica el texto definitivo, ese artículo no aparece, porque fue suprimido; es decir, que se quiso evitar un precepto que impidiera la aplicación del artículo 812 a Cataluña. FAUS ESTEVE (artículo citado, en *La Notaría*) se plantea el problema de por qué la Compilación «no dice claramente que el artículo 812 no rige en Cataluña», y contesta: «simplemente porque no compilamos contra el Código Civil»; la explicación no resulta satisfactoria en un autor como FAUS, que fue, precisamente, uno de los redactores del Anteproyecto, y resulta aún más extraño si se tiene en cuenta que dicho autor, en pleno año 1959, publicó en la *Revista Jurídica de Cataluña* un estudio titulado «Ante la presentación en las Cortes del Proyecto de Compilación, en el que defendió la aplicación del artículo 812 del Código

Civil a Cataluña. En ese trabajo dice que «los Compiladores consideramos y estudiamos cuatro tipos de instituciones forales catalanas»; y después de citar las que no merecían ser recogidas, las que se incluyen con dudas, las que son vitales para el país, recoge en el apartado D) «las que Código Civil considera con mayor perfección que el Derecho Foral y, por tanto, pueden ser reguladas en lo sucesivo por la ley común» (pág. 469). Y desarrollando este apartado más adelante, dice: «D) Opinamos que en determinadas materias podrían aceptarse los preceptos del Código Civil, dejándolos incorporados a la Compilación, o haciendo constar en ella tal conformidad o adhesión». «Tales son los referentes al testamento ológrafo, diferenciándolo sólo del *parentum inter liberos*, por la no caducidad de éste; los testamentos militar y marítimo; la reserva troncal del artículo 811 del Código Civil, tan admirablemente tratada en sus estudios por el señor VALLET DE GOYTISOLO, que no pugna con nuestra manera de ser; *la reversión del artículo 812*; los retratos de comuneros y de colindantes; las normas que sobre el contrato de establecimiento a primeras cepas o *rabassa morta* contiene el artículo 1.656, y *la sucesión intestada, con la única excepción* de la sucesión especial de los impúberes». (Los subrayados son nuestros.) Aceptamos que cualquier autor pueda variar de opinión, pero no se hubiera echado de menos alguna explicación acerca del cambio. Además, nos interesa esa exposición de FAUS del año 1959, distinta a la que ahora mantiene, porque viene a ser un argumento histórico de autoridad que se vuelve contra la opinión actual de su autor, máxime teniendo en cuenta que FAUS alude en ese estudio a la opinión de los que «compilaron y redactaron el Anteproyecto». Lo cierto es que la Compilación, a lo largo de sus 344 artículos, ha procurado mantener todo aquello del Derecho tradicional catalán que continuaba siendo una realidad viva en Cataluña, aun en aquellas materias en que una abusiva aplicación del Código Civil había impedido su aplicación, como en la sucesión intestada de impúberes, entendiendo que, como dice la exposición de motivos, «cuantas materias y cuestiones carezcan en la Compilación de precepto aplicable, deberán regirse por el Código Civil», evitándose—como también dice la exposición de motivos—la repetición innecesaria de preceptos de éste. El criterio interpretativo de preferencia de la *mens legis* sobre la *mens legislatoris* no permite en este punto más que una conclusión: hay un deseo—el de algunos de los redactores del Anteproyecto—y una realidad—la no aceptación del deseo de aquellos redactores—que prevalece; el análisis histórico de la redacción de la Compilación, a lo único que nos lleva es a concluir que en esta materia no existe ninguna laguna o vacío involuntario, sino que, evidentemente, no se quiso impedir la aplicación del artículo 812 en Cataluña, y para ello se suprimió el conflictivo artículo 515 del Anteproyecto.

Respecto a la doctrina de los autores, se pretende obtener alguna base por quienes defienden la no aplicabilidad de la reversión en las donaciones de ascendientes, en una discusión entre CANCER y FONTANELLA en un asunto que tiene muy poco que ver con la reversión legal, lo que, una vez más, demuestra la inexistencia de argumentos serios y consistentes para excluir la aplicación de ésta.

A este respecto, dice FAUS lo siguiente: «Nuestros autores clásicos habían discutido extensamente si el ascendiente donante tenía derecho a legítima, en caso de fallecimiento del descendiente donatario, con disposición testamentaria a favor de otra persona.» «La posición afirmativa —continúa diciendo FAUS— es la mantenida por CANCER (*Var. Resol.*, capítulo 7, núms. 91 a 100), y la negativa la encarna FONTANELLA (*De pactis nup, cl.*, 4 gl., 24, núms. 40 y ss.); pero tanto si aceptamos una como otra posición llegamos a la conclusión de que la discusión era inútil si se partía de la base de que los bienes donados revierten o retornan al donante y que precisamente tanto uno como otro tratadista partían del supuesto contrario, o sea, la inaplicabilidad a Cataluña de todo principio de retorno o reversión legal, salvo casos muy excepcionales» (6).

Aparte el hecho de que la reversión del artículo 812 es un supuesto en sí «muy excepcional», lo único que cabe decir de esta discusión es que existe silencio en la doctrina antigua acerca de esta cuestión, pero lo que no se puede decir, desde luego, es que opinaron en contra de la reversión legal y que la discusión sobre la legítima de los ascendientes «era inútil si se partía de la base de que los bienes donados revierten o retornan al donante».

Caben varias interpretaciones respecto a la discusión entre CANCER y FONTANELLA.

En primer lugar cabe pensar como primera hipótesis que no confundían «legítima» y «reversión de la donación». Si así fuera, partían de algo fundamental que no siempre tienen en cuenta los autores modernos que estudian el artículo 812 y en lo que no hay más remedio que insistir, porque efectivamente legítima y reversión son dos instituciones totalmente distintas que sólo incidentalmente pueden tener un punto de conexión en el resultado, y no es correcto confundirlas desde la perspectiva histórica: la legítima de los ascendientes no tiene nada que ver con la reversión, aunque alguna vez se diga impropriamente que «es una ampliación de la legítima de aquéllos». La legítima se computa sobre *todos* los bienes del causante, mientras que la reversión afecta a bienes concretos: los donados por el ascendiente o subrogados en ellos (límite

(6) FAUS: *Ob. cit.*, pág. 316.

objetivo), y el legítimario es el ascendiente más próximo del causante, mientras que el reversionista es el ascendiente donante, que puede no ser aquel más próximo en grado, como por ejemplo el abuelo viviendo el padre (límite subjetivo). Pues bien, en el supuesto de que estos autores no confundieran legítima y reversión legal, la discusión entre ellos respecto a un problema de «legítima» y no de «reversión» no puede servir de argumento para decir que dichos autores partían de que no cabía la reversión de las donaciones. Aun admitiendo que es posible la reversión, cabe plantear si la donación ha de computarse para calcular la legítima, y éste es precisamente el problema que se plantean CANCER y FONTANELLA, que de ningún modo supone excluir la reversión legal.

Ahora bien, puestos a imaginar, y para que no se nos diga que sólo hemos previsto una de las posibilidades—la de que CANCER y FONTANELLA en aquella época no confundían legítima y reversión—, vamos a suponer que no diferenciaban ambas figuras. Caso de que así fuera, entonces la discusión entre CANCER y FONTANELLA se tornaría en un fuerte argumento en favor de la reversión legal, por lo menos si se acepta la posición de CANCER, pues si discuten acerca de si el ascendiente tiene o no legítima sobre los bienes donados al descendiente, parece que discuten acerca de la reversión legal de al menos una parte de valor de dichos bienes. Téngase en cuenta que en una determinada época del Derecho romano, según pone de relieve MEZQUITA, la reversión era «cuantitativamente parcial», «fijándose en una mitad por el emperador León». ¿Es que CANCER y FONTANELLA partían de estas ideas? No nos interesa contestar a esta pregunta, sino poner de relieve que, sea cual fuere el sentido de la discusión entre dichos autores, no cabe traer a colación a los mismos para decir apriorísticamente que constituyen una buena muestra de que partían de la no admisión de la reversión legal en materia de donaciones.

En cuanto a la doctrina posterior al Código Civil, tampoco es unánime: BORRELL y SOLER, incurriendo en una verdadera petición de principio, se limita a afirmar, sin argumentar, que «la reversión del artículo 812 de ninguna manera se puede aplicar en Cataluña, porque dispone de una forma preceptiva una reversión que aquí sólo se admite por pacto expreso». En cuanto a PELLA, ya antes hemos comentado su cita, pero además añade una frase que revela el confusionismo existente en esta materia: «constituye—dice—un aumento de legítima de los ascendientes, que, según la Constitución 2.^a, libro 6.^o, título 5.^o, no puede pasar de la cuarta parte de los bienes»; no se comprende que se pretenda encontrar apoyo en autores que, como PELLA (quizás comprensiblemente en su momento histórico) confunden legítima y reversión le-

gal; el propio FAUS expresa muy claramente que «la legítima se origina por razón de parentesco, la reversión se origina por razón de donación».

MEZQUITA, sin detenerse demasiado en el tema de si el artículo 812 es o no aplicable a Cataluña, parte de la base de que en la sucesión abintestato ello no ofrece ninguna duda y, en cambio, en la sucesión testamentaria es aplicable el Derecho romano justiniano. Dice lo siguiente: «En Cataluña y Baleares, finalmente, el artículo 812 tropieza, para su aplicabilidad en materia testamentaria, con la existencia del régimen justiniano de reversión de donaciones, que sería en todo caso el que, en tanto en cuanto no esté derogado por la costumbre, cuyo valor es también normativo en estas regiones, sería el llamado a regir como supletorio con preferencia al Código Civil. Y aparte de ello, ni siquiera cabría invocarlo no ya contra los herederos libres, sino contra la legítima, por no existir en estos países un sistema de troncalidad incrustado en el de legítimas, como en Vizcaya, que dé pie a semejante reclamación. Por lo demás, la finalidad que pudiera cubrir el artículo 812 está prácticamente cubierta, sobre todo en Cataluña, por la frecuencia enorme del pacto expreso reversional en las capitulaciones matrimoniales continentales de heredamiento con donación, que contrasta con el casi completo desuso del artículo 641 en las donaciones a descendientes en los territorios de Derecho común.» Naturalmente, MEZQUITA escribe antes de la promulgación de la Compilación, por lo que actualmente no cabe aplicar el Derecho romano justiniano como Derecho supletorio, sino el Código Civil. Pero según hemos visto antes, esto significa que el artículo 812 no es tan extraño a Cataluña como varios tratadistas han pretendido fundamentar. En cualquier caso, la referencia de MEZQUITA a la frecuencia del pacto expreso reversional, lo único que explica es la rareza del supuesto del artículo 812, pero no que en los contados casos en que pueda producirse no se aplique.

En favor de la aplicación del 812, FIGA FAURA incluye claramente el mismo como uno de los preceptos que se aplican en Cataluña, en su *Manual de Derecho Catalán*, y BASSOLS Y PARÉS (citado por PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS) dice que «la actual vigencia en Cataluña del artículo 812 del Código Civil es una consecuencia ineludible del juego de fuentes de Derecho supletorio establecido por la propia Compilación» (7).

Los autores contrarios a la aplicación del artículo 812 utilizan también otro argumento: el indicado artículo constituye un cuerpo extraño en todo el ordenamiento jurídico de España, y lo prueba la escasísima jurisprudencia a que ha dado lugar, lo cual, realmente, no significa sino

(7) *Obra citada*, pág. 472.

que al Tribunal Supremo no han llegado supuestos controvertidos, y a lo sumo sería síntoma de la pacífica aplicación del precepto; no hay verdadera conexión o enlace argumentativo entre el hecho que se expone y la consecuencia que se quiere deducir. Sin embargo, es cierto que los supuestos de reversión no son demasiado frecuentes, y ello porque para que se produzca es necesario que concurren todas las circunstancias siguientes:

a) Donación del ascendiente al descendiente (supuesto ya relativamente escaso, excepto en Cataluña), teniendo en cuenta que, por razones fiscales, muchas auténticas donaciones se encubren bajo una compraventa directa a nombre del descendiente, que por ello queda excluida mientras no se declare la simulación.

b) Que no se imponga condición resolutoria en la donación (supuesto frecuente precisamente en Cataluña), pues en este supuesto juega ésta, de contenido más amplio.

c) Que el descendiente premuera al ascendiente donante, lo que tampoco suele ser lo normal.

d) Que el descendiente no deje a su vez descendencia.

e) Que el ascendiente donante no sea heredero del descendiente, pues en este supuesto la aplicación de la reversión no puede tener interés más que a efectos fiscales (produciría la exención e incluso la devolución de lo antes liquidado... si se considera que no ha producido efectos lucrativos) y desde luego evita la contienda entre partes que pudiera dar lugar a jurisprudencia, pues nadie tendría interés en discutir la reversión para que el reversionista lo adquiriese en definitiva por herencia.

f) Que los mismos bienes donados o sus subrogados existan en la sucesión del descendiente.

Todo ello explica que, en efecto, los supuestos de reversión no son motivo frecuente de controversia, pero de ninguna manera que cuando concurren todos aquellos supuestos, no se aplique la reversión y, menos aún, que no deba aplicarse. PELLA cita (tomo III, pág. 265; recogida por FAUS en *ob. cit.*, pág. 317) la sentencia de 27 de octubre de 1894 que declara que «habiendo hecho una madre donación y heredamiento universal a favor de su hijo, que murió sin sucesión, pero nombrando heredero a su esposa, el heredamiento otorgado a favor de su hijo *no impide a la madre reclamar la legítima* sobre los bienes por ella donados», lo que, según estos autores, presupone que no entra en juego el artículo 812 que hubiera concedido a la madre no sólo el derecho a la legítima sobre los bienes donados, sino la plena propiedad de todos éstos; pero esta cita no tienen ningún valor a efectos de jurisprudencia,

pues está claro que el Tribunal Supremo no se pronunció o no tuvo ocasión de pronunciarse sobre la reversión, que no se planteó, sino sólo sobre la legítima. Hay que descartar todo intento de denominar «jurisprudencia» a simples deducciones gratuitas del supuesto de hecho, pues a lo que hay que atenerse es a la doctrina de la sentencia, que nada dice sobre el problema; las razones que pudiera haber tenido la madre para no plantear el problema del artículo 812 es algo que desconocemos y para nada nos podrían servir, salvo para perder el tiempo; bien pudiera ser la creencia particular—y errónea a nuestro juicio—de que el artículo 812 no fuera aplicable o fuera de dudosa aplicación tratándose de un heredamiento, y que por ello se conformase con la legítima, pero sería una mera opinión subjetiva de la recurrente que para nada nos sirve.

III. ARGUMENTO DERIVADO DE LOS ARTÍCULOS 248 DE LA COMPILACIÓN Y 938 DEL CÓDIGO CIVIL (7 bis)

El artículo 248 de la Compilación, que inicia las normas de la sucesión intestada, dice que ésta «se regirá por lo dispuesto en el Código Civil, salvo las especialidades contenidas en los tres artículos siguientes». Pues bien, entre los artículos del Código Civil dedicados a la sucesión intestada aparece el terminante artículo 938, que dice: «Lo dispuesto en los dos artículos anteriores—que se refieren a la sucesión de los ascendientes—se entiende sin perjuicio de lo ordenado en los artículos 811 y 812, que es aplicable a la sucesión intestada y a la testamentaria.» En el precepto citado encontramos dos datos fundamentales: por un lado, el artículo 938 nos dice algo clarísimo: que el artículo 812 es aplicable a la sucesión intestada, y como el artículo 248 se remite, entre otros, a ese precepto, es evidente la aplicación de aquél en Cataluña, de momento, y sin ninguna duda, en la sucesión intestada. Ya dicen PUIG FERROL y ROCA TRÍAS (8) que ese artículo 938 sirvió para que la jurisprudencia introdujera en Cataluña el artículo 811 del Código; pues bien, la misma razón existe para la introducción del artículo 812, pues artículos 811 y 812 son citados a dúo en el 938. Por otro lado,

(7 bis) Este artículo 938, después de la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, publicada estando ya en prensa este trabajo, ha pasado a ser el artículo 942, cuyo texto es el siguiente: «Lo dispuesto en esta Sección se entiende sin perjuicio de lo ordenado en los artículos 811 y 812, que es aplicable a la sucesión intestada y a la testamentaria. Como se observará sólo se ha retocado la referencia a la Sección, sin alterar su contenido, por lo que se reafirma la argumentación mantenida en el texto de este estudio.

(8) PUIG FERROL y ROCA TRÍAS: *Fundamentos del Derecho Civil de Cataluña*, tomo III-2.º, págs. 472-474.

que, al menos de momento, propende a la aplicación del 812 no sólo a la sucesión abintestato, sino también a la sucesión testamentaria catalana, pues es bastante significativo que el artículo 938, aunque incluido en el capítulo de la sucesión intestada (como el propio 812 lo está, a nuestro juicio erróneamente, en el de las legítimas), diga que es aplicable tanto a la sucesión testada como a la intestada y que, según la opinión antes citada, fuera precisamente este precepto el que sirviera de cauce para la introducción de la reserva en Cataluña, en una y otra sucesión. Ya se comprende que no vamos a atribuir al argumento más valor del que realmente tiene, pues, en rigor interpretativo, debe entenderse que la remisión del artículo 248 de la Compilación lo es a las normas de la sucesión intestada del Código Civil y no debe extenderse a las de la sucesión testamentaria por el mero hecho de que alguna de aquéllas sean aplicables a ésta; nuestra argumentación seguirá otro camino, pero sí es importante resaltar el porqué un precepto contenido en la regulación de las legítimas se declara también aplicable a la sucesión testamentaria y a la intestada. Este solo hecho debiera haber hecho pensar al estudioso que en el trasfondo de la institución hay algo más que una simple atribución a los ascendientes en la herencia de sus descendientes y que la explicación de que esto ocurre porque «es un cuerpo extraño», es demasiado simplista. Lo que sucede es que la naturaleza misma del derecho de reversión legal es independiente de la sucesión, testada o intestada, y en ese aspecto, el artículo 938 lo único que pone de manifiesto es una indivisibilidad o globalidad en la aplicación del 812.

No vamos a entrar por ahora en el estudio de la naturaleza jurídica del derecho de reversión; cuando lo hagamos después se verá que la razón de esa indiferencia por la sucesión testada o intestada se encuentra en que la razón de ser de la norma se halla antes del hecho sucesorio; en la propia donación del ascendiente, supuesto de hecho del artículo 812. Pero lo que sí hay que descartar, ya de entrada, es la pretensión de algunos autores de que en Cataluña el artículo 812 sólo tiene una vigencia parcial—y aun discutible—en la sucesión intestada, sobre la base argumentativa de un paralelismo con el artículo 811, como si éste se aplicase sólo a ésta y no también a la testamentaria. La reserva del artículo 811, contemplada en el artículo 272 de la Compilación, está dentro del título V, *Disposiciones comunes a la sucesión testada e intestada*. A estos efectos argumentativos, aceptamos la idea de PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS (9) de que debe examinarse comparativamente la aplicación en Cataluña del artículo 812 con la del 811, precisamente

(9) *Obra citada*, pág. 473.

porque ambos son derechos forzosos y porque ambos son aludidos en el 938 del Código; donde ya se ha desbordado el argumento, a nuestro juicio, es al concluir que el artículo 811 sólo se aplique a la sucesión intestada, cuando la conclusión correcta hubiera sido la contraria: que no sólo el 811, sino también el 812, son aplicables a ambas clases de sucesión. Se ha dado un salto en la idea comparativa; se ha tomado del artículo 811 el momento anterior a la declaración de la reserva, la «historia» del mismo en el sentido de que sólo son reservables los bienes que el ascendiente reservista adquiriera del descendiente «por ministerio de la ley» en el Código y en Cataluña abintestato (cfr. con art. 272, párrafo 2.º, de la Compilación), pero al producirse la reserva, es decir, cuando los bienes reservables han de llegar a los reservatarios, cabe la reserva tanto si la sucesión es testada como intestada. Pues bien, a efectos comparativos con el 812, es este último y no el primero. En la reversión del 812 el ascendiente es el que va a recibir los bienes, el destinatario, y corresponde en el 811 a los parientes que estén dentro del tercer grado y dentro de la línea; y el descendiente del 812 equivale, valga la comparación, al ascendiente del 811, pues uno y otro son los obligados a reservar—en el caso del 811—o a que reviertan sus bienes si no dispuso de ellos en vida y no hay subrogados, en el del 812.

Por tanto, se quiere tomar del 811 algo que es totalmente inaplicable al 812, y, en cambio, se prescinde de la idea clave en el aspecto comparativo de uno y otro, que no es más que el momento y la persona que fallece, y en este supuesto, el artículo 811 es aplicable tanto en el caso de que el que fallezca lo haga testado como intestado. Podrá sostenerse que no cabe comparar los artículos 811 y 812 (a nuestro juicio son dos instituciones totalmente distintas en su origen y en su finalidad), pero lo que no puede hacerse es decir que «hay que admitir la aplicación del artículo 812 en Cataluña con los mismos condicionamientos en que se ha dado entrada al artículo 811 del propio Código», para luego decir, sorprendentemente, lo siguiente: «o sea, cuando complementa las normas codificadas en materia de sucesión intestada, que también rigen en nuestro Derecho». Como ya hemos dicho antes, esto constituye un salto comparativo inadmisibles en términos interpretativos, pues, lo repetimos una vez más, en su momento clave el artículo 811 es aplicable tanto a la sucesión testada como intestada.

Y lo que tampoco cabe, desde la perspectiva de estos autores de mantener la duda sobre la vigencia del 812 incluso en la sucesión intestada, es sostener que «en Cataluña esta reversión se limita al caso de fallecer el descendiente en la impubertad (art. 251 de la Compilación), mientras que los codificadores creyeron conveniente acoger la reversión tanto si el descendiente fallecía en la impubertad como siendo púber».

«Por tanto—añaden—, si los inconvenientes que quiere prevenir el tan repetido artículo 812 del Código Civil ya venían paliados en Cataluña por el tradicional régimen de sucesión troncal de los impúberes, el punto de vista adoptado por los codificadores no debe hacerse extensivo a nuestro sistema sucesorio, que ya solucionaba el problema propuesto y lo sigue solucionando, aunque de una forma distinta. Es decir, limitando la reversión al caso de fallecer el descendiente en la impubertad.» En efecto, esto sería correcto «si los inconvenientes que los codificadores quisieron prevenir fueran los que los comentaristas suponen», pero ¿no sería posible que lo que pretendieron fue en realidad algo completamente distinto? ¿Algo no vinculado a la idea de troncalidad y del mantenimiento de los bienes familiares en la misma rama de procedencia? El que sea esto ya lo veremos después, pero quede lo dicho como advertencia de los riesgos que comporta el realizar una labor interpretativa con la conclusión prejuzgada de antemano, cuando la conclusión, sea la que sea, debe venir como resultado del razonamiento deductivo libre y objetivo.

Pero es que hay más aún: esta línea argumental, a nuestro juicio errónea, confunde—al parecer—ahora el artículo 251 de la Compilación con el 812 del Código, sosteniendo que persiguen un mismo objetivo, aunque «de manera distinta», y cuando en realidad son preceptos distintos y susceptibles de convivir dentro de un mismo cuerpo legal. No es tan sólo que el artículo 251 se refiere a los impúberes y el 812 a todos los descendientes sin distinguir; es que en el 251 hay un principio de troncalidad referido a toda clase de adquisiciones derivadas de los ascendientes, mientras que en el 812 no puede decirse que haya troncalidad en el sentido del 251 y sólo se refiere a los bienes donados; por otra parte, en el 251 se llama *no al ascendiente que donó*, sino al más próximo en grado del descendiente. Ejemplo: si el abuelo vende una finca al nieto, y éste fallece impúber viviendo el padre y el abuelo, no se aplica de ninguna manera el 812, porque no es el supuesto de éste, y se aplica el 251 de la Compilación (salvo sustitución pupilar), en el sentido de adquirir la finca el padre, ascendiente más próximo, y no el abuelo vendedor.

Más aún: el artículo 251 es un precepto típicamente sucesorio y, en consecuencia, se refiere a los bienes que forman parte de la herencia del descendiente impúber. En cambio, el 812, aunque se aplique «con ocasión» de una sucesión, no constituye la sucesión *mortis causa* ordinaria, sino que precisamente el bien donado se excluye de la herencia porque hay una razón anterior a la herencia misma—la donación—que el legislador toma como básica. Desde esta nueva perspectiva, los artículos 812 y 251 no se encontrarán nunca y la convivencia es pacífica entre ambos dentro de un mismo cuerpo legal. La naturaleza del artículo 812 exige

que el bien donado se excluya de la herencia propiamente dicha del descendiente, y como el artículo 251 sólo se refiere a los bienes que forman parte de la herencia del descendiente impúber, este artículo 251 no se aplicará en este caso. Pero ya insistiremos más adelante en la naturaleza de la reversión del artículo 812.

IV. ARGUMENTO DERIVADO DE LA DISPOSICIÓN FINAL 2.^a DE LA COMPILACIÓN EN RELACIÓN CON LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA REVERSIÓN DEL ARTÍCULO 812 DEL CÓDIGO CIVIL

La referida disposición establece: «En lo no previsto en la presente Compilación regirán los preceptos del Código Civil que no se opongan a ella y las fuentes jurídicas de aplicación general».

En la medida en que pueda resultar insuficiente la argumentación anteriormente expuesta, nos basamos en esta esencial disposición final 2.^a como apoyo decidido a la aplicación del artículo 812 del Código Civil en Cataluña. Nuestra postura se halla tan alejada de una aplicación *a fortiori* del Código Civil, como de un rechazo apriorístico del mismo. El Código Civil no constituye un Derecho privativo de Castilla, sino un Derecho «común», que en unos territorios de España se aplica con carácter prioritario y en otros como fuente de segundo grado, después de unas legislaciones específicas, redactado con intervención de representantes de los territorios forales y aceptado como legislación coexistente, después del Derecho específico, por la disposición final segunda de todas sus compilaciones. El jurista no tiene más remedio que atenerse a la propia ley, despojándose en la interpretación de la misma, mientras subsista, de todos los condicionamientos que puedan entorpecer la objetividad de su estudio.

En una interpretación objetiva—e insistimos en que planteamos el problema en términos de *lege data*, no de *lege ferenda*—y fuera de todo prejuicio, parece evidente que el artículo 812 del Código Civil ha de regir en Cataluña, pues la Compilación no regula el supuesto de hecho del artículo 812 (no lo prevé), el precepto no se opone a sus disposiciones y, en consecuencia, ha de aplicarse éste.

Sin embargo, algunos juristas, como FAUS ESTEVE en su citado artículo, en su afán de minimizar la aplicación de esta disposición final 2.^a, tratan ingeniosamente de limitar en buena medida lo que resulta de la letra de la misma y del propio espíritu de la Compilación, que no pretendió de ninguna manera ser un Derecho cerrado o excluyente (ver artículos 1.º y 2.º de la Compilación). El citado ilustre tratadista, gran conocedor, por otra parte, tanto del Derecho foral como del Derecho

común, nos dice: «Según ella (la disposición final 2.^a), el Código Civil no es supletorio en sentido absoluto, sino *condicionadamente* (el subrayado es del autor), a base de excluir la supletoriedad del Código Civil, en cuanto *no se opongan* los preceptos del Código Civil a los de la Compilación». «Por tanto—añade—, para que un artículo o precepto del Código Civil pueda entrar como supletorio de otros en la Compilación catalana será necesario que no desentone, contradiga o pugne abiertamente con cualquier precepto compilado o con el sentido, criterio normativo o motivación finalista, esto es, con el espíritu mismo de una fórmula o institución contenida en la Compilación, pues de ser opuesto a ella, la supletoriedad del Código Civil no actúa, lo cual es plenamente lógico.»

Pero para que continuara la brillantez de esta argumentación hubiera sido necesario que FAUS expusiera con más contundencia por qué es opuesto el artículo 812 del Código a los preceptos que regulan el derecho de reversión de las donaciones en la Compilación de Cataluña. En lugar de eso, pasa revista a una serie de preceptos de la Compilación que, o bien nada tienen que ver con el supuesto del artículo 812, o bien son supuestos especiales, perfectamente compatibles con la aplicación del artículo 812 a los demás. Así cita, por ejemplo, los artículos 13 y 14 de la Compilación, que prohíben las retrodonaciones y cualquier acto del donatario en disminución, derogación o perjuicio de la donación; pero no recalca, en cambio, que esos preceptos se refieren exclusivamente a las donaciones por razón de matrimonio, donaciones de carácter tan especialísimo que es más que dudoso que se aplique el artículo 812 del Código Civil, aun dentro de este cuerpo legal; alude al artículo 1.331 (hoy 1.341) del Código, que nada tiene que ver con el 812; en cambio, sí podría tener que ver la norma del 1.333 (9 bis), que establece límites a la revocabilidad en el supuesto especial de las donaciones por razón de matrimonio, y que debería hacer meditar si no existe cierto paralelismo entre los criterios del Código Civil y los de la Compilación respecto a las donaciones por razón de matrimonio y la no aplicación a ellas del artículo 812, tema que trataremos con algún mayor detalle más tarde.

Nos dice FAUS a continuación (pág. 320) que la Compilación «no ignora ni desconoce la reversión o retorno de bienes a los ascendientes, pero por vías distintas, como la sucesión intestada de los impúberes, que

(9 bis) Hoy 1.343 del texto reformado. Sin tiempo para hacer una crítica detallada de este precepto, nos limitamos a indicar que la referencia en el nuevo párrafo 2.º a que se considerará como incumplimiento de cargas la anulación del matrimonio, la separación y el divorcio, más que un auténtico incumplimiento de cargas parece apuntar a una destrucción de la base del negocio donación o alteración de las circunstancias esenciales del mismo. Obsérvese que en la explicación del artículo 812, según se verá, se valoran también las presuntas motivaciones subjetivas del donante como base del negocio.

contempla el artículo 251 de la Compilación, llevando a la práctica el principio *paterna, paternis; materna, maternis*; las reversiones a favor del donante (art. 341); la *confirmatio donationis* (art. 20) e incluso la reversión al marido de la llamada dote muerta (*dot mort*), que establece el artículo 30 de dicha Compilación». Pero con este párrafo se están apuntando argumentos en pro de la aplicación del artículo 812 a Cataluña, pues, de un lado, resulta que la Compilación regula precisamente aquellos supuestos en que la reversión se produce con una particularidad diferente al modo de operar en el Código Civil, lo que lleva a la deducción de que los no regulados se producen según el Código y, de otro, a pesar de que después se dice que es «institución desconocida», resulta que la Compilación no desconoce la reversión o retorno de los bienes a los ascendientes donantes, y que el artículo 812, lejos de ser un «cuerpo extraño», va en paralelo con esas vías que se regulan en la Compilación y que, en efecto, y como el propio FAUS nos dice, son «vías distintas»..., hasta el punto de que son perfectamente compatibles con el artículo 812, que regula un supuesto muy diferente. Especialmente interesa recalcar la cita del artículo 341 de la Compilación, en el que existe una remisión expresa al artículo 641 del Código para consignar después la especialidad catalana, lo que permite deducir que el criterio de la Compilación es la aplicación general del Código en lo no exceptuado (como dice la Exposición de Motivos, «para evitar constantes reiteraciones de preceptos del Código Civil»); pues bien, el artículo 641, al que la Compilación se remite, prevé la reversión convencional de donaciones en favor del donante, y aunque se trate de una vía distinta del artículo 812, es perfectamente compatible con éste, como lo prueba la normal y diferente aplicación de uno u otro precepto, según los casos. Y todavía más concluyente: en el capítulo VI de la Compilación, de las donaciones, sólo existen los artículos 340 y 341, por lo que han de completarse con los preceptos del Código Civil sobre donaciones, UNO DE LOS CUALES ES EL ARTICULO 812, aunque este precepto esté incluido en el Código en el capítulo de «legítimas», y esto nos lleva ya a plantearnos el problema de la

Naturaleza jurídica de la reversión del artículo 812

El estudio de este problema nos parece el único medio correcto de esclarecer la institución, a efectos del adecuado entendimiento de la disposición final 2.^a de la Compilación, después del laberinto ideado por FAUS para limitar su aplicación.

Pero antes de entrar en el tema comenzaremos por una observación

previa: *todos los problemas planteados por el artículo 812, tanto en Derecho común como respecto a su aplicabilidad en los Derechos forales SON UN PROBLEMA DE NUMERO*. En efecto, si el famoso artículo, en lugar de llevar el número que lleva, de estar—disparatadamente—encuadrado entre las legítimas y, lo que es peor, a continuación del artículo 811, lo que le hace partícipe por contigüedad de toda la carga emotiva que éste arrastra, hubiera llevado el número 640 ó 642 y estuviese situado entre los de la donación en general, que era su sitio, todos aquellos problemas ni se hubieran planteado ni se hubiera confundido su naturaleza jurídica. Es este desgraciado error de sistemática, que el propio Código se ve obligado a enmendar parcialmente en el artículo 938, el que ha confundido el problema y el que ha hecho que incluso autores que plantean el problema de la naturaleza jurídica de la reversión en sus justos términos, como algo que arranca del propio contrato de donación, interpretativo de la voluntad del donante, incurran después en el contrasentido de considerar que supone una ampliación de los derechos legitimarios de los ascendientes o que «retornan al ascendiente *ex iure hereditario*» (BONET RAMÓN en los comentarios al Código Civil).

Las posiciones doctrinales sobre la cuestión se pueden sintetizar en dos grandes grupos: *a)* la de los autores que hacen derivar los efectos reversionales del propio contrato de donación; *b)* la de los que lo entroncan en el derecho especial de sucesiones (10), para muchos de los cuales en realidad no es propiamente tal sucesión hereditaria, sino una sucesión en sentido amplio. A nuestro juicio, el artículo 812, y así se deduce de su gestación en la Comisión Codificadora, realiza una inter-

(10) Siguiendo las clasificaciones de MEZQUITA DEL CACHO (*ob. cit.*, págs. 38 y siguientes) y de VALLET DE GORTISOLO (*Tratado sobre las legítimas limitaciones de Derecho Sucesorio a la facultad de disponer*, tomo I) tenemos:

Grupo a):

1. La reversión como derecho propio contractual retroactivo (postura del antiguo Derecho Romano).
2. La reversión como derecho propio real, bien como derecho «conservado» o como derecho «renacido» (PÉREZ ARDÁ).
3. La reversión como condición resolutoria tácita o legal, no retroactiva (SÁNCHEZ ROMÁN, DE DIEGO, VALVERDE...).

Grupo b):

1. La reversión como derecho sucesorio especial o singular (MANRESA, MUCIUS SCAEVOLA, DE BUEN, BONET RAMÓN...).
2. La reversión como sucesión forzosa (GONZÁLEZ PALOMINO).
3. La reversión como reserva especial (GÓMEZ MORÁN, RIAZA MATEO, LÓPEZ GARZÓN).
4. La reversión como sucesión contractual (MEZQUITA DEL CACHO). Es interesante que este autor expone como ventaja de esta construcción la posibilidad de que el ascendiente limite el recobro y la de caber la renuncia anticipada, pero estas posibilidades cabrían también, por aplicación del artículo 4, párrafo 2.º, en cualquiera de las tesis del grupo *a)*.

pretación de la voluntad normal de los donantes, que supone desean donar a los descendientes, pero no es lógico suponer que deseen que los bienes puedan pasar indirectamente a los cuñados de éstos o a los hijos de un posterior matrimonio de sus viudos; como norma de interpretación es perfectamente coherente con otras del propio Código (así, por ejemplo, con el art. 1.289), y esto nos da la motivación de fondo del precepto. ¿Cómo consigue el Derecho positivo garantizar el cumplimiento de aquella finalidad? Mediante el establecimiento de una *condictio iuris*, que transforma en elemento natural del contrato de donación lo que supone que hubiera sido elemento accidental en todos los casos en que el donante hubiera previsto aquellas posibles consecuencias, y este caso de transformación de un elemento accidental en elemento natural no es caso único en el Derecho; así, por ejemplo, la transformación en tales elementos naturales de la evicción y saneamiento (originariamente surgidos como pacto agregado) o la llamada condición resolutoria tácita del artículo 1.124, que, al igual que la reversión del 812, presenta peculiaridades y contenido distinto de la condición resolutoria expresa. Ahora bien, el Derecho (y los codificadores) trataba de evitar la disminución del contenido económico de la donación que hubiera supuesto la presunción sin más de una condición resolutoria (retroactividad), y por ello establece una condición limitada tanto respecto a su contenido objetivo (que los bienes donados o sus subrogados se encuentren en el patrimonio del donatario en el momento de tener lugar la reversión), como respecto a su ejercicio subjetivo (sólo procederá en favor del ascendiente donante). ¿Cómo se determina el hecho de la reversión? Por el fallecimiento sin descendientes del donatario. En este sentido, la adquisición por el ascendiente deriva, en efecto, de la muerte del donatario, *pero no es una adquisición «mortis causa»*; la muerte del donatario juega aquí como supuesto *facti*, no como supuesto *iuris*, al igual que jugaría en la condición resolutoria expresa; a lo sumo, la naturaleza se acercaría a las situaciones que ya el Derecho romano conoció como *mortis causa capio*, pero es algo totalmente desligado de los derechos hereditarios; insistimos, no es una sucesión *mortis causa*.

De toda esta disgresión, lo único que importa es que cualquiera que sea la naturaleza jurídica que se atribuya a la reversión, bien sea una condición resolutoria tácita, legal y limitada, bien una sucesión excepcional o anormal, no hay oposición ninguna entre el artículo 812 y la Compilación, sino todo lo contrario, puede convivir dentro de la misma con esa serie de instituciones similares a la reversión en las que se regula ésta para supuestos distintos y por vías efectivamente diferentes, con ventaja para el ordenamiento jurídico catalán.

Y es que sea cual fuere la teoría que se siga, siempre resultará que

los bienes sujetos a reversión legal no forman parte de la herencia del descendiente donatario o que sólo con esta limitación han entrado en el patrimonio del mismo, y la herencia (y la libertad de testar) no alcanzan sino a éste y a aquello de que el causante puede *libremente* disponer. Por tanto, no se puede decir que el precepto del 812 se oponga al artículo 251 de la Compilación, ni a la normativa de donaciones (salvo a algunas especiales) ni menos al derecho sucesorio catalán. Si es una donación sujeta a condición resolutoria legal y limitada o condición resolutoria tácita y limitada asimismo, estaremos en el capítulo de donaciones, que en la Compilación es bien escueto (sólo los arts. 340 y 341, que, como ya hemos dicho, no se proponen regular todo el derecho de donaciones—repitiendo, por tanto, el Código Civil—, sino sólo determinar las particularidades catalanas), salvo las donaciones por razón de matrimonio o en heredamiento, en que precisamente por su especialidad no cabe partir de ellas para montar una teoría general de rechazo del artículo 812. Si se trata de una sucesión excepcional, no se negará que mal puede oponerse a la Compilación lo que representa una institución fuera del ámbito de la regulación de las sucesiones en la misma; es como si se dijera que las sucesiones excepcionales, como son las resultantes de la legislación de arrendamientos rústicos o urbanos o de la legislación agraria, no son aplicables en Cataluña porque se oponen a la Compilación. Son ámbitos diferentes: la Compilación regula el régimen general de sucesiones aplicable en Cataluña, pero al lado de ella existen una serie de sucesiones denominadas excepcionales, perfectamente aplicables a Cataluña, porque su ámbito, al igual que el del 812, es muy limitado y concreto y totalmente diferente del de la sucesión ordinaria.

Desde cualquiera de las dos perspectivas, donación sujeta a condición resolutoria limitada, tácita y legal, o sucesión impropia y excepcional, el artículo 812 no se opone a la donación ordinaria ni a la sucesión ordinaria, reguladas en Cataluña por la Compilación.

Recordemos la exposición que hace VALLET en su citado *Tratado sobre las legítimas limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer*, que incluye los bienes sujetos a la reversión del 812 entre aquellos que «no integran el caudal hereditario porque tienen un destino predeterminado por el título adquisitivo o por la ley o que se desvinculan del fenómeno sucesorio». Entre estos casos no sólo incluye VALLET el supuesto del artículo 812, sino estos otros: los artículos 1.374 y 1.420 (relativos al lecho cotidiano y ropas y vestidos de uso ordinario del cónyuge); los derechos del arrendatario rústico y los del inquilino en los supuestos en que legalmente se produce la sucesión o subrogación *mortis causa* en favor de la persona que reúna las condiciones legalmente previstas; los bienes sometidos a sustituciones fideicomisarias; los donados

con pacto de reversión en favor de tercero; los sujetos a reservas; el capital de los seguros a favor de tercera persona concertados por el causante sobre su propia vida (art. 428 del Código de Comercio); otros derechos desvinculados de la sucesión, como el derecho a indemnización o pensión como consecuencia de la muerte. Todos ellos desenvuelven su juego normal en Cataluña, salvo las peculiaridades que *expresamente* establece en algún caso la Compilación.

Respecto al 812, después de analizar las teorías sobre su naturaleza en la doctrina, nos dice: «No ofrece duda que con la primera configuración (la de la condición resolutoria tácita, legal, no retroactiva), los bienes sujetos al retorno no integran la herencia del donatario y no se computan para calcular las legítimas; pero incluso los autores que se inclinan por la segunda configuración (sucesión legal, anómala y especial o singular), casi unánimemente opinan—sólo existe la excepción de MANRESA y LÓPEZ GARZÓN (11)—que esa sucesión especial actúa fuera de la herencia del donatario y que, por consiguiente, tales bienes no se computan para calcular la parte forzosa ni la de libre disposición de la misma» (12).

Y, por consiguiente, añadimos ahora nosotros, al estar excluidos de la herencia cabe perfectamente su compatibilidad con todo el Derecho sucesorio que rige en Cataluña, previsto únicamente para los bienes que componen la herencia, y no se opone tampoco al principio de libertad de disposición *mortis causa* proclamado por el II Congreso Jurídico Catalán de 1971, ni a la repulsión que modernos juristas catalanes sienten hacia la legítima (y que algún autor hace notar) y hacia la sucesión troncal del artículo 811, porque a lo que no puede llegar jamás el principio de libertad de testar es a comprender bienes que no son del testador o que ingresaron ya en su patrimonio con una limitación de resolución o reversión, ni el interés por la conservación del patrimonio de las familias obsta de ninguna manera, sino que más bien apoya la aplicación del 812, más aún en Cataluña que en otras regiones. Ni por esta razón es incompatible, como ya hemos dicho antes, con el principio troncal del artículo 251, ni mucho menos con la imposibilidad de sucesión, a la vez testada e intestada, proclamada por el artículo 97 de la

(11) «Comentarios al Código Civil» y «La reversión legal de donaciones», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XII, págs. 899 y ss., respectivamente. Disentimos de la opinión de este último autor, tanto en cuanto a que el valor de los bienes se compute en la herencia para el cálculo de las legítimas, lo que nos parece un contrasentido, como en cuanto a que no puedan ejercitarla los ascendientes naturales donantes.

(12) VALLET DE GOYTISOLO, pág. 410 de la *ob. cit.* en la nota 10.

Compilación (12 bis), pues el artículo 812 no supone un llamamiento abintestato ni tiene nada que ver con la institución de heredero ni, por tanto, «supondría distorsión en el sistema legitimario catalán» (13).

V. ESPECIALIDADES DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 812 DEL CÓDIGO CIVIL EN CATALUÑA

La aplicación, como regla general, del artículo 812 en Cataluña, no excluye, sino más bien todo lo contrario, que existan una serie de supuestos que o bien suponen una excepción a la misma, o bien aquél resulta difícilmente compatible con el régimen específico establecido en la Compilación o, al menos, puede plantear duda de su compatibilidad con la normativa de la misma. No desconocemos en absoluto esta realidad; lo que nos parece excesivo, en términos de pura interpretación jurídica, es deducir de aquellas excepciones o de esta posible colisión de normas (que debe resolverse siempre en favor del Derecho específico) la conclusión de la inaplicación general. El jurista debe investigar el contenido real de tal incompatibilidad tratando de encontrar la congruencia y no al contrario, y tan sólo cuando haya llegado ya a términos irreducibles determinar la preferencia de normas. Esta es la labor del intérprete, y en ella no debe ni partir de posiciones prejuzgadas ni dejarse guiar—al menos, en términos de derecho constituido—por otros condicionamientos que no sean los estrictamente jurídicos.

(12 bis) Recientemente, en pruebas de imprenta este trabajo, se han publicado dos nuevos estudios sobre el tema en la Revista *La Notaría* (tercer trimestre de 1980), cuyo contenido ha sido tenido en cuenta en el presente artículo, pues se trata de un dictamen y de una nota-informe que, al igual que la de FAUS, ya circulaban con anterioridad a su publicación. Se trata de un dictamen de JOSÉ J. PINTÓ RUIZ y de una nota-informe de LUIS ROCA-SASTRE MUNCUNILL. Ambos llegan a la misma conclusión que FAUS ESTEVE sobre la no aplicabilidad del 812 a Cataluña. Sus argumentos se estima han sido ya rebatidos a lo largo de las presentes notas, pues parten sus autores del consabido principio de libertad de testar, de la regla *nemo pro parte testatus...*, de la idea de institución desconocida, de la regulación de la sucesión de impúberes, del examen de supuestos concretos como retrodonaciones y heredamientos, y, en fin, parece como si el supuesto del artículo 812 fuera un caso de sucesión normal y corriente, olvidando que está directamente relacionado con la donación, pudiendo concederse a lo sumo que se trata de una sucesión excepcional que por su propia naturaleza nada tiene que ver con los supuestos de «sucesión *mortis causa*», según se reitera en el texto.

(13) PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, *op. cit.*, tomo III, págs. 472-474. Estos autores señalan: «Es decir, que en todo caso debería admitirse la aplicación en Cataluña del artículo 812 del Código Civil con los mismos condicionamientos en que se ha dado entrada al artículo 811 del propio Código; o sea, en cuanto complementa las normas codificadas en materia de sucesión intestada que también rigen en Cataluña», pero, en nuestra opinión, la entrada del artículo 812 debe ser para complementar las normas generales de la donación por exigirlo así la propia naturaleza del precepto, encuadrado por el Código dentro de la materia sucesoria tan sólo por ser el fallecimiento del donatario el hecho que da lugar a la reversión.

Señalaremos aquellas instituciones que pueden plantear problemas, la dudosa aplicación del 812 a las mismas en Cataluña y las razones de que sea de tal inaplicabilidad o excepción para así demostrar que ello no tiene nada que ver con el régimen general de las donaciones en Cataluña y con la aplicación del artículo 812 a los supuestos normales de donación.

a) *Donaciones por razón de matrimonio*

Estas donaciones constituyen un supuesto muy diferente de las donaciones ordinarias, por lo que desde el punto de vista interpretativo, no es correcto extender a ellas la normativa general.

En las donaciones por razón de matrimonio, la causa no es el puro acto de liberalidad, sino la celebración del matrimonio, y con frecuencia (y más en el Derecho histórico) suelen formar parte de un acto complejo, en el que se contemplan y consideran las aportaciones presentes o futuras del otro futuro cónyuge, como su cualidad de heredero, las donaciones que al mismo se realizan, su patrimonio propio o sus cualidades productivas, lo que las acercaría en cierto modo a las donaciones onerosas. En ellas no son solamente interesados el ascendiente donante y el donatario, sino también el futuro cónyuge (e incluso los parientes de éste) y los futuros hijos. Dice GASSIOT, al comentar el artículo 16 de la Compilación, que «las donaciones hechas en capítulos y aceptadas por los donatarios son irrevocables, por considerar se hacen a título oneroso, para sostener las cargas de la familia y por tratarse de donaciones y prestaciones mutuas enlazadas unas con otras que no se pueden descomponer».

La Compilación, al regular el régimen de estas donaciones, ha recogido los principios que las informaban en el antiguo Derecho catalán, contenido en el Usatge *Auctoritate et rogatu* y en la Constitución *A foragiter fraus*, en dos líneas principales: Primera: limitar la revocabilidad de las mismas, en los términos en que lo hace el artículo 16. Es cierto que este artículo no prohíbe ni la resolución ni la reversión en sí, y cabría sostener que tanto la primera, por pacto expreso, como la segunda, por voluntad presunta de las partes, podrían actuar en estas donaciones. Sin embargo, el carácter de onerosidad de las mismas, que ya hemos apuntado; el hecho de que la doctrina casi unánimemente considera inaplicable la reversión a las donaciones onerosas, y el hecho de existir terceros (distintos del donante y del donatario) afectados, lo que anula el valor interpretativo de la voluntad de las partes, pone de manifiesto que si bien la letra del precepto no se opone a la aplicación del 812, su espíritu, reforzado por el criterio orientador de los artículos 13 y 14,

es claramente incompatible con el mismo y no debe aplicarse. Segunda: mantener la firmeza de las donaciones matrimoniales prohibiendo la invalidación de las mismas por actos posteriores del donante y donatario que puedan entrañar fraude de los demás interesados, como las retro-donaciones, compra por precio no real, reconocimiento de deudas, etc.

Con todo, cabe decir que no está suficientemente claro que el artículo 812 no sea aplicable a estas donaciones en Cataluña, como tampoco lo está el que lo sea en el ámbito del Código Civil, en el que, por otra parte, el artículo 1.333 (13 bis) sigue un criterio no muy diferente. Desde un punto de vista histórico, podría pensarse que precisamente es en este tipo de donaciones donde más interesa la aplicación del 812; en la *ratio* del precepto, por lo menos desde la perspectiva de la Comisión Redactora de 1888, existe precisamente el argumento de tipo familiar para que se dé la reversión del 812 en estas donaciones (recordemos la exposición de ISASA, ya expuesta en el epígrafe II de este trabajo); sin embargo, no compartimos este criterio, pues, a nuestro juicio, prescinde totalmente del cónyuge del donatario, que en las donaciones por razón de matrimonio debe cobrar un papel esencial.

¿Cabría hacer la distinción según el descendiente donatario muerto sin posteridad, dejase o no cónyuge destinatario de los bienes? La contestación es dudosa, pero más bien parece que hay que dar un tratamiento unitario a este tipo de donaciones, y más aún dentro de la Compilación de Cataluña, en que hay argumentos de tipo lógico y sistemático que apoyan en estos casos la no aplicación del 812. En cualquier caso, no pretendemos solucionar aquí este problema, sino sólo dejar constancia de que sea cual fuere la solución que se dé respecto a las donaciones por razón de matrimonio, los argumentos que pudieran utilizarse exigen que se circunscriba la no aplicación del artículo 812 a tales donaciones y no se extienda a todas las demás.

En resumen, caben varias interpretaciones:

- El artículo 812 del Código no se aplica a las donaciones matrimoniales, ni en Cataluña ni en Derecho común.
- El artículo 812 se aplica a tales donaciones en Derecho común, pero no en Cataluña.
- El artículo 812 se aplica a las donaciones por razón de matrimonio también en Cataluña, salvo la dote obligatoria (art. 30), y sin perjuicio de prohibirse actos diferentes,

(13 bis) Hoy artículo 1.343, cuyo nuevo texto quizá pueda considerarse que restringe más la posible aplicación del artículo 812 a estas donaciones, no obstante lo cual coexisten sin oposición, en un mismo texto legal, para distintos supuestos, dichos artículos 1.343 y 812.

presuntamente fraudulentos, que nada tendrían que ver con la reversión legal.

- El artículo 812 se aplica a las donaciones por razón de matrimonio, en Cataluña, sólo cuando el descendiente no deje posteridad ni cónyuge.

b) *Heredamientos*

Algo similar a lo dicho respecto a las donaciones por razón de matrimonio, ocurre en el caso de heredamiento cumulativo o mixto en que se pactan donaciones. Quizá a estas donaciones no se les aplique el derecho de reversión legal del ascendiente del 812, pero en cualquier caso ello sería no porque el artículo 812 no sea aplicable a Cataluña, sino porque este precepto no podría aplicarse a las donaciones realizadas en heredamiento. Pero también cabría mantener la posición contraria, de que precisamente en el heredamiento se observan mayores razones para aplicar el artículo 812, dado que es una institución típicamente familiar, que podría contar con el 812 como uno de los instrumentos más eficaces para el mantenimiento de los bienes en la familia del donante, evitando disgregaciones injustificadas y que pasen a extraños.

Los argumentos que destaca la doctrina no son definitivos, incluso refiriéndonos tan sólo a las donaciones en heredamiento; pero nada tendrían que ver esos argumentos, y lo repetimos una vez más, con las donaciones ordinarias fuera de heredamiento y capitulaciones. Se dice, en primer lugar, que la Compilación establece la posibilidad de la cláusula de reversión pactada en heredamiento, y se quiere terminar el argumento indicando que ello significa que si no se pacta la reversión, ésta no tendrá lugar. En tal sentido hemos visto antes lo que decía BORRELL Y SOLER acerca de la necesidad de pacto expreso. PUIG FERRIOL, al comentar el artículo 85, dice lo siguiente: «Con ello quiere indicarse que en los heredamientos cumulativo y mixto no debe entenderse ni presumirse el pacto reversional, por más que ahora aparezca regulado en la Compilación, sino que, como sucedía en el Derecho anterior, tal reversión sólo opera en el caso de pactarse expresamente, conforme resulta del propio artículo 83-1, que habla de 'cumplirse el evento *previsto*', y del artículo 84-1, cuando dice que 'la reversión *podrá pactarse*'. Esto tiene interés por cuanto pudiera ser un buen argumento en pro de la no vigencia en Cataluña del artículo 812 del Código Civil, que establece por ministerio de la ley una reversión a favor del causante para un supuesto análogo al que motivó la introducción del pacto reversional en los heredamientos catalanes, con base a que en el Derecho sucesorio

catalán la reversión sólo se da cuando voluntariamente se pacta». Sin embargo, es sintomático que, en nota a pie de página, el propio autor añada: «Con todo, la cuestión debería examinarse con más detalle» (14). Naturalmente, esto no constituye un argumento en sí mismo; lo único que resulta del mismo totalmente claro es que la reversión no cabe en el heredamiento si no se ha pactado expresamente, por prohibirlo la Compilación, y bastante claro resulta también que si en este supuesto la Compilación lo ha prohibido expresamente es porque en los demás «cabe».

En el Código Civil existe el artículo 641, que prevé la reversión pactada, y no por eso se va a decir que la reversión legal no cabe cuando precisamente conviven en el Código el artículo 641 y el 812. Y es que el 812 tiene un ámbito de aplicación muy concreto, marcado fundamentalmente por el fallecimiento del donatario «sin posteridad», y un contenido objetivo limitado a que los bienes donados, o los que en su lugar se hayan subrogado, existan en el patrimonio del donatario al tiempo de producirse la reversión, que podría perfectamente complementar el supuesto de reversión pactada y que no puede considerarse excluido por el hecho de regular sólo esta última.

Pero se podría decir (aunque no se dice), y esto ya es mucho más serio, que el artículo 80 de la Compilación, en su último párrafo, establece lo siguiente: «El heredero, aunque premuera al heredante o incurra en causa de indignidad, transmitirá a sus sucesores los bienes adquiridos de presente por el heredamiento cumulativo y mixto, salvo pacto reversional». ¿Es que esto significa la exclusión de la reversión legal? No conocemos ningún autor que utilice este argumento, quizá porque entienda la doctrina, con razón, que el propósito del precepto no es excluir la reversión legal, sino destacar que en el heredamiento cumulativo o mixto, el heredero, aunque premuera o sea indigno de suceder al heredante, transmite a sus sucesores los bienes adquiridos de presente. Es cierto que la excepción entonces es una especie de *obiter dictum*, que no quiere significar de ninguna manera que se excluya la reversión legal, pues mal puede referirse a ésta en un supuesto que no tiende directamente a regularla. Pero no cabe duda de que podría ser un argumento importante a tener en cuenta en contra de la aplicación del artículo 812 en materia de heredamientos que lleven aneja la donación.

No obstante, la razón de excluir el artículo 812 de los heredamientos de este tipo (en el heredamiento simple es fácil observar cierto parale-

(14) PUIG FERRIOL en el tomo XXVII, vol. 2.º, de los *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, pág. 254.

lismo entre el art. 79 de la Compilación con el 812) podría ser esa misma que hemos indicado con relación a las donaciones por razón de matrimonio: el carácter familiar de la institución y la existencia de otros interesados que los meros donante y donatario; aun así, preferimos dejar la cuestión en un interrogante, pues, como se sabe por el desarrollo del presente estudio, lo que nos preocupa es dejar bien claro que, sin perjuicio de algunas especialidades que pueden existir, tanto en las donaciones por razón de matrimonio como en las derivadas de heredamiento, cuya especialidad en este aspecto no es totalmente segura, cabe aplicar, en general, el artículo 812 a Cataluña, y en el fondo, ello no es tan malo como se ha querido decir, sino al contrario, complementa armónicamente y con ventaja para la equidad y para la permanencia del patrimonio de las familias, las disposiciones concretas de la Compilación.

Del fundamento del artículo 812 se ha ocupado sobradamente la doctrina, y nosotros, en este trabajo, hemos recogido lo necesario. Baste insistir, para terminar, que el precepto presenta claras ventajas: aparte de solucionar de modo justo el conflicto que pudiera surgir entre ascendientes donantes y parientes extraños a los mismos, que nada tienen que ver con los bienes donados, tiene el interés práctico de evitar condiciones resolutorias que serían frecuentes sin él y menos convenientes para el donatario. Obsérvese, en fin, que no es tan inadecuado como algunos autores han pretendido, que la ley presuma la existencia de este pacto reversional en casos como el del 812, pues en el momento de hacer la donación no es fácil imaginar que al donante se le va a ocurrir el pacto, cuando lo normal es pensar que el hijo o descendiente fallecerá después que él.

Sea de ello lo que fuere, y sin perjuicio de una futura reforma dentro de la legislación vigente, dado el sistema actual de fuentes de Derecho vigentes en Cataluña, resulta más que aventurado sostener que el artículo 812 no rige en Cataluña. Los argumentos expuestos de contrario por los autores no nos han convencido, y mientras esto no ocurra debemos mantener nuestra opinión. Esta es, en resumen, la siguiente:

- No existe obstáculo legal alguno para la aplicación del artículo 812 del Código Civil a Cataluña, sino todo lo contrario, hay importantes argumentos en favor de esa aplicación.
- No obstante, tratándose de donaciones por razón de matrimonio y de las otorgadas en heredamientos cumulativos o mixtos, es muy dudosa la aplicación del artículo 812 a Cataluña.
- En cualquier caso, la existencia de esos dos supuestos especiales no constituye ningún argumento para descartar la aplicación del precepto en los supuestos normales de donación.

- Todo lo anterior lo hemos referido a la legislación vigente. *De iure condendo* debe meditar-se con profundidad y rigor la cuestión. La reciente convocatoria del III Congreso Jurídico Catalán podría ser la ocasión de decidir sobre la misma una vez examinadas las posibles soluciones.

PABLO VIDAL FRANCÉS y JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA

Registradores de la Propiedad de Barcelona

Reflexiones sobre la admisibilidad de nombramientos de Administradores de una Sociedad Anónima por tiempo indefinido *

I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este breve trabajo no es realizar un estudio exhaustivo sobre la problemática de la duración del cargo de administrador en las Sociedades Anónimas, sino tan sólo efectuar unas reflexiones sobre el tema, teniendo como hilo conductor la ya famosa Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1978.

Y ello porque hasta tal fecha la Jurisprudencia no se había pronunciado de forma tan clara y radical sobre el tema objeto de presente trabajo; es cierto que la Dirección General de los Registros y del Notariado en algunas ocasiones tuvo ocasión de pronunciarse sobre el tema (Resoluciones de 8 de junio de 1972 y 30 de mayo de 1974, entre otras), pero la doctrina no fue unánime a la hora de interpretar el contenido emanado de tales resoluciones.

Si del campo de la Jurisprudencia pasamos al de la doctrina, el panorama se nos ofrece todavía menos claro, pues sabido es—por lo que no insistimos—que los autores se sitúan en dos campos opuestos: el de los que admiten duración indefinida en el cargo de administrador y el de los que lo rechazan, y aun dentro de esta segunda línea cabe distinguir

(*) Estando redactado y entregado el presente trabajo, la Dirección General de los Registros se ha pronunciado sobre la materia en Resoluciones de 9, 11 y 13 de junio de 1980. Un comentario de las mismas puede verse en mi trabajo publicado en el *Anuario de Derecho Civil*, tomo 34, fascículo 1, de 1981, pág. 149.

entre aquellos que limitan la duración del cargo, siempre y en todo caso, a cinco años, y la de quienes admiten plazo superior a cinco años tratándose de administradores no nombrados en el acto constitutivo.

Pues bien, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1978 (1) de forma contundente establece la inadmisibilidad del cargo de administrador con duración indefinida, y ello en base a una serie de razones en las que nos vamos a basar para desarrollar este trabajo, sin perjuicio de acudir a otras fundamentaciones.

II. INADMISIBILIDAD DE ADMINISTRADORES NOMBRADOS POR PLAZO INDEFINIDO EN LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

Para un mejor desarrollo del tema podemos esquematizar las razones del Tribunal Supremo, para desembocar en la solución conocida, en los siguientes apartados:

- A. La confianza de la Sociedad en el órgano de administración.
- B. El artículo 73, 2, de la Ley de Sociedades Anónimas.
- C. El sistema de renovación parcial del Consejo.
- D. El sistema de representación proporcional del Consejo.
- E. El artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas.
- F. Y el fraude de ley.

Pasemos al estudio de cada uno de tales apartados.

A. *La pretendida confianza de la Sociedad en su órgano de administración*

El planteamiento del Tribunal Supremo es sencillo; en efecto, si los administradores deben contar en todo momento con la confianza de la Sociedad, ello no se lograría: «si la limitación en el tiempo se concretase tan sólo a los primeramente designados y no a los posteriores, dado que al ser éstos continuadores de aquéllos, no hay razón alguna para diferenciarlos».

A nuestro juicio, la premisa mayor de este planteamiento es incuestionable: en efecto, nadie discute que el órgano de administración de una Sociedad Anónima es un órgano de confianza de la Sociedad, pero lo que no acabamos de ver claro es que de tal hecho se concluya como

(1) En torno a la cual los ánimos de los que defienden la limitación del plazo se han desatado de forma tal, y ya se ha anunciado en letra impresa, que como nos tememos los Registros se van a inundar de notas denegatorias de inscripción, olvidando tal vez que una sola sentencia no colma lo dispuesto en el artículo 1, 6, del Código Civil.

se acaba de exponer, y ello porque el Tribunal Supremo parece basarse en el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, que limita a cinco años el plazo de los administradores designados en el acto constitutivo, para deducir el principio de la confianza de la Sociedad en su administrador; y esto no nos parece del todo exacto, puesto que no es en tal precepto, sino en el artículo 75 de la ley—que proclama el principio de la libre revocación *ad nutum* de los administradores por la Junta General—, donde, en todo caso, debe verse una manifestación del mencionado principio de confianza, y esto parece olvidarlo el Tribunal Supremo.

B. *El artículo 73, 2, de la Ley de Sociedades Anónimas*

El segundo motivo en que descansa la fundamentación del Tribunal Supremo se encuentra en el artículo 73, 2, de la ley, a cuyo tenor: «si durante el plazo para el que fueron nombrados los administradores se produjeren vacantes, el Consejo podrá designar entre los accionistas las personas que hayan de ocuparlas hasta que se reúna la primera Junta General». Y si ello es así, se nos dirá que tal precepto revela la idea del legislador de señalar un período de tiempo determinado para el ejercicio de las funciones de los administradores.

Pues bien, tratar de deducir de la frase: «si durante el plazo para el que fueron nombrados los administradores», un criterio general, no nos parece afortunado, y ello en base a:

1. El artículo 73, 2, de la ley se refiere al sistema de cooptación del Consejo de Administración y no al tema que nos ocupa.
2. En todo caso, el precepto se refiere al supuesto de que exista Consejo de Administración y no a los demás casos de administración.
3. Y porque la expresión «si durante el plazo» cobra sentido si la conectamos con el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas en su primera proposición, y con la posibilidad de que los Estatutos limiten el plazo.

C. *El sistema de renovación parcial del Consejo*

Es ya tradicional en la doctrina basar la imposibilidad de administradores con plazo indefinido en el sistema de renovación parcial del Consejo, plasmado en el artículo 73, 1, de la Ley de Sociedades Anónimas, que establece: «Cuando la administración de la Sociedad se confíe conjuntamente a varias personas, éstas constituirán el Consejo de Administración. La renovación del mismo sólo podrá hacerse parcialmente».

En efecto, se dice que si la ley exige la renovación parcial del Con-

sejo, ello implica que el plazo de los administradores debe ser siempre limitado, pues de lo contrario no cabría hablar de renovación. Empero, para nosotros, pretender deducir del principio de renovación del Consejo la imposibilidad de nombramientos de administradores por plazo indefinido es equivocado o, por lo menos, poco convincente, y ello porque es dudosa la idea de que la renovación parcial del Consejo es siempre obligatoria (2), lo cual no se deduce del artículo 73, que tan sólo nos dice que la renovación del Consejo será parcial, por lo que, *prima facie*, se podría entender que lo que es obligatorio es el carácter parcial de la renovación, mas no el hecho mismo de la renovación. Ahora bien, se podría afirmar el carácter obligatorio de la renovación parcial si entendemos que su *ratio* es evitar la paralización de la Sociedad, que podría producirse si todos los administradores cesasen a la vez. Empero, esta idea debe ser sopesada en sus justos límites.

En efecto, por una parte, no hay que olvidar que la renovación parcial del Consejo sólo funciona cuando hay Consejo de Administración y no en los casos de administración pluripersonal, y por otra parte, porque por mucha renovación parcial que se establezca, ello no empece la posible aplicación del artículo 75 de la ley, que puede afectar a todo el Consejo (3).

Todo esto pone de relieve, a nuestro juicio, que hay una serie de casos en los que es posible que el administrador o administradores de una Sociedad Anónima cesen a la vez, no implicando ello, o no debiendo implicar, que la Sociedad quede paralizada, bien por aplicación de las normas sobre nombramiento de nuevos administradores, bien por aplicación de la doctrina emanada de la Dirección General de los Registros y del Notariado en sede de administradores con plazo caducado (4) o bien confiando a la Junta General la administración interina de la Sociedad.

D. *El principio de representación proporcional del Consejo*

Otro de los argumentos en los que se basa el Tribunal Supremo, y que es también tradicional en la doctrina, se encuentra en la represen-

(2) CÁMARA entiende que la renovación parcial del Consejo es sólo obligatoria cuando la duración del cargo de administrador está limitada por la ley o por los Estatutos. *Estudios de Derecho Mercantil*, V, L, pág. 590. En contra, EMILIANO CANO, para quien la renovación parcial es siempre obligada. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 531, 1979, pág. 412.

(3) Con esta afirmación no confundimos el principio de renovación del Consejo con el de separación, sino que constatamos una realidad; *vide* GARRIGUES y URÍA: *Comentarios a la L. S. A.*, tomo 2, pág. 113, y Resolución de 11 de febrero de 1970.

(4) Resoluciones de 24 y 30 de mayo de 1974.

tación proporcional de los miembros del Consejo de Administración, sancionado en el artículo 71 de la Ley de Sociedades Anónimas.

Esto es, se dice que si el cargo de administrador pudiera tener carácter indefinido quedaría vacío de contenido el derecho que el artículo 71 concede a las minorías, pues todo dependería de que la mayoría ejercitase o no el derecho que les concede el artículo 75 de la ley.

El argumento, correcto en su forma, merece ser matizado y conectado con esa pretendida protección que la ley dispensa a las minorías, es decir, lo que hay que preguntarse es si esa aludida protección a los derechos de las minorías tiene un carácter absoluto o no, y, a nuestro juicio, la respuesta debe ser negativa por una serie de razones.

En primer lugar, porque el sistema de representación proporcional sólo funciona cuando hay Consejo, pero no en los demás supuestos de administración (5); por ello, si el legislador hubiese querido que tal derecho fuese de carácter absoluto, lo hubiese establecido para cualquier supuesto de administración pluripersonal, pues entendemos que tan digna de protección jurídica es la minoría con Consejo que sin Consejo.

En segundo lugar, porque la Junta General puede limitar tal derecho en virtud de la facultad que la ley le concede de concretar el número de administradores, aparte de que, *prima facie*, cabe sostener que cualquiera que sea el régimen de administración establecido en los Estatutos, la Junta puede modificarlo. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1969, ante un acuerdo de la Junta sustituyendo el Consejo de Administración por administrador único, declaró que: «la Junta goza de facultades ilimitadas para modificar los Estatutos».

Ahora bien, esto no obstante, conviene no olvidar que el Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de abril de 1960, declaró nulo un acuerdo de modificación de Estatutos por el que se rebajó el número de administradores a dos, por entender que «ello perjudica a los futuros accionistas al vetarles el acceso a la administración».

Pese a ello, esta afirmación del Supremo nos da pie para, en tercer lugar, preguntarnos por la naturaleza jurídica del derecho que emana del artículo 71. Pues bien, para nosotros, y siguiendo a CÁMARA, estamos ante un derecho irrevocable y no ante un derecho irrenunciable (6), y ello no tanto por la razón apuntada por CÁMARA de que en tanto quepa pactar una administración no colegiada el derecho de la minoría es re-

(5) Sin perjuicio de que un sector minoritario de la doctrina, como GIRÓN TENA, lo admita en cualquier caso de administración pluripersonal.

(6) Entendiendo por derecho irrenunciable el que no puede ser excluido ni aun con el consentimiento de su titular, y por derecho irrevocable el que la Junta no puede eliminar sin el consentimiento de su titular.

nunciable, sino porque tal derecho no se concede en interés de la Sociedad ni forma parte de la estructura institucional de la misma.

Por ello, no estamos de acuerdo con la opinión de quienes entienden que no es posible la renuncia de tal derecho, «pues el mismo nace en cada Junta en que se ha de proceder a efectuar los nombramientos, puesto que las minorías titulares de tal derecho se determinan en el momento de la Junta, no pudiendo las existentes en un momento dado renunciar para el futuro en nombre de otras no existentes» (7). Y no estamos de acuerdo con esta idea no sólo por lo que se acaba de exponer, sino, además, porque, en primer lugar, como señala CÁMARA, la norma del artículo 71 se dirige no a los futuros accionistas, sino a los presentes, que son los únicos que gozan de un interés protegido por la norma; en segundo lugar, porque tan sólo en un sentido muy amplio se puede decir que los futuros accionistas «renuncian preventivamente», puesto que el titular de la renuncia debe ser un socio, y un futuro accionista no es más que eso y nada más, por lo que no puede renunciar ni preventiva, ni abdicativa, ni reconoccitivamente quien no es titular de nada, y, finalmente, porque no hay que olvidar la eficacia *erga omnes* de los Estatutos sociales, a más que la composición y competencia de la Junta se determina por los socios existentes en un momento determinado y no por los invisibles y futuros accionistas.

Ya, por último, uno de los ejemplos claros donde puede apreciarse lo débil del derecho de las minorías se encuentra en el artículo 75 de la ley, que, como sabemos, proclama que los administradores pueden ser separados en todo momento por la Junta; y si ello es así, si la mayoría puede separar en todo momento a los administradores nombrados por la minoría, ¿dónde queda el pretendido derecho? Es cierto que GARRIGUES entiende que para armonizar el artículo 71 con el 75 de la ley debe entenderse que el administrador designado por la minoría sólo puede ser separado por la Junta si concurre justa causa, en cuyo caso correspondería al mismo grupo de acciones que hubiese nombrado al administrador separado designar al nuevo (8). Sin embargo, y a pesar de la bondad de esta postura, no hay que olvidar que la doctrina mayoritaria y el Tribunal Supremo entienden que «la facultad de separación es omnimoda, ilimitada, de orden público y con rango superior a los

(7) EMILIANO CANO: *Op. cit.*, pág. 403.

(8) A nuestro juicio, y sin entrar en el estudio del artículo 75, esta solución es justa, empero, para no violentar de entrada tal precepto que no condiciona en absoluto el derecho de separación a ningún requisito se podría entender que tan sólo ante una conducta de la Junta reiterativa en tal sentido, con desprecio evidente del derecho de las minorías, lo que podría implicar un supuesto de abuso de derecho, cabría aplicar la tesis señalada en el texto en virtud del artículo 7, 2, *in fine*, del Código Civil.

Estatutos» (Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1957, 20 de noviembre de 1967 y 22 de diciembre de 1970).

Todas estas consideraciones evidencian, a nuestro juicio, que con carácter absoluto no es defendible basar la inadmisibilidad de los plazos indefinidos en el respeto a los derechos de las minorías, pues para nosotros, más que de derechos estamos en presencia de lo que con amplitud podemos denominar pseudoderechos o derechos disminuidos (9).

E. El artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas

La Ley de Sociedades Anónimas, en su artículo 72, 1, proclama que: «los administradores designados en el acto constitutivo no podrán ejercer su cargo por un plazo mayor de cinco años, y podrán, sin embargo, ser indefinidamente reelegidos».

Pues bien, alrededor de este precepto los dimes y diretes de la doctrina se acentúan. Ante todo, digamos que renunciamos a exponer toda la doctrina emanada sobre tal precepto, por lo que nos limitaremos a señalar aquellos puntos que, a nuestro juicio, deben destacarse; por ello no vamos a entrar en la polémica de si el adverbio indefinidamente se refiere al tiempo o debe conectarse con la palabra reelegido (10).

Dicho esto, observemos que el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas señala que los administradores designados en el acto constitutivo no pueden ejercer su cargo por plazo superior a cinco años (11). Por tanto, el supuesto de hecho contemplado por la norma se ciñe al administrador designado en el acto constitutivo, y a tal supuesto se le aplica una consecuencia jurídica: la duración no puede ser superior a cinco años, y además nos dice que tales administradores—sólo los designados en el acto constitutivo—podrán ser reelegidos indefinidamente.

Si ello es así e interpretando la norma *a sensu contrario* cabe decir—y así se afirma—que los administradores no designados en el acto constitutivo no están sujetos al plazo de cinco años. ¿Es correcta esta interpretación?

(9) Podríamos traer a colación otros ejemplos que avalasen esta postura, y así la Dirección General ha entendido no sólo que la Junta puede separar a los administradores sin que el asunto esté incluido en el orden del día, sino que la misma Junta puede proceder al nombramiento de nuevos administradores (Resolución de 13 de marzo de 1974). Y si ello es así, ¿dónde queda el respeto debido a los derechos de las minorías?, y ¿dónde queda el sacrosanto derecho de información de los accionistas considerado como un derecho irrenunciable?

(10) Polémica que, a nuestro juicio, siendo interesante no es primordial, pues no resuelve el tema central del problema.

(11) Sobre lo que deba entenderse por acto constitutivo nos remitimos al trabajo de EMILIANO CANO ya citado y también Sentencia de 22 de octubre de 1974.

EMILIANO CANO (12) entiende que no en base a que si nos acogemos a una interpretación *a sensu contrario*, «los no nombrados en el acto constitutivo podrán actuar por más de cinco años y, sin embargo, no podrán ser reelegidos, ya que la reelección sólo se predica de los nombrados en el acto constitutivo». Modestamente discrepamos de la opinión de nuestro mencionado compañero, y ello porque el artículo 72, como ya hemos indicado, sólo se refiere a los administradores designados en el acto constitutivo y sólo conecta la reelección con tales administradores, aparte de que lo que se está interpretando *a sensu contrario* es la primera proposición del artículo 72 y no la segunda, con lo que se involucran ambas proposiciones, que son distintas en su ámbito de aplicación.

Por ello tampoco entendemos cuando se nos dice—para atacar la interpretación *a sensu contrario*—que si el artículo 73 establece que la renovación del Consejo sólo podrá hacerse parcialmente, ello implica que *a sensu contrario* no cabe la renovación total, y ello—se seguirá diciendo—es absurdo, puesto que la Junta es libre para proceder a la renovación de todos los miembros del Consejo, como lo reconoce el artículo 75 de la ley. Y no vemos clara esta postura porque una cosa es el principio de renovación parcial del Consejo y otra muy distinta el principio de libre separación de los administradores establecido en el artículo 75 de la ley (13).

Ahora bien, con todo esto no afirmamos que la interpretación *a sensu contrario* del artículo 72 permita sin más afirmar la admisibilidad de los nombramientos por plazo indefinido, pero sí que tal método es un primer apoyo en defensa de tal posibilidad, el cual debe conjugarse con otros, ¿y cuáles pueden ser estos apoyos?

Además de los puntos ya tratados, entendemos que debe analizarse la *ratio* del artículo 72, y para ello nos limitaremos a transcribir las palabras de la Dirección General en Resolución de 8 de junio de 1972, según las cuales: «la intención del legislador fue la de evitar el enquistamiento y vinculación de esos primeros administradores que nombrados por los socios fundadores pueden suponer una actuación permanente, en detrimento y perjuicio de los futuros socios que representen minorías en la sociedad. Ello se evita limitando el período de su posible actuación, a cuyo fin responde el artículo 72, pues transcurrido el período legal, las minorías podrán ejercitar las facultades de representación proporcional».

Y si tal es la *ratio* del precepto, entendemos que la misma, por las

(12) *Op. cit.*, págs. 416 y ss.

(13) *Vide* nota 3.

razones expuestas, no es aplicable a los administradores posteriormente designados; y por ello también el legislador quiso constatar de forma expresa que no obstante tales razones, los administradores designados en el acto constitutivo podrían—al igual que cualquier otro administrador—ser reelegidos, dando a entender que la reelección es principio general.

Ahora bien, frente a esto se nos podría decir que muy bien, la ley en su artículo 72 sólo ha contemplado a los administradores designados en el acto constitutivo, luego a los posteriores hay un silencio de ley que debe colmarse acudiendo a la analogía o a la interpretación extensiva (14). El argumento, a primera vista, es brillante, pero a nuestro juicio, no es definitivo, puesto que, con arreglo al artículo 3, 1, del Código Civil, tenemos previstos elementos de interpretación de las normas jurídicas. En efecto, el precepto mencionado nos dice que: «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que hayan de aplicarse, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

Pues bien, si ello es así, entendemos que:

- a) El artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas, interpretado según el sentido propio de sus palabras, sólo se refiere a los administradores designados en el acto constitutivo.
- b) Si nos acogemos al espíritu y finalidad de la norma, y como ya vimos al exponer la *ratio* del precepto, la misma no es aplicable a los administradores no designados en el acto constitutivo.
- c) Y si nos acogemos a la realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada, debemos concluir que la realidad social pone de manifiesto la admisibilidad de los nombramientos por plazo indefinido.

Pero aparte de todo esto, creemos que aún hay más, puesto que, por un lado, si nos acogemos a lo señalado en el Código de Comercio y en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada—que admite el plazo indefinido—, aplicando la analogía establecida en el artículo 4 del Có-

(14) Preferimos hablar de interpretación extensiva y no de analogía, puesto que entendemos que operamos por vía de interpretación extensiva cuando la norma es mantenida dentro de su marco institucional, pero incluimos en el concreto supuesto de hecho normativo más casos de aquellos que su literalidad encierra, y, por contra, actuamos por vía de analogía cuando trasladamos la norma de un marco institucional a otro.

digo de Comercio, habría que entender aplicable tal criterio tratándose de administradores de una Sociedad Anónima, y por otro, y realizando una interpretación basada en la jurisprudencia de intereses, no hay que olvidar que decir que los administradores de una Sociedad Anónima no pueden ejercer su cargo por plazo indefinido plantearía en la realidad del tráfico mercantil una problemática de muy difícil solución, cual sería la de los administradores de hecho o tácitos, en cuya temática no podemos entrar.

Todo esto pone de relieve, a nuestro juicio, que el artículo 72 debe circunscribirse a su específico supuesto de hecho, existiendo razones—que se acaban de exponer—para no aplicar el plazo de cinco años a los administradores posteriormente designados.

F. *El fraude de ley*

Finalmente, y para completar este breve trabajo, vamos a hacer referencia a la idea del fraude de ley como razón decisiva para no admitir los nombramientos de administradores por plazo indefinido o superiores a cinco años.

En efecto, en el último considerando de la Sentencia de 10 de junio de 1978, como *ratio decidendi*, se nos dice que: «cualquier acuerdo de la Junta que desconozca los derechos de las minorías—plasmados en el sistema de representación proporcional y en el de renovación parcial—implicaría por parte de los mayoritarios un *CONSILIUM FRAUDIS*, amparado en una norma de cobertura ex artículo 84 de la ley, con el fin de burlar tales derechos. Por ello, el acuerdo de la Junta modificando estatutos en el sentido de que los administradores sean por plazo indefinido, contraviene el artículo 72 y le hace nulo, conforme se previene en el artículo 6, 3 y 4, del Código Civil, por haberse adoptado en fraude de ley».

Conviene que nos dediquemos a indagar la bondad de esta idea. El artículo 6, 4, del Código Civil nos dice que: «los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiese tratado de eludir».

Como es lógico, no es momento de realizar un estudio en profundidad sobre el instituto del fraude, pero sí que es necesario señalar algunos puntos que nos puedan ser de ayuda para el objeto de nuestro estudio. En primer lugar, no hay duda de que el Tribunal Supremo se acoge a la teoría internacionalista del fraude de ley, que presupone, como es sabido, una norma de cobertura y una norma defraudada.

En efecto, en opinión del Tribunal Supremo, la norma de cobertura sería el artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas, y la defraudada, los artículos 71 y 73 de la misma ley; procedamos a su examen.

En cuanto a la norma de cobertura, nos encontramos con el artículo 84, el cual establece el procedimiento para modificar los estatutos; por ello el precepto carece de sustantividad al ser una norma procedimental. Si esto es así, nos preguntamos si una norma de tal calibre puede concebirse como norma de cobertura o si, por el contrario, se exige una norma sustantiva. Y ello porque si el artículo 84—norma de procedimiento—fuese norma de cobertura, esto implicaría una especie de cajón de sastre en donde cualquier acuerdo tomado por la Junta, al amparo del artículo 84, podría considerarse realizado al amparo de una norma de cobertura.

Por lo que respecta a la norma defraudada es, según el Tribunal Supremo, los artículos 71 y 73 de la ley. Dicha norma se corresponde con el artículo 6, 4, *in fine*, del Código Civil, cuando señala: «y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiese tratado de eludir».

Pues bien, la doctrina al preguntarse por la naturaleza jurídica de la norma defraudada, con unanimidad responde que debe tratarse de una norma imperativa o prohibitiva (15); y si ello es así debemos preguntarnos si los artículos 71 y 73 son normas imperativas. Y para nosotros, después de todo lo dicho, por lo que evitamos repeticiones innecesarias, la respuesta debe ser negativa, ya que—y en resumen—tales normas no se aplican en todos los supuestos, son renunciables y no conceden una protección absoluta a los derechos de las minorías.

Pero aquí no termina el tema: en efecto, como hemos visto, el Tribunal Supremo dice que todo acuerdo que desconozca tales derechos implica *un consilium fraudis* por parte de la mayoría; como vemos, el Tribunal Supremo alega la idea del *consilium* y lo deja caer así como así, por las buenas y sin probar nada, y estimamos que el tema no puede improvisarse.

En efecto, se ha discutido mucho si para que haya fraude basta sólo el resultado o si se requiere además una intención de defraudar llamada *animus nocendi* o *scientia fraudis*. Sin entrar en la polémica (16), lo que sí interesa decir es que la jurisprudencia se mueve en una línea subje-

(15) RODRÍGUEZ ADRADOS, de acuerdo con su tesis pluralista del fraude, entiende que ello es así salvo cuando se trate de fraude a la ley de cobertura, en cuyo caso basta una norma permisiva. *El fraude de ley. Ensayo de una dirección pluralista. Título preliminar del Código Civil*, volumen primero, págs. 277 y ss.

(16) Puede consultarse GITRAMA: «La corrección del automatismo jurídico mediante las condenas del fraude y del abuso de derecho». Curso monográfico sobre el nuevo título preliminar del Código Civil. Valencia, 1975.

tivista, tanto en cuanto al defraudador como al resultado, línea que parece confirmar la sentencia de 10 de junio de 1978. Si esto es así, entendemos que no basta lanzar que el acuerdo de la mayoría implica un *consilium fraudis*, sino que hay que razonar que el mismo existe, y si ello no es así, pues basta con decir que para que haya fraude no se requiere una intención, sino que basta el resultado.

De todo esto se desprende, a nuestro juicio, que la idea de fraude de ley como motivo de inadmisibilidad de los administradores por plazo indefinido no es absolutamente convincente, pues la aplicación del instituto exige actuar con cautela para evitar desnaturalizar a la figura jurídica en cuestión.

Establecido esto, se nos podría decir que tal acuerdo no sólo es nulo por aplicación del artículo 6.4 del Código Civil, sino también por aplicación del 6.3 del mismo cuerpo legal, a cuyo tenor: los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho». Frente a esta idea cabe oponer varias razones.

En primer lugar, es cierto que la susodicha sentencia en su último considerando hace una alusión de pasada al artículo 6.3 del Código Civil, alusión que, para nosotros, no significa nada sustancial, pues si se lee la sentencia, la misma gira en torno a la idea del fraude.

Pero aunque esto sea así, y puede ser discutible, debemos enfrentarnos con el argumento. Pues bien, si se alega el artículo 6.3 del Código Civil, ello implica que el acuerdo debe ser nulo por ir en contra de una norma imperativa, que en nuestro caso sería el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas. Por lo cual, debemos preguntarnos si tal precepto es norma imperativa, y la respuesta, después de todo lo que hemos señalado, no nos ofrece dudas: el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas no es un precepto de carácter imperativo si el mismo se aplica a la inadmisibilidad de los nombramientos por plazo indefinido. Ciertamente que el precepto debe considerarse imperativo respecto a la imposibilidad de que los administradores nombrados en el acto constitutivo tengan una duración superior a cinco años, pero no respecto al supuesto que estamos estudiando.

III. CONCLUSIÓN

Hemos ido viendo a lo largo de este trabajo las razones fundamentales en las que se basa el Tribunal Supremo y parte de la doctrina para negar la posibilidad de nombramientos ulteriores de administradores por plazo indefinido o superior a cinco años.

Del estudio de tales razones se pone en evidencia que las mismas no son incontrovertibles y que, por tanto, admiten argumentos en contra.

Esta situación, que nosotros llamaríamos de conflicto entre una verdad y otra, hace necesario que para resolver el tema se acuda no sólo a una exégesis de los preceptos—que hemos intentado realizar—, sino a una interpretación que tenga en cuenta la realidad del tráfico jurídico mercantil; y para nosotros la posibilidad de nombrar administradores por plazo indefinido se evidencia no sólo por las razones aducidas a lo largo del presente trabajo, sino también porque la movilidad del tráfico mercantil impone esta solución como la más adecuada a la realidad social del tiempo en que vivimos y a la realidad del derecho vivo de sociedades, además de imponerse por razones de tipo práctico para evitar la grave problemática de los administradores con plazo caducado.

V. JOSÉ CASTILLO TAMARIT
Notario

El sistema hipotecario inglés: rasgos esenciales

SUMARIO: I. *Preliminar.*—II. *Derecho de cosas y Derecho inmobiliario: nociones básicas.*—III. *Derecho inmobiliario inglés: pasado y presente:* 1. El Derecho común y la Equidad: nociones generales.—2. El sistema inmobiliario del Derecho común.—3. Modificación del sistema inmobiliario de Derecho común por la Equidad.—4. Contratación y Registro.—IV. *El sistema hipotecario inglés:* 1. Conceptos básicos.—2. Evolución histórica de la hipoteca inmobiliaria.—3. Clases de hipoteca.—4. Derechos del deudor hipotecario.—5. Derechos del acreedor hipotecario: 5.1. Generalidades.—5.2. Realización de la garantía.—5.3. Efectividad del crédito sin realización de la garantía.—5.4. Facultades complementarias.—6. Prelación de hipotecas.—7. Las Asociaciones de Ahorro y Préstamos para la Vivienda (Building Societies).—V. *Rasgos esenciales del sistema inmobiliario e hipotecario inglés.*

I. PRELIMINAR

El Derecho inmobiliario inglés, y en particular su sistema hipotecario, es un tema tan extenso y complejo, tan plagado de dificultades, que resulta indócil a cualquier intento poco sólido de exponer y analizar sus instituciones.

Ensayando su sistematización, las dificultades que su estudio conlleva podrían, por su origen, agruparse en:

- Nacidas del contexto bibliográfico.
- Basadas en los textos estudiados.
- Derivadas del lenguaje.

El panorama bibliográfico español, en cuanto a estudios sobre Derecho anglosajón e inglés, es bastante pobre. Excepción hecha de algunas obras meritísimas, de enfoque general, debidas a la pluma del ilustre tratadista PUIG BRUTAU, puede hablarse de ausencia casi total de estudios referidos a instituciones concretas. Esta circunstancia no es del

todo negativa; en ella va implícito el siempre poderoso acicate que la novedad supone para toda empresa investigadora, estímulo que se contrarresta con la falta de puntos de referencia sobre el acierto o desacierto de la propia labor. Desprovisto de apoyo bibliográfico hispánico y sin otro amparo que el de los textos elaborados en lengua inglesa, la actuación investigadora del jurista español tiene mucho de aventura y no poco de desventura, puesto que carece de la posibilidad de contrastar sus juicios con los de otros juristas de su misma mentalidad y formación.

Las dificultades nacidas del texto estriban en que aun siendo propósito central de nuestra exposición el análisis y comentarios del sistema hipotecario inglés, estaríamos ante una tarea casi irrealizable si, con carácter previo y complementario, no diéramos a conocer algunos conceptos básicos sobre el Derecho inmobiliario inglés considerado en su conjunto, sin los cuales no es posible comprender un sistema hipotecario muy diferente del nuestro, enormemente complejo, técnicamente dispar y con continuas referencias al sistema inmobiliario general, del que permanentemente se nutre.

Finalmente, terminando de ensombrecer el panorama, hay que dejar constancia de la gran dificultad que ha supuesto la elección del léxico con el que nombrar a cada uno de los miembros de la numerosa familia inmobiliaria inglesa. La adopción, sin más, de la nomenclatura de las instituciones españolas equivalentes hubiera supuesto una doble traición, ya que ambos sistemas inmobiliarios son escasamente afines, debido a su pertenencia a familias jurídicas cuyas relaciones de parentesco son muy remotas, y por ello sus instituciones resultan difícilmente intercambiables. Otra alternativa que se nos ofrecía era el uso continuo de las voces inglesas, con lo que nuestra exposición estaría plagada de palabras ajenas a nuestro idioma, lo que, en suma, constituye un recurso expositivo del que, por su ambivalencia, no se puede abusar sin menoscabo de la siempre necesaria claridad expositiva. Descartada asimismo, por razones obvias, la traducción literal de los términos con que los juristas ingleses designan sus instituciones inmobiliarias, no quedaba más alternativa que correr la aventura del neologismo, es decir, buscar traducciones libres cuyo significado se ajustara lo más posible a la naturaleza y contenido de la institución designada. Este fue, en definitiva, el camino elegido con el paliativo de citar, a continuación del neologismo adoptado, el nombre inglés correspondiente.

II. DERECHO DE COSAS Y DERECHO INMOBILIARIO: NOCIONES BASICAS

Propiedad real y propiedad personal (*real property or land and personal property or chattels*) son conceptos que de un modo bastante aproximado se corresponden con los nuestros de cosas o bienes muebles y cosas o bienes inmuebles.

Inicialmente, el criterio en que se apoyaba la distinción entre propiedad personal y real estaba íntimamente ligado al sistema de acciones judiciales habilitadas para su defensa. Solamente los titulares del *freehold estate*, o pertenencia plena absoluta en posesión, forma dominical inmobiliario por antonomasia, que eran desposeídos de su derecho, gozaban de una acción real que les permitía la recuperación de lo perdido. Los demás, incluidos inicialmente los dueños del *leasehold* o forma dominical menos plena, sólo podían aspirar a una reparación económica compensatoria del quebranto patrimonial sufrido, que era personalmente exigible al autor del desaguisado. En suma, los bienes o propiedades se catalogaban al amparo de un criterio judicial meramente pragmático que conducía al absurdo de que la segunda, en importancia, de las formas dominicales inmobiliarias (*leasehold*) resultara incluida entre las formas de propiedad personal. En la actualidad, la propiedad real (cuyo equivalente son los bienes inmuebles del Derecho español) constituye el objeto de intereses jurídicamente protegibles de naturaleza mucho más compleja y de contenido más limitado que la personal, mientras que ésta es susceptible de plena titularidad y está sujeta a un régimen jurídico menos sofisticado. Son propiedad personal los bienes muebles aptos para la posesión tangible y los incorpóreos o no susceptibles de posesión (efectos de comercio—letras de cambio, cheques y pagarés—patentes, modelos, dibujos, propiedad intelectual, marcas de fábrica y nombres comerciales).

Basándose en la distinción entre propiedad personal y propiedad real, el Derecho inglés, con las normas aplicables a esta última, constituyó una rama jurídica independiente dentro del ámbito del Derecho privado. No obstante la asimilación producida entre los respectivos regímenes jurídicos de ambas clases de propiedades, lo que en buena parte priva de su razón de ser a tal especialización, dándole una apariencia arcaizante, lo cierto es que la independencia doctrinal del Derecho inmobiliario inglés (*Law of Real Property*) se mantiene. Quizá estemos tan sólo ante una manifestación más del admirable tributo de respeto por la tradición y del sorprendente desdén hacia cualquier planteamiento teórico riguroso, que son propios de la mentalidad jurídica inglesa.

El Derecho inmobiliario, que fue definido por Oliver CROMWELL como un «diabólico laberinto», es, sin duda, la parte del Derecho inglés de acceso más difícil para el jurista del continente y, probablemente, también para el indígena. Al faltar en Derecho inglés la idea de sucesión universal, también ha faltado la base conceptual precisa para distinguir entre Derechos reales y Derecho sucesorio de la manera radical con que lo hacemos nosotros sobre la base del Derecho romano. La mezcla institucional y doctrinal de lo sucesorio—siempre compleja de por sí—y lo inmobiliario constituye explicación bastante del porqué de la dificultad comentada.

Las causas complementarias de esta notable complejidad, y consiguiente dificultad, han de buscarse en la gran influencia que en su formación tuvo la concepción feudal inmobiliaria, en la dualidad de sistemas—Derecho común y Equidad—con frecuencia antagónicos, reguladores de las relaciones jurídico-inmobiliarias, y en la escasa eficacia clarificadora y sistematizadora de los intentos legislativos habidos hasta finales del siglo xix.

La relativa modernización del Derecho inmobiliario inglés vigente es sumamente tardía. Sólo merced al impulso renovador nacido de la Primera Guerra Mundial fue capaz el Parlamento de abordar la empresa legislativa de actualizar el sistema inmobiliario nacional.

Por ello, sin un conocimiento suficiente de la historia jurídica de Inglaterra, e incluso de su historia general, es imposible conocer suficientemente su Derecho inmobiliario. A éste o se le comprende en su génesis histórica o ha de renunciarse a comprenderlo.

III. EL DERECHO INMOBILIARIO INGLÉS: PASADO Y PRESENTE

1. EL DERECHO COMÚN Y LA EQUIDAD: NOCIONES GENERALES

Atendiendo a un criterio a la vez histórico y sistemático, el Derecho inmobiliario inglés se descompone en tres ramas: el sistema del Derecho común, el sistema de Equidad y el sistema legislativo surgido, principalmente, en los dos últimos siglos. Tanto la Equidad como el sistema legislativo significaron esfuerzos de adaptación a las nuevas realidades sociales y económicas surgidos con posterioridad a la aparición del Derecho común.

El *Common Law* o Derecho común es un ordenamiento jurídico constituido por costumbres forales, es decir, de ámbito local, a las que la acción integradora de la jurisdicción real, de origen medieval, dio ex-

presión y valor común. Su construcción fue obra de los Tribunales del Rey, a través de sus sentencias, por lo que también se les llamó Tribunales de Derecho común, como referencia al resultado de su actividad creadora; está recogido en repertorios de casos fallados en aplicación de su contenido normativo.

La dinastía normanda, a partir de Guillermo el Conquistador, que la instauró en el año 1066, orientó sus esfuerzos hacia la creación de una jurisdicción propia con la misión de dotar al país de un ordenamiento jurídico común. Sin prescindir de las jurisdicciones existentes (local, señorial, eclesiástica y mercantil), pero mermando progresivamente sus competencias, los Tribunales del Rey, a través de un curioso sistema itinerante de impartir justicia, fueron conociendo las muy diversas y heterogéneas costumbres jurídicas locales, esparcidas por todos los rincones del territorio nacional, refundiendo los mejores, con la ayuda de su razón, en un cuerpo de normas comunes y dando vida a un Derecho indígena del que se ha dicho que es el único gran sistema jurídico de esta índole que el mundo moderno ha producido.

Sin merma de su carácter de cuerpo central del Ordenamiento jurídico inglés, el Derecho común sirvió de soporte a la implantación de un nuevo sistema de normas, la Equidad (*Equity*), cuya génesis fue, a un tiempo, respuesta política y jurídica a las insuficiencias advertidas en aquél ya desde el siglo XIII, y a su incapacidad para superarlas con sus propios medios. La inflexibilidad procesal, seguida de rigidez material, predominantes en la consolidación del Derecho común (el rigor en la elección del mandamiento—*writ*—u orden dirigida por el Rey al demandado, y su proliferación en cuanto punto obligado de arranque para el funcionamiento de la jurisdicción real) provocaron una situación de desamparo que alcanzaba a un buen número de justiciables a los que no quedó otro recurso que acudir al Rey como potestad soberana encargada de administrar justicia. De su intervención, ayudado por el *Concilium Regis* o *Curia Regis*, es decir, el Consejo Real, y de la pronta delegación de facultades en uno de sus miembros, el Canciller, nació el Tribunal de la Cancillería. En el ámbito de la Equidad, al igual que en el del Derecho común, fue antes la jurisdicción que el Derecho sustantivo. Esta jurisdicción concurrente vino a ser la gran fuerza creadora de la Equidad entendida sustantivamente, es decir, en cuanto Apéndice del Derecho común, cuya triple función fue llenar las lagunas de éste, corregir los abusos que se producían en su aplicación y, en ocasiones, rivalizar con él. En suma, la *Equity* inglesa representó la brecha por donde lentamente penetró un nuevo Derecho que rectificó el que se suponía definitivo e inalterable, sirviendo de cauce a la tendencia histórica de la renovación jurídica constante. Trátase, en realidad, de una manifes-

tación, singularmente rigurosa, del permanente estado constituyente en que siempre se halla todo auténtico sistema jurídico (PUIG BRUTAU, *La Jurisprudencia como fuente del Derecho*, págs. 94 y 101; Barcelona, 1951).

Sin más bagaje que el de su personal criterio de lo equitativo, lanzáronse los Cancilleres a la tarea de hacer cumplir las obligaciones de conciencia que eran irrelevantes para el Derecho común. Siguiendo la fórmula, a menudo citada, de SELDEN, la Equidad variaba según el tamaño del pie del Canciller. No obstante, dada su condición de clérigos, es seguro que en el desempeño de su función judicial no todo fue puro arbitrio personal, debiendo jugar papel importante su formación de canonistas romanizados. Por este camino, la Equidad realizó de una manera concreta y práctica, en relación con el Derecho común, la supremacía que el Derecho natural ha tratado siempre de ejercer de una manera abstracta sobre el Derecho positivo.

El cuerpo de doctrina jurídica que los Cancilleres crearon con sus sentencias quedó modelado en principios jurídicos (máximas de Equidad) y dio vida a instituciones nuevas, singularmente de naturaleza inmobiliaria, a cuyo funcionamiento de conjunto se aplicó la regla del precedente, tomada del Derecho común, por lo que, a pesar del clima de rivalidades y conflictos, a menudo imperante entre ambos sistemas, en ningún momento llegaron a ser Ordenamientos paralelos, sino complementarios, primero mediante la cristalización de la Equidad en un Apéndice del Derecho común, y por último a través de su refundición en un solo sistema jurídico. La fusión de ambos sistemas jurisdiccionales fue obra de la Ley de Judicatura de 1873, que concedió competencia a todos los Tribunales del país para juzgar en Derecho común y en Equidad, sin perjuicio de ciertas especialidades. De este modo, se cierra el ciclo de la conversión de un sistema de justicia natural en otro de Derecho positivo. La Equidad acaba por cristalizar en un sistema jurídico tan rígido como el *Common Law* (PUIG BRUTAU, *La Jurisprudencia...*, pág. 121).

2. EL SISTEMA INMOBILIARIO DEL DERECHO COMÚN

El sistema inmobiliario del Derecho común ofrece una imagen cuya doble dimensión—vertical y horizontal—constituye la fiel representación plástica de un concepto que, al menos en el plano teórico, ha prolongado su validez hasta nuestros días. Muy difícil se hace el manejo de las piezas del rompecabezas inmobiliario inglés si no se distingue claramente entre tenencias (*tenures*) y pertenencias (*estates*). Aquéllas,

que son el componente vertical de la imagen antes aludida, sirven para designar, genéricamente, las muy heterogéneas relaciones inmobiliarias de carácter predominantemente bilateral y jerárquico, y de contenido más político-social que económico, que se establecieron a partir de la conquista normanda, entre los señores feudales y sus vasallos.

El feudalismo, que fue llevado a Inglaterra por los normandos, arraigó profundamente como sistema de organización político-social del país, pero no sin sufrir la influencia de las peculiaridades del medio al que hubo de amoldarse. Esta adaptación abrió paso a una modalidad o variedad inglesa de feudalismo en la que cabe destacar, como singularidades más notables, estas dos:

1.^a Atribución al Soberano, en exclusiva, del dominio pleno y absoluto sobre todos los inmuebles del Reino. Cualquier propiedad inmobiliaria era detentada, directa o indirectamente, en virtud de concesión real. Es ésta una característica del Derecho inmobiliario inglés que ha resistido el paso del tiempo sin notables alteraciones: la Corona, en cuanto encarnación suprema del Estado, es, aún en nuestros días, la titular exclusiva del único dominio inmobiliario al que conceptualmente no se le reconocen límites.

2.^a Aplicación universal del sistema de tenencias feudales que no quedó circunscrito, como en el continente, a quienes detentaban la tierra a cambio de servicios militares, sino que se extendió también a todo detentador cualquiera que fuera la naturaleza de los servicios que había de prestar a cambio de la cesión del uso de la tierra. Dos consecuencias se derivaron de la adopción generalizada del sistema de tenencias: una extraordinaria proliferación de sus clases de acuerdo con la suma diversidad de servicios que podían integrar su contenido, y la intensa propagación de la práctica, abusiva y viciosa, de la subenfudación, peligrosísimo foco de parasitismo social, a la que con extraordinario tino puso fin, en 1290, el Estatuto *Quia Emptores*.

Entre las múltiples modalidades de tenencias destaca, por su importancia socioeconómica, arraigo y supervivencia, la cesión feudal (*socage*). Se distinguía ésta por su carácter esencialmente no militar y su condición de forma residual de tenencia en la que los servicios, potencialmente heterogéneos, a que se obligaba el vasallo eran absolutamente ciertos y fijos, adoptando, a medida que la institución evolucionó, la forma de prestaciones en metálico. Las Leyes del Derecho de Propiedad de 1925 dejaron subsistente únicamente esta modalidad de tenencia, decretando la abolición de las restantes. Pero como las rentas habían quedado bloqueadas, a pesar de la gradual devaluación de los valores monetarios, perdió completamente su significado económico, hasta el punto de no

valer la pena su cobranza. Por esta razón, y a pesar de su subsistencia formal, es prácticamente imposible probar su existencia en nuestros días, ya que el pago de la renta dejó de hacerse desde tiempo inmemorial. Su subsistencia, en base a lo dispuesto en las leyes modernas que acabamos de citar, es, por ello, puramente nominal.

La representación gráfica de las relaciones jurídicas inmobiliarias del Derecho común, consideradas en su conjunto, quedaría incompleta sin el estudio de su componente horizontal: las pertenencias (*estates*). Son estas relaciones jurídicas existentes entre quienes, en cosa propia, ejercen potestad directa sobre la tierra, y los restantes miembros de la comunidad social; su contenido es predominantemente económico y en ellas sobresalen las notas de multilateralidad e igualdad. Tenencias y pertenencias son los dos hemisferios con cuyo acoplamiento simultáneo quedaba completo el sistema de relaciones jurídicas inmobiliarias del Derecho común.

Las pertenencias pueden ser definidas como un derecho de posesión, disfrute y disposición inmobiliario sujeto a las limitaciones de tiempo y contenido que hubieren sido establecidas en su constitución. El concepto de pertenencia se articula en una doble vertiente temporal: presente y futura. Junto a aquellos tipos de pertenencias que llevan implícita la posesión actual del inmueble, se sitúan otros de posesión igualmente cierta pero futura.

La piedra angular, el indispensable cimiento de esta construcción jurídica, es el concepto de posesión inglesa de inmuebles (*seisin*). Con un enfoque empapado de pragmatismo, habitual en los planteamientos del *Common Law*, parten los juristas ingleses del criterio de que cualquier título sobre bienes inmuebles está basado en la posesión, en el sentido de que el título de quien posee prevalece contra quienes no pueden demostrar un mejor derecho a esa posesión. Esta viene a ser la expresión fáctica del título, el legítimo goce del predio en base a un título válido. Título y posesión devienen, así, prácticamente inescindibles; la expresión de esta unidad es la «posesión feudal de inmuebles», en cuya concepción es esencial que algunas de sus formas puedan ser mejores que otras, estén dotadas de mayor virtualidad jurídica que las demás por razón del título de que emanan. Ciertamente, el concepto de posesión producido por el Derecho español guarda muy lejano parentesco con la típica posesión inglesa de inmuebles. Al primer golpe de vista advertimos la existencia de un elemento que está ausente en la concepción inglesa: la posesión como derecho. Efectivamente, nuestro Código Civil, dentro de la posesión en concepto de dueño, reconocida en su artículo 432, da acogida no sólo a la posesión del dueño (*iūs possidendi*), sino también, y principalmente, al propio derecho real de

posesión (*ius possessionis*), inexistente en Derecho inglés. Sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio (art. 447 del Código Civil), a través de la usucapión, institución que es su efecto y a la que, lógicamente, tampoco da acogida el Derecho inglés, precisamente porque desconoce su causa. Sin embargo, efectos paralelos, ya en el Derecho actual, se consiguen añadiendo un requisito a la prescripción extintiva de derechos (*the limitation*): el plazo no empieza a contarse a menos que haya alguna persona que, en perjuicio del titular del derecho del dueño que pierde la posesión, ostente posesión adversa. Hay extinción del derecho del dueño que pierde la posesión, conversión de la cosa en *res nullius* y adquisición de la misma por el usurpador, en virtud de ocupación.

Sentadas estas ideas básicas sobre las nociones de pertenencia y de posesión inmobiliaria, hemos de tener presente los dos criterios seguidos por el *Common Law* para clasificar las varias modalidades de pertenencias: duración y transmisibilidad por herencia. En base a ellos se distingue entre pertenencias plenas y de duración indeterminada (*estates of freehold*) y pertenencias menos plenas y de duración determinada o determinable (*estates less than freehold*). Estas últimas constituyen clase única, mientras que las primeras se subdividen en transmisibles por herencia (*freeholds of inheritance*) e intransmisibles por herencia (*freehold not of inheritance*). Aquéllas pueden ser limitadamente heredables (*estate in fee simple*) y limitadamente heredables (*estate in fee tail*), mientras que las intransmisibles pueden quedar limitadas a la vida del titular (*estate for life*) o la de otra persona (*estate «pur autre vie»*).

Esta enumeración de conceptos, en la que se hace gala de un léxico abstruso como soporte de unas ideas que, a pesar de estar construidas con elementos conocidos, son insólitas y desusadas para nuestra mentalidad jurídica, constituye, sin embargo, un entramado básico, uno de los puntos de partida del Derecho inmobiliario inglés.

A través de un largo proceso evolutivo, que se agilizó merced al moderno movimiento reformista del sistema inmobiliario, materializado en un importante abanico de leyes promulgadas entre 1922 y 1925, el sistema de pertenencias quedó, en el ámbito del Derecho común, muy clarificado.

La Ley del Derecho de Propiedad de 1925 redujo las modalidades posibles de pertenencias legales exclusivamente a dos: la pertenencia plena y absoluta en posesión (*the estate in fee simple absolute in possession*) y la pertenencia menos plena, absoluta y de duración determinada (*term of years absolute*), es decir, los antiguos *freeholds* en su modalidad principal, y *leaseholds*. Todas las demás pertenencias pueden

subsistir únicamente en el ámbito de la Equidad, pero no en el del Derecho común.

La pertenencia plena absoluta en posesión es una institución jurídica cuya precisa definición no preocupa a los juristas ingleses, que, a diferencia de sus colegas continentales, que tanto gustan de estos sutiles ejercicios del intelecto, tienen por costumbre abstenerse de ellos.

El largo rótulo que le sirve de denominación es, a la par, extracto de su dilatado proceso histórico de formación y compendio de las notas esenciales de su concepto. En él están presentes las voces *fee* y *simple*, la primera de las cuales, en los remotos orígenes del Derecho común, significó feudo, siendo ahora equivalente a predio o heredad, cuya plena transmisibilidad «mortis causa», sin acepción de herederos, se patetiza y refuerza a través del segundo de los términos citados.

Históricamente, eran tan holgadas las posibilidades ofrecidas a la voluntad de los particulares para moldear las pertenencias conforme a sus aspiraciones personales y familiares, que actualmente, para evitar su desnaturalización como arquetipo de derecho subjetivo inmobiliario, se ha estimado preciso redondear el concepto de pertenencia plena con la nota de «absoluta» que relega al ámbito de la Equidad todo lo que pueda modificar su plenitud en forma de término o condición. El «status» posesorio completa la noción de pertenencia plena, y aunque esta vez el léxico no sea muy fiel a la historia—ya que el término exótico de *possession* ha desplazado al indígena de *seisin*—, el espíritu se conserva, ya que sin la adecuada referencia a su prolongación o expresión fáctica, el prototipo de los derechos reales inmobiliarios ofrecería, para los juristas ingleses, la imagen de un concepto inacabado.

La otra modalidad dominical inmobiliaria—dicho sea esto con las reservas que enseguida puntualizaremos—es la pertenencia menos plena o arrendamiento real (*leasehold or term of years absolute*).

Si aceptamos que la locución española equivalente a *lease hold interest* es arrendamiento real—lo que debe hacerse con extraordinaria prudencia para evitar cualquier precipitada equiparación institucional—, estamos prejuzgando, en cierto modo, su carácter de derecho real en cosa ajena, ya que la idea arrendaticia presupone, necesariamente, la existencia de una cosa perteneciente a otro, de la que disfruta quien no es su dueño.

Pero si preferimos rebautizar esta importantísima institución jurídico-real inglesa con el sobrenombre de dominio temporalmente limitado o contrato real temporal absoluto, está claro que optamos por configurarla como un derecho real en cosa propia, no obstante la limitación temporal que pende sobre ella, referida, a veces, a períodos de tiempo extraordinariamente amplios.

Sostener a ultranza cualquiera de estas dos posiciones doctrinales se nos antoja un bizantinismo, actitud intelectual de la que es muy difícil hallar muestras en los textos jurídicos ingleses. Por nuestra parte, entendemos que es preferible su conceptualización como derecho real en cosa ajena, ya que cualquiera que sea su duración, incluso multisecular, la facultad remanente de recuperar la integridad del poder jurídico en que consiste la pertenencia plena—soporte de la menos plena o arrendamiento real—, permanece en manos del arrendador o de sus herederos. Lo que pasa es que, dada la gran diversidad de arrendamientos posibles en función de su duración (desde el de duración semanal al de los noventa y nueve e incluso novecientos noventa y nueve años), la virtud recuperatoria del derecho remanente del arrendador conoce grados de solidez muy diversos que van, en los arrendamientos de muy larga duración, desde un estado letárgico, económicamente irrelevante, a otros de potencialidad jurídica y valor económico casi pleno, propios de los arrendamientos de corta duración y no renovables.

Dos son los elementos cuya concurrencia es obligatoria para que exista una relación arrendaticia real, sea principal o derivada (subarrendamiento). La exclusividad posesoria del arrendatario sobre el inmueble arrendado—con plena exclusión de terceros y en particular del arrendador—y su circunscripción a un período cierto de duración.

Hemos dejado dicho que una relación arrendaticia real tanto puede ser principal como derivada (subarrendamiento). Sin perder su carácter de principal, cabe la posibilidad de que el derecho del arrendatario real sea originario, o como consecuencia de un traspaso, subrogado. Existe traspaso cuando el cesionario recibe un derecho de idéntica duración al del arrendatario-cedente y la totalidad de las facultades integrantes de ese derecho. Por ello, cuando el arrendatario, aun realizando lo que él considere un traspaso de su derecho, se reserva la facultad remanente de recuperarlo de alguna manera o en alguna circunstancia, no hay tal traspaso sino subarriendo. El principio es igualmente válido a la inversa: aunque una cesión tenga la apariencia de un simple subarriendo, si el transmitente no retiene facultad alguna de las que integran el derecho transmitido y éste se cede en la plenitud de su duración temporal, estamos ante un supuesto típico de traspaso y no ante un subarriendo.

3. MODIFICACIÓN DEL SISTEMA INMOBILIARIO DEL DERECHO COMÚN POR LA EQUIDAD

Ya hemos aludido anteriormente al singular peso específico de las instituciones y normas equitativas en materia inmobiliaria.

Las peculiares estructuras inmobiliarias del Derecho común generaban muy graves inconvenientes prácticos: obligada publicidad y solemnidad de la contratación inmobiliaria, para evitar cualquier laguna en la certeza de la posesión; constitución de derechos estrictamente limitada al cuadro de pertenencias reconocidas, lo que equivalía a imponer de «facto» un estricto sistema de «*numerus clausus*»; e indisponibilidad testamentaria de las pertenencias plenas.

Con miras a soslayar este cúmulo de consecuencias adversas, comenzó a ser práctica común una modalidad contractual que pronto se denominaría cesión fiduciaria de inmuebles (*use of lands*). Era, en esencia, una transmisión de la titularidad de la tierra que formalmente en nada se apartaba de los contratos de Derecho común, pero que, merced a un elemento de fiducia que las partes le superponían, alterando su finalidad, provocaba una adquisición a nombre del cesionario, pero en beneficio del transmitente y de sus herederos. Es decir, externa y formalmente el dominio pasaba a manos del adquirente.

En el ámbito del Derecho común la transmisión era irreversible, por lo que si el adquirente era infiel al compromiso contraído, apropiándose las rentas y frutos del inmueble e incumpliendo las directrices del cedente, en cuanto a la retransmisión de la pertenencia a determinada persona, se carecía de protección jurídica frente al desafuero. Esta laguna jurídica fue llenada por el Canciller, que, sin interferir la jurisdicción de los Tribunales de Derecho común y evitando, por consiguiente, toda acción relativa a la titularidad de los inmuebles cedidos, concedía acción personal, en base a su propia jurisdicción de Equidad, contra el cesionario infiel al compromiso moral contraído con el cedente. El remedio consistía en coaccionar al cesionario, incluso bajo amenaza de encarcelamiento, para que reanudase el cumplimiento del contrato fiduciario o retrocediese las fincas objeto de cesión.

Creóse, de este modo, un sistema de pertenencias que funcionaron paralelamente a las ya existentes. A éstas se las denominó legales (*legal estates*), y a las nuevas, por razón de la Jurisdicción que las amparaba, equitativas (*equitable estates*).

Los intereses a los que, genéricamente, daba satisfacción el sistema de pertenencias equitativas pueden sintetizarse de este modo: disponibilidad testamentaria de los derechos sobre la tierra; agilización de la contratación inmobiliaria; expansión de la vinculación familiar de la propiedad; protección contra la confiscación real, como sanción por delitos políticos, y la reversión señorial, en caso de que el titular de la pertenencia falleciese sin herederos; y neutralización de las cargas feudales exigibles al fallecimiento del vasallo a través de la titularidad en

mano común y el mecanismo, propio del Derecho inglés, de acrecimiento de cuotas en caso de fallecimiento del titular.

Consagrada definitivamente la existencia de las pertenencias equitativas, a pesar de ciertas vicisitudes históricas de signo adverso (Estatuto de la Cesión Fiduciaria, dictado en 1535 por Enrique VIII), trance del que la cesión fiduciaria resurgió pujante y modernizada en forma de fideicomiso «inter vivos», planteóse la necesidad de distinguir ambas clases de pertenencias (legales y equitativas; estas últimas adoptaban, históricamente, las mismas formas que las legales, antes enumeradas) según su respectiva eficacia jurídica, especialmente en el supuesto de concurrencia simultánea de dos de ellas, de distinta naturaleza, sobre un mismo inmueble. Consideración hecha de sus respectivos orígenes, las pertenencias legales fueron configuradas como derecho «in rem», y las equitativas como derecho «in personam», es decir, las primeras estaban dotadas de eficacia universal, mientras que las segundas atribuían facultades de las que únicamente podía hacerse uso contra un número limitado de personas.

De este modo, el centro de gravedad del problema se trasladó a la necesidad de concretar el círculo de personas que gozaban de inmunidad frente a las pertenencias equitativas. A través de un dilatado y laborioso proceso histórico, el círculo fue progresivamente estrechándose, lo que entrañó el gradual fortalecimiento de las pertenencias equitativas, hasta quedar exclusivamente habitado por el adquirente de buena fe y a título oneroso de la pertenencia legal gravada con la equitativa. La transmisión de la pertenencia legal llevada a efecto en estas condiciones producía efectos irreparables para la pertenencia equitativa sobre el mismo inmueble. No había buena fe cuando el comprador o adquirente de la pertenencia legal tenía, antes de llevar a efecto su adquisición, conocimiento expreso o subjetivo (*actual notice*) de la existencia de la pertenencia equitativa, normalmente un fideicomiso. Pero también podía verse privado del beneficio de la buena fe cuando, debido a su comportamiento precontractual, era acreedor a la aplicación de la teoría del conocimiento supuesto u objetivo (*constructive notice*). Esto ocurría, principalmente, cuando el adquirente omitía la investigación del título de propiedad del transmitente, que éste había de ponerle de manifiesto a través de lo que se ha llamado historia o sumario del título (*abstract of title*), que es un resumen de los contratos y hechos (nacimiento, muertes, matrimonios) relativo al inmueble y correspondientes a un período de tiempo determinado, examen que había de completar con el de los documentos que la respaldaban y con la inspección personal del inmueble.

El sistema de pertenencias equitativas, que en sus orígenes fue ins-

trumentado a través de la cesión fiduciaria y del fideicomiso «inter vivos», plasmó, en posterior devenir histórico, en un importantísimo fenómeno social, económico e histórico: la propiedad vinculada.

Durante la dilatada etapa de la historia europea en la que la propiedad de la tierra constituía la única fuente de riqueza estable, floreció, entre los grandes propietarios territoriales que formaban la clase social dominante, el decidido propósito de consolidar el futuro de su linaje vinculado al círculo familiar, por períodos de tiempo tan largos como fuera posible, el control del patrimonio inmobiliario e impidiendo que pudiera pasar a manos ajenas.

El sistema inmobiliario inglés, que primero había elaborado la doctrina de las pertenencias, flexibilizando, más tarde, su funcionamiento a través de la Equidad, resultaba especialmente apto para dar amplia satisfacción a las aspiraciones vinculadoras en las que la sociedad inglesa puso singular énfasis. La pertenencia plena y de duración indeterminada se reveló como el instrumento especialmente idóneo para dar cauce a los propósitos vinculadores. Efectivamente, al ser desmontable en derechos de duración limitada que cabía asignar, sucesivamente, a varias personas, con el resultado de que mientras no se extinguieran todos los derechos limitados no volvía a haber dueño pleno con facultad de disponer, el objetivo perseguido con la vinculación familiar de la propiedad territorial era fácilmente alcanzable.

La modalidad más genuina de vinculación familiar nacida del Derecho inglés es la vinculación estricta (*strict settlement*). En su virtud, el constituyente, generalmente por vía de herencia, donación o capitulaciones matrimoniales, transmite a su descendencia, habida o por haber, pertenencias vitalicias o limitadamente heredables, excepto al heredero que instituye en último lugar, en cuyas manos, en tiempo oportuno, han de reunirse nuevamente la totalidad de las facultades dominicales inmobiliarias, es decir, la pertenencia plena de duración indeterminada.

Sin perjuicio de sus ventajas en cuanto medio de protección de una determinada forma de organización social, las vinculaciones familiares reportaban serios inconvenientes: inalienabilidad de la propiedad, progresivo empobrecimiento de los patrimonios y reforzamiento de la complejidad de la contratación inmobiliaria.

Una modalidad alternativa de vinculación familiar es el fideicomiso para venta (*trust for sale*). Aunque por su finalidad guarda similitud con la vinculación estricta, su diferente instrumentación jurídica y su mayor agilidad de funcionamiento, que obvia los inconvenientes antes enumerados, hacen de ella una modalidad vinculatoria muy distinta, de uso cada vez más frecuente, llegando, en la actualidad, a desplazar casi por completo a la vinculación estricta. Se constituye mediante la trans-

misión de la pertenencia plena y de duración indeterminada a unos terceros, llamados fiduciarios, sujeta a fideicomiso y con orden de vender el derecho en su plenitud, pero con la obligación de conservar y distribuir, en su momento, el capital resultante de la venta, así como las rentas y beneficios obtenidos del inmueble.

La reforma del Derecho inmobiliario inglés llevada a cabo en 1925, recogiendo una tradición sólidamente implantada, mantuvo dos únicos cauces jurídicos para dar vida al propósito vinculador: la vinculación estricta y el fideicomiso para venta. De ellos surgen derechos presentes y futuros que son, principalmente, derechos reales limitadamente hereditables, derechos vitalicios (limitados a la vida del titular del derecho o a la de otra persona) y la pertenencia, plena o menos plena, cuya revitalización ha de cerrar, necesariamente, el paréntesis que se abre con la creación del vínculo inmobiliario.

La intención clarificadora de la reforma de 1925 en esta materia quedó evidenciada en dos principios básicos que se tradujeron en Derecho positivo:

1.º Confinamiento de todo el sistema vinculatorio y de las pertenencias que es posible crear a través de él al ámbito de la Equidad y de la especial eficacia jurídica de sus derechos inmobiliarios. Las pertenencias o derechos reales limitadamente hereditables y los vitalicios ya no son posibles como pertenencias legales, es decir, situadas en el ámbito del Derecho común.

2.º Afianzamiento de los mecanismos jurídicos conciliatorios del propósito vinculador y de la necesidad de evitar la inalienabilidad y empobrecimiento de los patrimonios.

4. CONTRATACIÓN Y REGISTRO

La dualidad de sistemas inmobiliarios (Derecho común y Equidad), tan peculiar del Ordenamiento jurídico inglés, y la multiplicidad de formas dominicales (pertenencias) que en uno y otro sistema eran posibles hicieron, desde fecha ya temprana, que la contratación relativa a los derechos reales inmobiliarios constituyera una parte esencial del Derecho inmobiliario globalmente considerado.

En efecto, el Derecho inmobiliario no se circunscribe exclusivamente al estudio de los derechos que recaen sobre el suelo y demás inmuebles; abarca también el «arte» de crear y transmitir derechos sobre los mismos (*conveyancing*). En suma, la transmisión de inmuebles y sus prolegómenos que revestían y aún siguen revistiendo gran complejidad.

Por ello, muy pocos sistemas inmobiliarios habrán sentido de forma

más apremiante que el inglés la necesidad de instrumentar la publicidad registral, como medio de hacer más ágiles y menos arriesgadas las relaciones entre adquirentes y transmitentes de derechos inmobiliarios. Esta fue la idea-fuerza que impulsó el movimiento de reforma legislativa iniciado en 1922 y cuya finalidad última es la implantación, en todo el país, de un sistema de contratación inmobiliaria de constancia registral obligatoria. De todos modos, la contratación inmobiliaria ha sido, y todavía es, no obstante su reciente simplificación (que arrastró como ineludible la del Derecho sustantivo), el aspecto más deleznable del sistema inmobiliario inglés.

La contratación inmobiliaria tiene, en Derecho inglés, dos etapas netamente diferenciadas de cuyo recorrido, en la práctica, no es frecuente prescindir. Son éstas el precontrato (*contract*) y el contrato, cada uno de los cuales está sujeto a un régimen jurídico bien diferenciado. Este barroquismo de los dispositivos contractuales imperantes en el ordenamiento jurídico-inmobiliario inglés no tiene nada de caprichoso ni de convencional, aunque a primera vista pudiera parecer otra cosa. Constituye, por el contrario, y como ya sabemos, la expresión de una necesidad fuertemente sentida para dotar al tráfico inmobiliario del máximo posible de seguridad jurídica, que no sería dable alcanzar sin que se estudiaran previamente y a fondo los antecedentes de la transacción jurídica proyectada.

Aunque el precontrato existe, cualquiera que sea su forma, incluida la puramente verbal, no hay base para exigir judicialmente su cumplimiento si su existencia no puede ser probada en alguna de las formas reconocidas por el artículo 40 de la Ley del Derecho de Propiedad de 1925: constancia escrita o actos idóneos y suficientes de cumplimiento del precontrato. Quiere ello decir que la ausencia de alguno de estos hechos (precontrato puramente verbal) no hace nulo el precontrato, pero priva a las partes de la facultad de ejercitar las acciones que normalmente se derivarían del mismo, si bien no obsta a la validez de los efectos contractuales—como el cumplimiento espontáneo de lo convenido—producidos al margen de tales acciones judiciales.

La constancia escrita del precontrato es equivalente a la de un acuerdo documental, memorándum o nota del mismo, firmado por la persona contra la cual se pretende ejercitar la acción o por su legítimo representante. El requisito de la firma ha sido interpretado en sentido amplio por la jurisprudencia.

El otro camino para demostrar que existe un precontrato es el de probar que hay acto o actos de una parte suficientes para acreditar su cumplimiento, hecho del que se infiere su existencia. Para apreciar ésta es necesario que los actos de ejecución del precontrato sean realizados

por quien asuma la posición de demandante. A diferencia de lo establecido en la doctrina del documento escrito y firmado, que ha de serlo por el demandado, en la de los actos de ejecución éstos han de ser obra del demandante. Asimismo, los actos de ejecución han de estar inequívocamente referidos al precontrato, es decir, que por sí mismos sugieran como su única explicación razonable la existencia de un precontrato de naturaleza determinada. De otra parte, han de ser actos físicos que afecten al inmueble, debiendo ser propiamente ejecutorios y no sólo preparatorios.

Un análisis general de los efectos de todo precontrato nos permite afirmar que, a raíz de su válida celebración, un derecho equitativo inmediato sobre el predio pasa al futuro adquirente. Este derecho equitativo es transmisible y faculta (en el supuesto de compraventa) para la percepción de frutos y rentas a partir del momento en que el vendedor o transmitente incurre en mora en el cumplimiento de la obligación de solemnizar la transmisión.

La etapa contractual propiamente dicha o contratación inmobiliaria se inicia a partir del otorgamiento del precontrato vinculante. Generalmente, el título del vendedor, transmitente o constituyente del derecho, no se investiga antes de la celebración de aquél. Ahora bien, cuando ésta tiene lugar siempre se lleva a cabo, para la propiedad que no goza de los beneficios de la inscripción registral, una rigurosa investigación del título.

El vendedor ha de suministrar al comprador un sumario del título (*abstract*) o relación de documentos tales como escrituras o testamentos, que afecten a la pertenencia objeto de transmisión o gravamen y referidos al período respecto al cual su derecho haya de ser acreditado, que es el de los últimos quince años, salvo pacto en contrario, y también de los hechos que, como los fallecimientos, nacimientos y matrimonios, hayan podido influir durante ese tiempo en la titularidad que deba ser analizada. No basta con resumir tales documentos, también es preciso exhibirlos y establecer y probar los hechos jurídicos trascendentes a efectos de titularidad.

En actuación complementaria a la del vendedor, el abogado del comprador, a expensas de su cliente, ha de examinar y calificar la titularidad presentada, solicitar las comprobaciones adicionales que estime oportunas y finalmente aconsejar al comprador sobre el grado de seguridad que ofrezca el título del transmitente.

Cubiertas estas etapas, el vendedor ha de otorgar la escritura solemne (*deed*) en que se efectúe la transmisión inmobiliaria, y ha de entregar al comprador los documentos relacionados en el sumario del título.

El proceso contractual que acabamos de describir, en una sucinta visión de conjunto, tiene un desarrollo extraordinariamente complejo y requiere, para ser llevado a cabo con éxito, la intervención de abogados especialistas y sumamente expertos, en cuya pericia descansa en buena parte la seguridad del tráfico jurídico de las fincas que aún no han accedido al sistema registral de títulos vigente en Inglaterra.

El sistema inglés de registro de derechos inmobiliarios presenta una imagen sustancialmente bifronte, que contrasta poderosamente con la estructura claramente unitaria que impera en Derecho español. Efectivamente, el sistema registral inglés está organizado con arreglo a dos modalidades principales: el Registro de Cargas Inmobiliarias (*the Land Charges Register*) y el Registro de Títulos (*Registration of title*).

Lo que se pretende con el Registro de Cargas Inmobiliarias es facilitar a todo adquirente de derechos inmobiliarios sobre fincas no inscritas en el Registro de Títulos, la investigación más rápida y segura posible de las cargas inmobiliarias eventualmente existentes.

La piedra angular de esta modalidad registral, cuyas normas básicas son la Ley de Cargas Inmobiliarias de 1972 y su Reglamento de 1974, es el Registro Central de Cargas Inmobiliarias, que está organizado con arreglo a cinco departamentos o divisiones distintos, el último de los cuales es de importancia muy superior a la de los restantes.

Entre otras de menor importancia cabe citar, como cargas inscribibles en el referido Registro, las siguientes: acciones judiciales pendientes, censos vitalicios, autos y resoluciones judiciales firmes sobre bienes inmuebles, hipotecas menores o hipotecas no protegidas con la posesión de los títulos.

La filosofía en la que parece haberse inspirado el legislador inglés al seleccionar las cargas inmobiliarias que pueden y deben tener acceso al Registro de igual nombre, es la de hacer posible la investigación del título del transmitente más allá del contenido de los documentos que éste resuma y exhiba al adquirente. Por ello, las hipotecas de fincas no registradas, que normalmente llevan aparejada la custodia de los títulos de propiedad como respaldo de la garantía real, no precisan el amparo del Registro, excepto si se trata de las antes citadas hipotecas menores.

La inscripción registral se hace en base a la declaración que, en los impresos habilitados al efecto, debe realizar el titular del derecho inscribible. El Registrador no investiga ni el Registro garantiza la veracidad de lo manifestado por el declarante. La función del Registro es, en definitiva, de una pasividad casi total. No pasa de ser un inmenso archivo de datos, que se limita a hacer acopio de las declaraciones de los titulares de los derechos inscribibles y a ordenarlos, sin realizar en ellas criba

alguna respecto a su veracidad ni, consiguientemente, respaldar de ninguna forma su contenido.

La constancia registral de estas cargas se hace con arreglo al sistema de folio personal y no real. Este dato es de suma importancia al tratar de valorar la perfección del sistema, o mejor dicho, su imperfección. El nombre que encabeza el folio personal es el del titular de la pertenencia sobre la que se constituye la carga al tiempo en que ésta se crea. La consulta exhaustiva al Registro sólo puede hacerse conociendo los nombres de los titulares de la pertenencia legal a partir de la fecha de creación del Registro. Ello, en la práctica, suele entrañar grandes dificultades y un notable coste económico, lo que evidencia la baja calidad registral del sistema así organizado.

A pesar de la endeblez que confiere al sistema su arquitectura de carácter personal, el acceso de las cargas inmobiliarias al Registro especial previsto para ellas constituye, para todas las personas y a todos los fines relacionados con la finca en cuestión, conocimiento actual de los derechos inscritos que gravan el predio.

La inscripción registral es obligatoria hasta el punto que, como excepción a la regla general de que el comprador queda vinculado por los derechos equitativos existentes sobre el inmueble de cuya existencia tuviere noticia, está establecido que no hay tal sujeción cuando se omite el cumplimiento de la obligación de inscribir, y ello, insistimos, aunque el comprador o adquirente a título oneroso tuviere conocimiento efectivo de la existencia de la carga no inscrita. Este peculiar efecto de inoponibilidad de lo no registrado respecto al tercer adquirente permite, en términos generales, emparentar el sistema inglés de registro de cargas con el sistema registral francés, al que también le une el que la finca no es tomada como unidad registral básica.

La consulta del Registro conviene hacerla mediante certificación oficial (*official certificate of search*), entre otras razones porque proporciona protección contra las cargas inscritas en el intervalo que media entre la consulta y la consumación de la adquisición.

Efectivamente, si el adquirente consuma su adquisición antes del día decimoquinto registralmente hábil desde la fecha de la certificación, no queda vinculado por carga alguna que pueda acceder al Registro en dicho lapso de tiempo, a menos que la inscripción de la carga haya sido anunciada por el correspondiente preaviso presentado antes que la certificación haya sido expedida, lo que ha de tener su reflejo en ésta.

La figura jurídica del preaviso (*priority notice*) fue introducida por la Ley del Derecho de Propiedad Reformada de 1926, que dispuso que toda persona que pretenda inscribir cualquier carga puede, como medida previa y preventiva, solicitar una anotación registral de tal propósito. El

preaviso ha de darse, por lo menos, quince días regístralmente hábiles anteriores al de la inscripción; si la inscripción de la carga se produce en el plazo de treinta días posteriores a la fecha del preaviso, la inscripción regístral produce efectos desde el momento de creación efectiva de la carga. La razón de que el preaviso tenga una antelación de quince días hábiles es la de permitir que se extingan los efectos de una eventual certificación anterior. El mecanismo regístral del preaviso es aplicable a todo tipo de cargas.

Certificados oficiales y preavisos de constitución son instituciones complementarias entre sí que carecen de todo equivalente en el Ordenamiento jurídico español y cuya utilidad práctica salta a la vista.

La idea básica del sistema de Registro de Títulos (que afecta a más de la mitad del territorio nacional, estando prevista la progresiva generalización del sistema hasta su plena universalización) consiste en sustituir la investigación del título, que es preciso realizar en cada transmisión de inmuebles no inscritos, por un título garantizado por el Estado. El complicado mecanismo precontractual de investigación queda sensiblemente simplificado si la finca y su correspondiente título están inscritos, ya que el Registro suministra información sobre las facultades del transmitente para llevar a cabo la transmisión ofrecida y sobre las cargas más importantes que pesan sobre el inmueble; las restantes han de investigarse como si se tratara de predio no inscrito. La complejidad de los derechos inmobiliarios es de tanta monta que resulta imposible simplificar su tráfico jurídico, de tal modo que el vehículo único y necesario del mismo sean los libros o archivos del Registro.

Estas consideraciones nos introducen en una importante clasificación de los derechos inmobiliarios, que se basa en los efectos que producen su constancia u omisión regístral. Así, se distingue entre derechos susceptibles de inscripción (*registered interests*), derechos dominantes (*overriding interests*) y derechos susceptibles de anotación regístral o derechos menores (*minor interests*). Derechos susceptibles de inscripción son ambas pertenencias legales: la plena y la menos plena. Son derechos dominantes los que vinculan al titular de las pertenencias sobre fincas registradas, aun cuando desconozcan su existencia ni la misma conste en el Registro. En general, son los mismos derechos que el adquirente de una finca no registrada debería no confiar en descubrir a través de un simple examen del sumario del título, sino mediante otras pesquisas, particularmente la inspección ocular de la propia finca. Es la ley la que confiere el carácter de dominante a estos o a aquellos derechos. Cabe citar, a título de ejemplo, los derechos consolidados o en fase de consolidación, al amparo de la Ley de Prescripción Extintiva de 1939. Son derechos menores los que requieren protección mediante su acceso al Registro,

no siendo, por tanto, derechos dominantes ni tampoco derechos inscritos propiamente dichos. Su acceso al Registro es tan esencial para su protección que si se omite este requisito, aun cuando se tenga conocimiento de su existencia, no vinculan al comprador a título oneroso, pero sí al adquirente a título gratuito. Tienen esta categoría, en general, las cargas que se recogen en el Registro de igual nombre, antes estudiado.

A diferencia del de Cargas, el Registro de Títulos no está abierto a consulta pública. En general, no se pueden hacer indagaciones sobre su contenido sin la autorización del titular del derecho inscrito que se pretenda investigar. Se trata, en suma, de un Registro privado y no público. Sin embargo, los índices de mapas y de parcelas y la relación de solicitudes de inscripción pendientes de despacho son de libre consulta, con lo que puede saberse si determinada finca ha sido o va a ser objeto de inscripción.

Los derechos básicos susceptibles de inscripción son la pertenencia plena y, con ciertas excepciones, la menos plena o arrendamiento real, aunque no esté inscrita la pertenencia plena. La constancia registral de estos derechos se articula en tres apartados:

— Inscripción del inmueble y de la pertenencia, plena o menos plena, en cuya virtud se inscribe (*property register*), con descripción física de la finca referida a un plano.

— Inscripción de la titularidad (*proprietorship register*), que precisa los datos del titular y la clase de título en cuya virtud se practica la inscripción, y que están graduados según la distinta protección que el Estado les dispensa. Son el título absoluto (*absolute title*) (cuyo acceso al Registro está rigurosamente controlado por el Registrador, resultando inatacable salvo casos excepcionales de rectificación), que es conseguible para ambas clases de pertenencias, si bien para la menos plena ha de descansar en el título absoluto de la plena; título válido de pertenencia menos plena (*good leasehold*) (de aplicación exclusiva a las mismas, asemejándose a un título absoluto, salvo que el derecho del arrendador real a crear la pertenencia no queda garantizado por el Registro); el título posesorio (*possessory title*) (que se aplica a ambas pertenencias, garantizando los derechos a partir de su inscripción, pero no antes), y título cualificado (*qualified title*) (común a ambas pertenencias, siendo equivalente al absoluto, salvo los defectos o derechos que afecten al derecho inscrito y que queden constatados en el propio Registro).

— Inscripción de las cargas (*the charges register*), en la que se reflejan los derechos *in alieno solo* que recaen sobre la finca, como las hipotecas y las anotaciones, cuya misión es salvaguardar los derechos menores.

Copia literal del contenido de los tres apartados se recoge en el certificado de inscripción inmobiliaria (*land certificate*), el cual, en unión de un plano del predio, se entrega a cada dueño como título material de su derecho inscrito, reteniéndolo en su poder hasta que transmite o grava su derecho sobre la finca.

Hay una Oficina Central de Registro de Títulos en Londres y otras Oficinas en los respectivos Distritos. En muchos Distritos la inscripción se ha declarado obligatoria. La ubicación de las fincas en un área de inscripción obligatoria no implica que ésta se haya de llevar a efecto de forma inmediata y automática; ello ha de hacerse con carácter necesario sólo cuando se transmite la pertenencia plena o se constituyen o transmiten determinados arrendamientos reales. Teniendo la inscripción carácter obligatorio y omitiéndose, sin embargo, su solicitud en el plazo de dos meses (ampliable por el Registro o los Tribunales), a contar desde la fecha en que se solemnice la transmisión, ésta incurre en vicio de nulidad a los efectos transmisorios de la pertenencia legal que le son propios. Por consiguiente, en el sistema inglés la registración es constitutiva.

También es aplicable al Registro de Títulos el sistema de certificaciones oficiales y preavisos de constitución, antes examinados para el de Cargas.

En resumen, el Registro de Títulos está inspirado, para los derechos propiamente inscribibles, en el sistema registral con efecto de inatacabilidad de lo registrado respecto del titular registral, salvo excepciones tasadas, cuyo modelo principal es el sistema australiano o sistema Torrens. Sin embargo, los derechos menores no tienen más protección registral que el de su inoponibilidad frente a tercero en caso de no registración, es decir, el efecto típico del sistema francés. Por ello, cabe concluir que el sistema registral de títulos imperante en Inglaterra es mixto, puesto que en él se mezclan elementos tomados de los patrones francés y australiano.

Amplias facultades rectificatorias están conferidas a los Tribunales y a los Registradores cuando se padece error u omisión en la práctica de las inscripciones registrales. Ahora bien, al titular que, además de ser poseedor, está registralmente protegido, la rectificación sólo puede perjudicarle en supuestos muy limitados y tipificados (para dar efecto a un derecho dominante, por culpabilidad en el error o fraude padecido, etcétera...). El derecho a obtener indemnización estatal está previsto en favor de quien resulte perjudicado por rectificaciones registrales que no se basen en alguno de los motivos indicados o que tengan su origen en error u omisión registral que no puedan ser rectificadas, o en pérdida o destrucción de documentos confiados a la custodia del Registro.

IV. EL SISTEMA HIPOTECARIO INGLES

1. CONCEPTOS BÁSICOS

En Derecho inglés, la garantía real puede ajustarse a alguno de estos tipos principales: hipoteca propiamente dicha (*mortgage*), afección en pago (*charge*), prenda (*pledge*) y derecho de retención (*lien*).

La hipoteca es una modalidad de garantía, de origen contractual, que confiere la titularidad de un derecho real, legal o equitativo sobre propiedad personal o real, redimible o extingible mediante el pago de una suma de dinero prestada, con o sin interés, o previo cumplimiento de la obligación, en todo caso pecuniaria, asegurada. Tanto en su perspectiva histórica como en su proyección actual, la hipoteca es productora de un efecto singularmente enérgico: el acreedor adquiere alguna de las facultades dominicales (la pertenencia plena o la menos plena o arrendamiento real, respecto a los inmuebles) sobre el bien objeto de la garantía, pero no necesariamente las facultades posesorias sobre el mismo, si bien ello también es posible.

La prenda es otra especie de garantía real, también constituida en virtud de pacto que se consuma mediante la entrega de la posesión de un bien mueble al acreedor con facultad de conservarla hasta que la obligación garantizada quede cumplida. El dominio del bien empeñado se mantiene, no obstante, en manos del empeñante o deudor prendiario.

La afección en pago es vinculación de propiedad personal o real al pago de una deuda o al cumplimiento de otra obligación pecuniaria, que no otorga al acreedor facultad dominical ni posesoria alguna sobre el objeto de la garantía, lo que constituye su principal diferencia conceptual con las dos modalidades ya enumeradas. Sin embargo, las afecciones en pago con fuerza de hipoteca legal inmobiliaria están, en cuanto a su régimen jurídico, prácticamente asimiladas a ésta.

Por último, el derecho de retención sobre propiedad real o personal tiene origen predominantemente legal, y ocasionalmente contractual, como veremos más adelante ya dentro de supuestos específicamente inmobiliarios. El derecho de retención permite al acreedor mantener la posesión de bienes muebles o inmuebles del deudor—o de sus títulos dominicales—hasta tanto éste le satisfaga lo que se le adeuda en virtud de un título jurídico que, a menudo, guarda relación con la cosa misma objeto de la garantía. Al igual que en las otras formas de derechos reales de garantía, el titular de un derecho de retención voluntario e inmobiliario está facultado para hacer efectivo su crédito o derecho provocando el cambio de titularidad dominical (plena o menos plena) del bien objeto de garantía.

Los respectivos esquemas—español e inglés—de derechos reales de garantía, a pesar de su innegable parentesco, no son, en modo alguno, superponibles ni siquiera en las líneas generales de sus respectivas concepciones.

El Derecho inglés, en su visión de la hipoteca, tanto mobiliaria como inmobiliaria, sigue una línea excesivamente tradicionalista, y aun primitiva, de la institución, según la cual no hay garantía real sin que el acreedor adquiera *a priori* una parte muy importante de las facultades dominicales de la propiedad del deudor. Derívase de esta «concepción dominical» de la hipoteca importantes consecuencias prácticas (acción comisoría y venta directa de la garantía) que son absolutamente extrañas al Derecho español, sin duda más evolucionado que el inglés al trazar los rasgos esenciales del crédito territorial. Junto a la genuina hipoteca (*mortgage*), el moderno Derecho inmobiliario inglés ha establecido, sin merma sustancial de los derechos del acreedor, una modalidad menos radical de hipoteca, la afección en pago con esfuerzo de tal (*charge*) que no produce transmisión de pertenencia alguna al acreedor y que, al menos en el terreno de los principios, se aproxima más a la hipoteca inmobiliaria hispánica. Por su parte, el derecho de retención y contractual, modalidad de garantía real absolutamente inédita en nuestro Ordenamiento jurídico, es una hipoteca en potencia, que el acreedor puede convertir en hipoteca actual, y gozando, en todo caso, del importante respaldo de la facultad de promover la venta del inmueble previa autorización judicial. La reagrupación conceptual de afecciones en pago y derecho de retención bajo la nomenclatura genérica de hipoteca tiene su reflejo legal en la Ley del Derecho de Propiedad de 1925.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA HIPOTECA INMOBILIARIA

El actual sistema hipotecario inglés es el fruto de una evolución histórica ciertamente peculiar. Su originalidad radica en que constituye una excepción a la vieja máxima, reiterada hasta la saciedad, que nos enseña que la «historia nunca se repite». La genuina modalidad de hipoteca vigente a partir de 1925 se inspira en los más remotos orígenes del sistema inglés de garantía real inmobiliaria. El legislador de 1925 se ha limitado, en principio, a desempolvar y actualizar la vieja fórmula de cesión arrendaticia real como vehículo de constitución de la hipoteca. Había y hay transferencias de propiedad que equivalen por su función, aunque no por su estructura, a auténticos negocios de crédito. La clara presencia de estos vestigios históricos en la normativa vigente es uno de los caracteres más acentuados del sistema hipotecario inglés.

En los siglos XII y XIII, el deudor hipotecario, para garantizar el cumplimiento de su obligación, cedía al acreedor la finca en arrendamiento real y, consiguientemente, le transmitía la posesión inherente a la cesión arrendaticia. Si los provechos obtenidos de la tierra se aplicaban a la extinción de la deuda, se decía que la *gage* estaba viva (*live gage*), en el sentido de que se operaba un gradual efecto extintorio. Pero si el tenedor de la tierra percibía los frutos sin efecto anticrético, en tal supuesto la *gage* se calificaba de muerta (*mort gage*) y era tachada de usuraria. En ambos casos, si el préstamo no era amortizado en la fecha pactada, el acreedor podía, cumplidos ciertos requisitos, transformar (*enlarger*) su derecho arrendaticio en pertenencia plena.

A mediados del siglo XV se consumó una evolución, cuyo origen está en el siglo XIII, dando vida a una forma de hipoteca constituida mediante escritura solemne transmisoria de la pertenencia plena al acreedor, con condición resolutoria o pacto de retro a favor del deudor transmitente que cumpliera sus obligaciones de pago dentro del plazo convenido. Con ello, el acreedor adquiría la plena posesión inmobiliaria (*seisin*) de la finca, sin perjuicio de que tolerase que el deudor siguiera con el disfrute y aprovechamiento de la finca para poder amortizar la deuda. Al mismo tiempo se produjo un cambio en el significado de la expresión *mort gage*: la tierra «quedaba muerta» para el deudor si no cumplía sus obligaciones en la fecha fijada, y si las cumplía, la que resultaba «muerta» era la hipoteca. Esta forma de hipoteca legal, con ligeras variantes constituyó la modalidad usual de la misma hasta el advenimiento de la reforma legislativa de 1925.

En Derecho común, salvo pacto en contrario, la pertenencia plena adquirida por el acreedor como garantía de su derecho se transformaba en irredimible y absoluta si el deudor incumplía su obligación en la fecha pactada. La equidad, en cumplimiento de su genuina función moderadora de los rigurosos planteamientos del Derecho común, estableció la norma de que la pertenencia plena que adquiría el acreedor hipotecario legal (*mortgagee's estate*) estaba sujeta al llamado derecho equitativo a la redención o facultad equitativa para redimir (*the equitable right to redeem*) que permitía al deudor, previo pago de su deuda, recuperar la titularidad de la pertenencia transmitida como garantía, y ello aunque hubiera dejado de pagar en la fecha prevista. En base a esta facultad se elaboró un derecho de nuevo cuño, el derecho equitativo de redención—del que el derecho equitativo a la redención no era sino su manifestación última o *in extremis*—, que surgía tan pronto como la hipoteca quedaba constituida, que era transmisible por actos *inter vivos* y *mortis causa* y que, en definitiva, llegó a representar la suma de facultades

inmobiliarias remanentes en manos del deudor una vez constituida la hipoteca legal.

Ya antes que se abriera paso la reforma legislativa de 1925, el Derecho inglés ofrecía su actual imagen de pluralidad de cauces al servicio de un mismo fin: el crédito territorial. Concretamente, hemos de anotar la existencia de hipotecas con garantía de pertenencias menos plenas y de hipotecas equitativas. Eludimos dar detalles respecto a ellas, puesto que serán objeto de consideración al tratar de la legislación hipotecaria vigente.

La práctica predominante, anterior a 1925, según la cual, la pertenencia plena era objeto de transmisión solamente al acreedor, pugnaba frontalmente con las ideas reformistas en que inspiraron su actuación los legisladores de entonces. Se partió del principio de que la pertenencia legal plena había de ser conferida exclusivamente a su verdadero titular. Se estimó asimismo que el verdadero dueño era el deudor que ofrecía su finca en garantía, el cual, antes de 1926, era titular de un simple derecho equitativo e impotente por ello para transmitir la pertenencia legal mientras la hipoteca subsistiera.

Para resolver esta antinomia, la Ley del Derecho de Propiedad de 1925 buscó inspiración en el más remoto pasado, resucitando el viejo sistema de hipoteca constituida mediante la creación de un arrendamiento real a favor del acreedor, pero dándole, como es lógico, una regulación más acorde con las necesidades de los tiempos presentes. No hubo, pues, ruptura, sino revitalización de la tradición jurídica; pero al mismo tiempo, en un intento de impulsar con criterios de modernidad el sistema hipotecario en su conjunto, se ofreció a los eventuales acreedores hipotecarios la alternativa de optar entre la condición de arrendatarios reales, y por ello la de ser titulares de una pertenencia legal en garantía de su crédito, o la de conformarse con la titularidad de un derecho de nuevo cuño, la denominada afección en pago con fuerza de hipoteca legal (*charge by deed expressed to be by way of legal mortgage*), cuyas facultades integrantes son sensiblemente iguales a las del arrendamiento para garantía, pero que no entraña transmisión de pertenencia legal alguna.

3. CLASES DE HIPOTECA

Al contemplar el enmarañado panorama del sistema hipotecario inglés, o dicho en otros términos, del sistema de derechos reales inmobiliarios de garantía, la primera sensación que experimenta el jurista de escuela hispánica es de sorpresa, confusión y hasta vértigo.

Sin embargo, es perfectamente lógico que un Derecho inmobiliario tan complejo y rico en posibilidades prácticas como el inglés, fruto de la simbiosis de dos cuerpos distintos (Derecho común y equidad) del Ordenamiento jurídico, cuyo sistema dominical inmobiliario se articula en base a dos instituciones (pertenencias plenas y menos plenas) de régimen jurídico peculiar, y dispuesto a ofrecer a todos los inmuebles, inscritos o no inscritos en el Registro de Títulos, una misma oportunidad de ser hipotecados, haya alumbrado un sistema hipotecario casi laberíntico. La gran riqueza de cauces que el Derecho inglés ofrece para la creación de hipotecas hace inevitable el precio de un alto grado de complejidad práctica.

No podemos iniciar el estudio de las múltiples modalidades de constitución de hipotecas sin trazar una raya divisoria entre las que están al servicio de fincas no registradas (*mortgages of unregistered land*) y las que sirven de vehículo para gravar fincas no registradas (*mortgages of registered land*).

Cada uno de estos bloques ofrece posibilidades varias, cuya descomposición sinóptica es la siguiente:

Hipotecas de fincas no registradas	Hipotecas legales	Mediante arrendamiento real.	1. Hipoteca de la pertenencia plena. 2. Hipoteca de la pertenencia menos plena o arrendamiento real.
	Hipotecas equitativas	3. Afecciones en pago con fuerza de hipoteca legal. 4. Precontrato inmobiliario. 5. Depósito de las escrituras solemnes de propiedad. 6. Hipoteca de derechos equitativos. 7. Afecciones en pago con fuerza de hipotecas equitativas.	
Hipotecas de fincas registradas.		8. Hipoteca previa a la inmatriculación e hipoteca imperfecta de fincas registradas. 9. Afecciones hipotecarias inscritas. 10. Depósito del certificado inmobiliario o hipotecario.	

1. Hipoteca legal mediante arrendamiento real (*legal mortgage by lease*). El principal cambio introducido por el legislador de 1925 al regular las hipotecas legales de fincas no inscritas fue, como ya sabemos, desterrar el antiguo sistema de transmisión de la pertenencia plena, sustituyéndolo por el de constitución de arrendamientos reales con igual finalidad. Salvo pacto en contrario, el arrendamiento real-hipotecario se crea por el anonadante plazo de tres mil años (pudiera parecer un rasgo

de *english humour*, pero se trata de una disposición legal), sujeto a extinción en caso de pago de la deuda garantizada. Por supuesto, no hay obligación de someterse a un período arrendaticio tan dilatado, lo que equivale a decir que las partes pueden pactar plazos más breves, lo cual es frecuente en la práctica. Las segundas y ulteriores hipotecas, que a partir de entonces pueden constituirse como legales y no simplemente como equitativas, según ocurría en el régimen precedente, se instrumentan mediante segundos y posteriores arrendamientos reales de duración superior en un día al anterior. Si el primer arrendamiento se extingue por pago, el segundo arrendamiento hipotecario pasa a ocupar el primer rango hipotecario. Las hipotecas legales constituidas con anterioridad a 1926 fueron, mediante una radical atribución de eficacia retroactiva otorgada al nuevo sistema, automáticamente asimiladas en su tratamiento jurídico a las creadas con posterioridad a dicha fecha.

2. Hipoteca legal mediante subarrendamiento real (*legal mortgage by sublease*). Cuando el deudor hipotecario es solamente titular de la pertenencia menos plena o arrendamiento real, el método constitutivo legalmente establecido es la creación de un subarrendamiento. La Ley del Derecho de Propiedad de 1925 faculta al arrendatario que quiera hipotecar para que subarriende a favor del acreedor por un período que suele ser un día más corto que el de su propio derecho. Es usual que el primero de los préstamos hipotecarios se pacte por un plazo inferior en diez días al del arrendamiento que se subarrienda hipotecariamente, a fin de dejar margen para la constitución de segundas y ulteriores hipotecas, ya que los posteriores subarrendamientos hipotecarios han de ser de duración superior en un día a los anteriores. La menor duración del primer subarrendamiento, en comparación con el arrendamiento del que trae causa, no tiene otro fundamento que el de evitar que el subarriendo se identifique o confunda con una cesión arrendaticia. La duración superior en un día de las segundas y posteriores hipotecas subarrendaticias es un dispositivo jurídico análogo al usado para las hipotecas posteriores de la pertenencia plena, antes vistas. En cuanto a las normas de Derecho transitorio aplicables a este tipo de hipotecas a partir de 1 de enero de 1926, consisten en la conversión automática de las anteriormente constituidas en forma de cesión arrendaticia, en subarriendos susceptibles de extinción mediante pago de la deuda.

3. Afección en pago con fuerza de hipoteca legal (*legal charge or charge by deed expressed to be by way of legal mortgage*). La fórmula alternativa a la constitución de una hipoteca legal instrumentada mediante arrendamiento o subarrendamiento real, estriba en crear una afección en pago solemne con fuerza de hipoteca legal. Esta carga de naturaleza hipotecaria no da vida a un derecho real arrendaticio sobre la pertenencia.

cia, pero otorga al acreedor hipotecario (sobre la pertenencia plena o menos plena) la misma protección, facultades y medios de defensa que si así fuera. Para que se produzca este efecto jurídico, se precisa la constitución de la carga en escritura solemne y su descripción en ésta con el carácter específico de afección en pago a modo, con valor o con fuerza de hipoteca legal. Este método constitutivo se ha ido afirmando progresivamente desde su introducción legal, y en la actualidad es preferido al de contratación de arrendamientos y subarrendamientos de larga duración.

Salvo ciertas ventajas técnicas de orden práctico (el arrendatario real sujeto a condición resolutoria si subarrienda sin consentimiento del arrendador elude este obstáculo contractual) y mayor claridad en la fórmula contractual hipotecaria, al desterrarse el arcaísmo de transmitir al acreedor el bien que se pretende hipotecar, los efectos de la afección en pago no discrepan de los de la hipoteca legal.

Un acreedor hipotecario cuyo derecho tenga el rango de primera hipoteca legal, constituida sobre pertenencia plena, tiene facultad para exigir la posesión de los títulos dominicales de su garantía, en la misma medida que si le hubiera transmitido la pertenencia plena, con lo que se evita la posible constitución fraudulenta de otras primeras hipotecas. Si la primera hipoteca recae sobre pertenencia menos plena, la facultad posesoria del acreedor es la misma que corresponde a la de un cesionario del arrendamiento. Las hipotecas legales no seguidas del depósito de los títulos (segundas y ulteriores hipotecas), también llamadas hipotecas menores (*puisne mortgages*), han de ser inscritas en el Registro Central de Cargas Inmobiliarias.

Del régimen jurídico de las hipotecas legales y, en particular, del estudio de las facultades del acreedor hipotecario, nos ocuparemos más adelante.

4. Hipoteca equitativa (*equitable mortgage*). Precontrato hipotecario (*agreement to create a legal mortgage*). De conformidad con la filosofía jurídica propia de la equidad inglesa si alguien, en base a cierta cantidad de dinero recibida en préstamo, se obliga precontractualmente a otorgar una escritura de hipoteca solemne en favor de otra persona, queda constituida una hipoteca equitativa en favor de ésta. En tal caso, es posible exigir la constitución de la oportuna hipoteca legal ejercitando el derecho equitativo para el específico cumplimiento de lo pactado. El pacto o precontrato carece de fuerza vinculante si no reúne los requisitos que la legislación inmobiliaria tiene establecidos.

5. Hipoteca equitativa. Depósito de las escrituras solemnes de propiedad (*deposit of title deeds*). La doctrina jurisprudencial tiene establecido que la entrega al prestador de las escrituras solemnes de los títulos de la propiedad inmueble del prestatario es vehículo suficiente

para la constitución de una hipoteca equitativa, siempre que exista el propósito de que la finca o fincas correspondientes (los derechos sobre ellas) sirvan de garantía para el pago de la deuda contraída. Esta modalidad de constitución de la hipoteca es una subespecie de la anterior, por cuanto el depósito de los títulos desempeña la función de un acto de suficiente cumplimiento, en base al cual es posible acreditar la existencia de un precontrato.

6. Hipoteca de derechos equitativos (*mortgage of equitable interests*). Las hipotecas de derechos de naturaleza equitativa (derechos limitadamente heredables, derecho del titular vitalicio de la pertenencia en una vinculación estricta) son, por su propio carácter, necesariamente equitativos. El procedimiento para su constitución es análogo al empleado antes de 1926 en el caso de la hipoteca legal de la pertenencia plena: a saber, el derecho equitativo en cuestión se transmite, en su plenitud, al acreedor hipotecario, transmisión que se subordina a un pacto de retro en favor del constituyente de la garantía para el caso de extinción de la deuda y correlativa cancelación de la carga.

7. Afección en pago con fuerza de hipoteca equitativa (*equitable charges*). Otra modalidad de garantía real, de naturaleza equitativa, es la afección en pago con fuerza de hipoteca equitativa, que ha de constar en el Registro Central de Cargas Inmobiliarias. Existen tales hipotecas cuando sin que se transmita ni siquiera se pacte la transmisión de una pertenencia legal inmobiliaria, ésta se destina al pago de una deuda u otra obligación, con efectos meramente equitativos. Así, si una persona otorga un contrato no solemne afectando su propiedad inmobiliaria al pago de determinada suma en favor de un tercero, la afección en pago con valor de hipoteca equitativa queda instrumentada.

Sin perjuicio del enorme casuismo imperante siempre en Derecho inglés, y por ello con todo género de cautelas, puede afirmarse, con valor general, que las hipotecas equitativas de pertenencias legales facultan al acreedor hipotecario para promover judicialmente la venta de la garantía e instar la designación de un administrador de la pertenencia. En virtud de pacto expreso o implícito (poder o fideicomiso) suelen quedar apoderados también para disponer directamente de la garantía, vendiéndosela a un tercero o adjudicándosela a sí mismo (acción comisoria). Las hipotecas equitativas que no van unidas al depósito de las escrituras de propiedad deben inscribirse en el Registro Central de Cargas Inmobiliarias.

8. Hipoteca previa a la inmatriculación e hipoteca imperfecta de fincas registradas (*mortgage on first registration and unregistered mortgage*). La ejecución de un contrato inmobiliario transmisorio (compraventa, por ejemplo) pone en marcha, como sabemos, el mecanismo de

inmatriculación de la finca en las zonas de inscripción obligatoria. Si, como suele ocurrir, la venta se pacta con aplazamiento del pago del precio, la solicitud de inscripción puede realizarla el vendedor en lugar del comprador para asegurarse que su hipoteca se inscribe. Si la inmatriculación la llevara a cabo el comprador-deudor, obtendría éste el certificado de inscripción inmobiliaria, y supuesto que después se negara a presentarlo en el Registro, la hipoteca no podría inscribirse.

Asimismo, quienes tienen obligación legal de solicitar la inmatriculación de la finca (comprador, arrendatario o cesionario de éste) pueden, antes que aquélla se practique, crear un derecho de retención a favor de otro (*lien*), equivalente al que puede ser constituido, como veremos en seguida, mediante el depósito del certificado de inscripción inmobiliaria. Ello es factible a través de una notificación de depósito futuro dirigido al Registro. Practicada la inmatriculación, el certificado de inscripción inmobiliario se entrega a la persona designada en la notificación como beneficiaria de la garantía.

9. Afección hipotecaria inscrita (*registered charge*). Una afección hipotecaria inscrita es un derecho real hipotecario cuyo vehículo constitutivo ha de ser, necesariamente, una escritura solemne. Dentro de esta rúbrica, de valor general, puede acudir a la afección en pago con fuerza de hipoteca o al arrendamiento o subarrendamiento expresos, según que, en este último caso, el derecho del constituyente sea la pertenencia plena o menos plena. Salvo expresa disposición o pacto en contrario, es decir, como valor de presunción *iuris tantum*, se entiende constituida como afección en pago con fuerza de hipoteca. La constitución de la carga hipotecaria queda perfeccionada mediante la inscripción que de la titularidad de la misma a nombre del acreedor hipotecario realiza el Registrador. Se expide entonces un certificado de inscripción hipotecaria (*charge certificate*) a nombre del acreedor titular del derecho, quedando el certificado de inscripción inmobiliaria depositado en el Registro hasta la cancelación de la carga.

10. Depósito del certificado inmobiliario o hipotecario (*deposit of land or charge certificate*). El titular o dueño, en pertenencia plena o menos plena, de una finca inscrita, o el titular de una afección hipotecaria, asimismo inscrita, pueden constituir un derecho de retención (*lien*) mediante el depósito de sus respectivos certificados: certificado de inscripción inmobiliaria o de inscripción hipotecaria. En este último caso, estamos ante un supuesto de constitución de subhipoteca. De todos modos, el derecho de retención es similar a una hipoteca constituida mediante el depósito de las escrituras solemnes del dominio de fincas no inscritas. El acreedor hipotecario, en virtud de depósito, debe notificar éste por escrito al Registrador, el cual anotará su existencia para

conocimiento de terceros. El acreedor tiene la posibilidad alternativa de perfeccionar la garantía, elevándola al rango de carga hipotecaria inscrita, para poner en marcha después los medios de defensa que la misma proporciona o promover directamente una venta de la garantía, previa una orden judicial, sin la que un simple depositario no puede hacer efectivo su derecho.

4. DERECHOS DEL DEUDOR HIPOTECARIO

La agilidad que caracteriza al Derecho inglés en cuanto a modalidades hipotecarias y su capacidad de incorporar todos los inmuebles al sistema de crédito territorial están contrapesadas con la gran complejidad del estatuto jurídico del deudor (y del acreedor, como veremos de inmediato), lo que no ocurre en Derecho español, cuyas normas correlativas son mucho más claras y sencillas.

Los derechos inmobiliarios del deudor hipotecario normal (*the mortgagor*) o dueño de la pertenencia hipotecada son dos: el derecho equitativo de redención y la titularidad de la pertenencia hipotecada.

El deudor hipotecario es el titular, el dueño, del derecho equitativo de redención, lo cual constituye un principio de capital importancia dentro del Derecho hipotecario inglés, sin equivalente institucional en nuestro sistema. Tal principio es de aplicación en todos los casos de transacción inmobiliaria que, configurada o no como hipoteca, entrañe, como verdadera voluntad de las partes, la de garantizar el pago de un préstamo u otra obligación pecuniaria. El derecho equitativo de redención faculta al deudor para exigir al acreedor la liberación o redención de la carga hipotecaria después de vencido el breve plazo (seis meses) que se suele pactar para su amortización en términos de Derecho común. A través de él, la equidad ha pretendido impedir que una hipoteca proporcione al acreedor más facultades que las estrictamente necesarias para la defensa de su crédito. Se trata, en suma, de un veto de todo intento por parte del acreedor de abusar de su derecho, lo que constituía una permanente tentación propiciada por los rigurosos planteamientos del Derecho común.

A lo largo de la evolución histórica de este Derecho, la jurisprudencia, la gran fuerza creadora del Derecho inglés, lo ha definido, sucesivamente, como pertenencia, como derecho real inmobiliario y como un derecho real equitativo inherente al inmueble hipotecado.

El derecho equitativo de redención, que no hay que confundir con la facultad equitativa para redimir, como ya se dijo anteriormente, tenía una más clara configuración institucional antes de la reforma inmobilia-

ria e hipotecaria de 1925, cuando el deudor transmitía la pertenencia plena al acreedor como garantía de la obligación contraída. Representaba entonces la expresión de las facultades inmobiliarias remanentes en manos del deudor, tras haber dispuesto éste de su pertenencia con fines de garantía, siendo las mismas el único soporte posible para la constitución de segundas y ulteriores hipotecas.

A pesar de que en las hipotecas legales, después de 1925, la pertenencia legal permanece en manos del deudor, aquélla y el derecho equitativo de redención no pueden confundirse, si bien hay que señalar la existencia de cierta polémica doctrinal sobre el tema. Por ello, aunque lo normal es que la transmisión de la pertenencia hipotecada y la cesión del derecho equitativo de redención tengan efecto simultáneamente y en favor de un mismo adquirente, no hay que descartar la hipótesis contraria, ya que cabe imaginar que convenga al deudor y a un tercero la cesión a éste por aquél de la facultad aislada de retraer o liberar la pertenencia hipotecada, subsistiendo en manos del cedente la pertenencia, plena o menos plena, que sirvió para crear la hipoteca. Ejercitada la redención, habría una subrogación del cesionario en el crédito hipotecario. Este mecanismo es muy similar al que se produce, *ope legis*, cuando se constituyen segundas y ulteriores hipotecas. Efectivamente, los segundos y posteriores acreedores son, en unión del deudor o del hipotecante no deudor, cotitulares solidarios del derecho equitativo de redención; ya que pueden liberar las cargas hipotecarias anteriores no sólo cuando el primer acreedor ejerce alguna de las acciones tendentes a hacer efectiva la garantía, sino en cualquier momento de la vida normal o no contenciosa de la hipoteca. En cualquier caso, tal ejercicio por un no deudor entraña subrogación en las hipotecas liberadas.

La inviolabilidad del derecho equitativo de redención es una simple consecuencia de los principios hipotecarios, según los cuales, «lo constituido como hipoteca es siempre una hipoteca» (*once a mortgage always a mortgage*) y una hipoteca no puede ser irredimible (*a mortgage cannot be irredeemable*). Por ello, cualquier estipulación contractual que, directa o indirectamente, pretenda impedir o coartar de algún modo la facultad que asiste al deudor para recuperar la finca, una vez cumplida la obligación asegurada, repugna a la naturaleza de la hipoteca, siendo por ello nula de pleno Derecho.

El ejercicio del derecho equitativo de redención es posible siempre que el deudor u otro de sus titulares no lo haya perdido en alguno de los supuestos que estudiaremos más adelante. La fecha fijada para el pago (el plazo más común es, como sabemos, el de seis meses a partir de la celebración del contrato) extingue el derecho contractual y da paso al derecho equitativo de redención. Si transcurre el plazo indicado

sin que el pago se produzca, el deudor no puede pagar de nuevo sin un preaviso de seis meses o sin abonar anticipadamente los intereses correspondientes a este período.

El otro apartado general en que se descompone el estatuto jurídico activo del deudor hipotecario es el relativo a la titularidad de la pertenencia hipotecada. Si el acreedor no expresa su intención de tomar posesión de la finca (en uso de la facultad que le corresponde y que estudiamos más adelante), el deudor conserva intacta la facultad de hacer suyos los frutos y rentas del inmueble, poseer la finca y ejercitar cuantas acciones sean precisas para el buen fin de estas facultades. Asimismo, la constitución de segundas y ulteriores hipotecas, legales o equitativas, y la cesión o disposición de la pertenencia por actos *inter vivos* y *mortis causa*, constituyen un importantísimo capítulo de su estatuto jurídico activo.

La Ley del Derecho de Propiedad de 1925⁴ faculta al deudor hipotecario, poseedor actual de la finca, para sin consentimiento del acreedor y, no obstante, obligándole, constituir arrendamientos rústicos por plazos máximos que varían entre veintiuno y cincuenta años, y de edificios por períodos cuyo tope oscila entre noventa y nueve y novecientos noventa y nueve años. Además de los requisitos de objeto y de tiempo, estos contratos arrendaticios han de cumplir otras exigencias, como la fijación de una renta razonable, con exclusión de cualquier cantidad alzada en concepto de prima de constitución. Las facultades arrendaticias del deudor en posesión pueden excluirse o modificarse en virtud de pacto anexo a la hipoteca.

Los arrendamientos reales constituidos por el deudor al margen de lo autorizado legal o contractualmente, son nulos para el acreedor y sus sucesores en el título, a menos que éstos acepten al arrendatario como si lo fuera de ellos y no del deudor, ratificando, en suma, lo hecho por éste. Tal ratificación puede llevarse a efecto de una forma tan sencilla como la simple percepción de la renta.

5. DERECHOS DEL ACREEDOR HIPOTECARIO

5.1. Generalidades

Para el estudio de este importante tema, que constituye el núcleo central del sistema hipotecario inglés, tomaremos como modelo al acreedor hipotecario (*the mortgagee*) que lo es en virtud de una hipoteca legal, inscrita o no en el Registro de Títulos.

Desde el momento en que el prestamista hace entrega del capital del

préstamo, y se convierte en acreedor, quedando válidamente constituida la hipoteca, y tanto si reclama o no la posesión del predio, está automáticamente facultado para preservarlo del deterioro que pueda experimentar en las manos del deudor hipotecario o de un tercero dependiente de éste. En tal supuesto de posesión «ajena», el acreedor puede, además de exigir al deudor las responsabilidades inherentes a un arrendatario, prohibir, incluso en virtud de orden judicial, los actos que de algún modo mengüen el valor de la garantía. Entre los actos susceptibles de prohibición cabe citar la retirada de inmuebles por incorporación y destino verdaderamente valiosos y la tala de bosques moderables. Asimismo, contra estos actos lesivos de su derecho, el acreedor no poseedor puede reaccionar solicitando la posesión del inmueble, lo que, por otra parte, constituye una facultad que le está atribuida de forma autónoma, como veremos más adelante.

Además de la acción puramente personal para el cumplimiento de la obligación (*action on the debt*), hay a disposición del acreedor varias de índole real: nombramiento de un depositario o administrador de la finca (*appointment of a receiver*), posesión directa e inmediata de la misma (*possession*), realización de la garantía mediante su venta (*sale*) y extinción del derecho equitativo de redención o decomiso (*foreclosure*), convirtiéndose el acreedor, mediante el ejercicio de este derecho, en titular o dueño de la garantía. La única acción que puede ejercitar antes del incumplimiento de la obligación garantizada es el recurso posesorio en favor del propio acreedor. Las demás medidas no pueden adoptarse hasta que la obligación quede incumplida. Una venta puede ser ordenada por Tribunal competente sustituyendo a la extinción de la facultad redentoria. Como excepción al principio procesal, vigente en Derecho inglés, según el cual no pueden ejercitarse simultáneamente contra una persona varias acciones conducentes a un mismo fin, es facultad del acreedor hipotecario poner en práctica todas o algunas de las acciones o medidas que le competen (por ejemplo, pedir el pago del capital y los intereses, la posesión del predio y el decomiso de la garantía), si bien es evidente que su resultado práctico no puede, en ningún caso, ser acumulativo; si se obtiene el pago del capital y los intereses, los restantes medios son innecesarios.

Las acciones o remedios de que dispone el acreedor en defensa de su derecho pueden agruparse en una triple clasificación, en la cual nos apoyaremos para su posterior estudio. Hay acciones que entrañan realización de la pertenencia hipotecada (venta de la garantía y acción comisoría), mientras que con otras, aun persiguiéndose la efectividad del crédito, no se llega a desencadenar aquel radical efecto (acción personal

derivada del contrato, toma de posesión del predio y nombramiento de un administrador). Finalmente, hay un grupo de facultades complementarias: seguro contra incendios, posesión de los títulos de propiedad, etc.

5.2. *Realización de la garantía*

La Ley de Derecho de Propiedad de 1925 dispone que un acreedor hipotecario cuyo derecho haya sido constituido en escritura solemne (hipoteca legal, afección en pago con fuerza de tal y afección hipotecaria inscrita) está facultado, en los supuestos de incumplimiento de contrato que luego veremos, a vender la garantía de forma personal y directa, para hacerse pago del crédito con el precio resultante de la venta. Esta facultad puede ser modificada, ampliada o completamente excluida en virtud de pacto.

Cuando varias hipotecas recaen sobre una misma pertenencia inmobiliaria, el primer acreedor hipotecario puede ejercitar su facultad legal de venta sin que sea precisa la concurrencia de los posteriores, pero sin perjuicio de la doble obligación que le atañe respecto a ellos: notificación de la venta y entrega del sobrante. Si es el segundo o posterior acreedor el promotor de la venta, el adquirente de la pertenencia hipotecada la incorpora a su patrimonio con el gravamen de la primera hipoteca.

Los supuestos de ejercicio de la facultad legal de venta son: impago del capital del préstamo, total o parcialmente; retraso de dos meses en el pago de los intereses, incluidos en este concepto los vencimientos periódicos y combinados de capital e intereses e incumplimiento de obligaciones legales o contractuales contenidas en la escritura solemne de hipoteca.

El primero y principal requisito de procedimiento, entendiendo esta expresión en su sentido amplio de actuación o trámites a seguir y no de procedimiento judicial, pues la intervención de los Tribunales en la venta es absolutamente excepcional, es el requerimiento de pago. La venta no puede llevarse a cabo sin que transcurran tres meses desde la fecha en que el requerimiento sea practicado. El requerimiento de pago ha de dirigirse al deudor o constituyente de la hipoteca, a quienes traigan causa de él y a cualquier otro titular del derecho equitativo de redención, entre los que, por supuesto, se encuentran los eventuales acreedores posteriores. El requerimiento se considera suficientemente practicado si se hace llegar al último domicilio conocido (vivienda o centro de actividad mercantil, profesional o laboral) o se fija o se deja disponible en el inmueble hipotecado. Asimismo, el requerimiento es sufi-

ciente si se envía por correo certificado y no hay devolución del envío postal efectuado. El objetivo perseguido por el requerimiento es el de proteger el derecho del deudor hipotecario y acreedores posteriores a defenderse de la grave amenaza que la venta entraña para su patrimonio. Si esta finalidad queda sustancialmente cubierta, el Tribunal que eventualmente hubiere de juzgar sobre la forma en que se practicó no lo hará con minuciosidad excesiva si el defecto alegado puede perjudicar a un comprador de buena fe.

La venta puede hacerse en pública subasta o privadamente. La venta privada, realizada sin anuncio al público, y aun sin consultar al deudor y a los acreedores posteriores, es válida, supuesto que se haga de buena fe y por precio justo. Toda venta realizada a un precio fraudulentamente bajo es susceptible de anulación. Recae sobre el acreedor hipotecario la lógica prohibición de comprar, ni solo ni conjuntamente, ni tampoco a través de personas interpuestas.

En la actualidad, los efectos de la venta son tales que el acreedor hipotecario que ejercita la facultad correspondiente dispone de la pertenencia legal, plena o menos plena, o derecho real inmobiliario objeto de la hipoteca, libre de cualquier pertenencia, derecho real o facultad de todo tipo, respecto de los cuales la hipoteca ejecutada goce de prioridad, pero sujeta a todos los de rango superior a ella. La escritura solemne de transmisión se otorga por el acreedor en nombre del deudor. En manos del comprador, al recibir los derechos, tanto del acreedor como del deudor, se opera la extinción de la hipoteca por confusión de derechos.

La protección que se otorga al tercer adquirente de manos del acreedor hipotecario depende de diversos factores. En principio, el acreedor está obligado a proporcionar al comprador demostración de la suficiencia de los hechos desencadenantes del ejercicio de su facultad, entre ellos el previo requerimiento de pago al deudor. En suma, la ley condiciona su protección a que haya buena fe por parte del comprador, buena fe que presume, pero que el legislador no tiene empacho en descartar, anulando la venta, si el acreedor tiene conocimiento efectivo o presunto de alguna irregularidad de la que resulte beneficiado en su calidad de comprador. Los Tribunales pueden intervenir en el ejercicio de la facultad de venta para sancionar abusos, previa solicitud de parte legítimamente interesada en los resultados de la venta. La jurisprudencia más progresiva sostiene que no basta que el acreedor venda en términos de buena fe, sino también ha de procurar obtener un precio razonable, es decir, el verdadero valor de mercado de la pertenencia hipotecada.

La aplicación del precio ha de considerarse a la luz del principio fundamental de que la venta extingue el derecho equitativo de redención del deudor, lo que constituye al acreedor-vendedor en fiduciario de lo

que exceda del precio sobre el importe de su crédito, en favor de los demás interesados, según sus respectivas prioridades. Supuesta la existencia de acreedores posteriores, el excedente del precio de la venta ha de entregarse al primero de ellos, y si el ejecutante, siendo conocedor de la existencia de un acreedor posterior, abonara el sobrante al deudor, queda responsable frente a aquél. Descartada la presencia de acreedores posteriores, es el deudor o el cesionario del derecho equitativo de redención el que está facultado para percibir el sobrante.

En términos generales, que más tarde precisaremos, un acreedor hipotecario inglés puede ejercitar una acción judicial—que podemos denominar acción comisoría o extintiva del derecho equitativo de redención (*foreclosure*)—solicitando que el derecho a redimir la carga que asiste al deudor y a quienes traigan causa de él, incluidos los acreedores posteriores, se extinga, pasando el dominio del predio hipotecado, en plenitud, a manos del acreedor. En su aplicación práctica, la acción comisoría ha conocido diversas alternativas históricas, que oscilan entre su primitivo carácter de remedio por excedencia del acreedor defraudado en sus expectativas de cobro, a su muy escasa utilización actual unida, sin embargo, a un claro renacimiento en el favor de los acreedores. Todo acreedor hipotecario legal, tanto si se trata de fincas inscritas como no inscritas, puede ejercitar esta acción.

Así, en su perspectiva histórica como en su regulación actual, el ejercicio de la acción comisoría puede implicar, como solución alternativa ordenada por el Tribunal competente, una venta de la pertenencia hipotecada. Si se pretende extinguir el derecho equitativo de redención habiendo acreedores posteriores, o si el valor del predio es superior al del crédito garantizado, el Tribunal, a petición de parte interesada, generalmente ordena una venta en vez de autorizar un decomiso. Ahora bien, durante los plazos concedidos dentro del procedimiento comisorio para pagar la deuda y redimir la carga, un acreedor hipotecario sólo puede ejercitar su facultad institucional de venta con autorización expresa del Tribunal competente que conozca de la acción comisoría. La solicitud de venta como solución alternativa al decomiso ha de hacerse probando el valor real de la finca y garantizando al acreedor—mediante el depósito oportuno—contra todo perjuicio en cuanto al cobro del capital, intereses y costas. En caso contrario, es muy problemático que el Tribunal resuelva favorablemente al peticionario, porque la venta como alternativa ha de basarse en una lógica expectativa de obtener un sobrante. La venta ordenada por el Tribunal puede limitarse a una parte de la propiedad con cuyo precio habría suficiente para hacer el pago, pudiendo ordenar una venta rápida si tal decisión beneficia a todos los interesados o, al menos, no perjudica a ninguno de ellos. La gestión de la venta—he

aquí una importante diferencia con relación a la genuina facultad de venta del acreedor—la lleva el deudor o un segundo acreedor, en cuanto principales interesados en obtener un beneficio económico del acto dispositivo. El precio de tasación, si el acreedor no da su consentimiento a la venta, debe establecerse en una suma que alcance a cubrir lo que a él se le debe.

En suma, el acreedor puede quedarse con la cosa hipotecada en pago de su crédito, siempre que con ello no se enriquezca injustamente por cuenta del deudor o de acreedores posteriores.

La lista de las personas interesadas en el derecho equitativo de redención, que han de ser demandadas en el procedimiento comisario correspondiente, es potencialmente muy amplia. El deudor encabeza la relación. Por derecho propio son parte interesada todos los acreedores posteriores.

El fallo que se dicta dispone, en síntesis, que supuesto que la orden de pago dirigida al deudor o titular del derecho equitativo de redención que corresponda sea inoperante, tenga efecto el decomiso en favor del actor, y si éste hubiere solicitado al mismo tiempo la posesión del inmueble o el Tribunal estimare oportuno otorgarla, se ordena que el deudor la entregue de inmediato al acreedor-actor. Pero veamos todo este mecanismo jurídico, considerablemente complejo, un poco más en detalle.

Si hay acreedores posteriores, se les ofrece, por su orden, la oportunidad de pagar al actor, so pena de decomiso de su derecho equitativo de redención. Después de ellos, se ofrece la misma oportunidad al deudor, bajo la misma amenaza, si no la aprovecha. Pero si los acreedores posteriores o, al menos, alguno de ellos, hacen uso de la facultad de llevar a cabo la redención de la carga, el que la levanta tiene facultad para exigir que el importe de lo satisfecho por principal, intereses y costas, se sume a lo que por razón de su propio crédito podría reclamar, y así sucesivamente, dado que existan terceros y posteriores acreedores hipotecarios. Si el último de ellos levanta la totalidad de las cargas precedentes, su crédito frente al deudor se compone de la suma de todos los créditos cancelados por él, más el suyo propio, y si aquél no le paga, se otorga el decomiso a su favor.

El plazo para el pago lo suele fijar el Tribunal en seis meses. Antaño, si había acreedores posteriores, se concedía un primer plazo de seis meses y tantos de tres sucesivos, como interesados en el derecho equitativo de redención hubiera, además del primero. En la actualidad, el plazo es común para los interesados personados en el procedimiento, como norma general, pero no absoluta. Este o estos plazos son prorrogables en virtud de circunstancias suficientemente acreditadas, como, por ejemplo, la existencia de gestiones serias para vender la garantía en

condiciones convenientes para todos. Comúnmente, la prórroga tampoco se concede en términos incondicionales, exigiéndose el pago de intereses y costas antes de concederla.

La orden absoluta de decomiso ha de sustentarse en una declaración jurada de impago. Constituye un segundo momento en el fallo del Tribunal, que antes había ordenado el decomiso subordinado a la condición de que el pago no se produjera dentro del plazo concedido al efecto.

A pesar de haber sido decretado el decomiso absoluto, excepcionalmente, el Tribunal puede ordenar su reapertura o reconsideración si concurren circunstancias tales como ignorancia o error sobre el estado del procedimiento o respecto de la fecha fijada para el pago, enfermedad o una accidental imposibilidad para viajar de la persona obligada al pago, etc. E incluso el hecho de que la propiedad decomisada tenga un valor especial para el deudor puede tomarse en consideración. Además, si después que la acción comisoría haya producido su efecto, el acreedor ejercita la acción personal para el cobro de su crédito por estimar que el valor de la finca es insuficiente para cubrirlo, automáticamente se abre de nuevo el procedimiento comisorio, recuperando el deudor la facultad de amortizar el préstamo y cancelar la hipoteca.

Después del decomiso es evidente que el acreedor puede vender la pertenencia decomisada; el comprador normalmente adquiere en firme, por lo que aun cuando proceda la reapertura del procedimiento comisorio, el deudor no puede ser compensado con la devolución en especie de la finca perdida, pero sí con el precio que el acreedor obtuvo con la venta.

El decomiso proporciona al acreedor-ejecutante la pertenencia hipotecada o pertenencia base y no la simple consolidación de la pertenencia obrante en su poder a efectos de garantía hipotecaria.

5.3. *Efectividad del crédito sin realización de la garantía*

Tras el estudio de las acciones o remedios que entrañan realización de la garantía pasamos al de los que aun persiguiendo la efectividad del crédito, no llegan a desencadenar tan radical efecto. Son la acción personal derivada del contrato, la toma de posesión del predio y el nombramiento de un administrador.

La existencia de cualquier hipoteca va necesariamente ligada a la de una obligación pecuniaria, generalmente un préstamo, cuyo recobro viene a garantizar con sus enérgicos efectos reales. En virtud del préstamo, el prestatario está personalmente obligado, en los términos de lo convenido, al pago de la deuda contraída.

Supuesto el incumplimiento del pacto expreso de pago de la deuda en fecha determinada, el acreedor hipotecario, y quienes traigan causa de él en virtud de título *inter vivos* o *mortis causa*, pueden, sin perjuicio de la garantía adicional que la hipoteca representa, ejercitar acción contra quien resulte personalmente obligado, deudor principal o fiador.

La Ley del Derecho de Propiedad de 1925 dispone que un acreedor está facultado para designar administrador de la pertenencia hipotecada cuando llegue el momento en que pueda ejercitar la facultad estatutaria de venta, es decir, cuando se le adeuden cantidades por razón de la hipoteca. Es ésta una de las atribuciones más ventajosas del acreedor, ya que el administrador designado por él está de forma muy directa a su servicio, pero es un agente o representante del deudor, por lo que el acreedor nunca es responsable de la actuación dolosa del administrador.

Las previsiones legales en la materia pueden excluirse, modificarse o ampliarse, en virtud de pacto expreso reflejado en el contrato de hipoteca, incluso en lo referente al carácter, normalmente atribuido al administrador, de representante del deudor.

La facultad de designar administrador, que es ejercitable aun después que el acreedor haya obtenido la posesión del predio, no constituye un compromiso irrevocable. Es decir, la inamovilidad no constituye una de las características del cargo, ni tampoco su gratuidad. El administrador tiene derecho a percibir el 5 por 100 del producto bruto obtenido y a que se le abonen los gastos legítimamente realizados.

El administrador está legalmente facultado para exigir y cobrar todas las rentas y productos para cuya percepción fue designado, mediante acción judicial, ejecución privada o de otro modo, en la misma medida en que podría hacerlo el deudor y estando capacitado para dar recibo de lo percibido. El que lo es en virtud de pacto expreso tiene las facultades que expresamente se le hubieren conferido. Entre las facultades no atribuidas a un administrador designado por el acreedor figura la de constituir arrendamientos reales, a menos que el acreedor haya delegado expresamente en él sus atribuciones al efecto.

La obligación que constituye el núcleo de su función es la de aplicar el dinero recibido en concepto de frutos y rentas con arreglo a un orden que marca la ley: impuestos y gastos, cargas anteriores, cobranza de su comisión, primas de seguros y gastos de reparación del inmueble, intereses y capital del préstamo hipotecario cuyo titular le hubiere designado y, por último, el remanente ha de entregarlo a la persona que habría recogido los frutos y rentas en el caso de que él no hubiera sido designado administrador.

Un administrador designado de conformidad con las previsiones legales no puede ni debe ser interferido por el deudor en el ejercicio de

su función; cualquier intento de interferencia puede ser refrenado y sancionado.

La designación de administrador judicial, facultad atribuida a los Tribunales, ha quedado, en cuanto a su ejercicio, muy relegada a un segundo plano como consecuencia de la facultad, asimismo nacida de ley, que asiste al acreedor de ser él quien designe al administrador.

Aunque el nombramiento de un administrador judicial es un acto discrecional del juzgador, no puede, sin embargo, convertirse en un acto arbitrario, ya que ha de hacerse atendiendo a las circunstancias del caso: acción pendiente ante el propio Tribunal (tanto si se trata de hipoteca legal como equitativa), incumpliendo por el deudor de alguna de sus obligaciones y garantía en peligro o abandonada, etc.

El administrador judicial está obligado a prestar fianza, obligación de la que rara vez suele ser dispensado.

Su misión, en síntesis, no difiere grandemente de la del administrador designado por el acreedor: cuidarse de la explotación de la finca, percibiendo sus frutos y rentas, liquidando los gastos precisos y aplicando el supéravit del conjunto de estas operaciones económicas —he aquí la distinción fundamental con el administrador «privado»—, de acuerdo con las directrices fijadas por el Tribunal, al que deberá rendir cuentas, en todo caso, de su gestión.

Nadie puede interferir la gestión posesoria del administrador sin contar con el Tribunal, de cuyo poder decisorio no es sino un mero agente ejecutivo.

Constituida la hipoteca legal, el acreedor queda automáticamente facultado para tomar posesión del inmueble, lo que, normalmente, no suele acontecer. En la práctica, el deudor recibe, generalmente, autorización para conservar la posesión del inmueble, a veces de forma explícita y otras por mera tolerancia del acreedor. Esta situación posesoria suele prolongarse hasta que, sobrevenido el incumplimiento de la obligación de pago que atañe al deudor, el acreedor considera inevitable poner en marcha los mecanismos necesarios para lograr la efectividad de sus derechos. Los segundos y posteriores acreedores hipotecarios están, asimismo, facultados para tomar posesión de la finca, con subordinación a igual derecho del acreedor hipotecario anterior.

El acreedor puede ejercitar judicialmente su derecho posesorio contra el deudor o un arrendatario de éste que no le vincule a él y, alternativamente, tomando posesión directa y pacífica del inmueble; también puede hacerlo notificando a un arrendatario cuyo título le vincule para que, en lo sucesivo, le pague la renta. El carácter necesariamente pacífico de la toma de posesión directa la hace sumamente infrecuente,

dejándola reducida a los supuestos de autorización del deudor o abandono de la finca.

Una vez que el acreedor asume efectivamente la condición de poseedor, no puede, fácilmente, renunciar a ella; los derechos y obligaciones que le son propios le siguen afectando aun cuando ceda su hipoteca, siendo poco frecuente que el Tribunal acuda en su auxilio mediante el nombramiento de un administrador judicial. Estas arduas condiciones hacen que el acreedor no suela llamarse al ejercicio de su facultad posesoria, sino como requisito previo al ejercicio de su facultad de venta, a fin de que ésta no quede obstaculizada por la presencia de posesión adversa.

Procede ahora analizar el estatuto (obligaciones y derechos) del acreedor hipotecario en posesión.

Entre sus facultades descuello, como más importante, la de percibir los productos (frutos y rentas). Asimismo, está facultado para exigir el pago de todas las rentas vencidas y no satisfechas en el momento de su toma de posesión. En los supuestos en que la finca hipotecada incluya un negocio o actividad industrial o mercantil, el acreedor que entre en posesión del predio está facultado para continuar dicha actividad. Los productos han de aplicarse a satisfacer los gastos de explotación y los intereses del préstamo. Los excedentes pueden destinarse a aminorar el capital del préstamo, pero el acreedor no está obligado a aceptar estos pagos parciales.

Entre las obligaciones del acreedor-poseedor destaca la de rendir cuentas al deudor de la explotación de la finca. Su responsabilidad en cuanto a esta obligación se extiende a cuantas personas estén interesadas en el derecho equitativo de redención. Si el acreedor prolonga su posesión más del tiempo preciso para amortizar su crédito, ha de satisfacer renta por razón del exceso posesorio en que incurra. La rendición de cuentas es obligación tan severa que no puede exonerarse de ella mediante pacto. En lo concerniente a la conservación del inmueble hipotecado, no se le exige el mismo celo que al dueño: no tiene obligación de reconstruir edificios ruinosos ni es responsable del deterioro producido por el paso del tiempo. Tampoco es responsable de los deterioros, en general, que se produzcan en el inmueble, pero ha de abstenerse de causarlos más allá de lo que sea estrictamente necesario para el buen fin de su derecho de garantía. Pero sí responde de los daños que el predio experimente por su negligencia grave. Como compensación a esta carga, tiene derecho a ser resarcido de todos los gastos que efectúe para preservar la integridad física y jurídica de la finca.

La relación existente entre acreedor y deudor, cuando éste permanece en posesión de la finca, ha sido objeto de múltiples debates por su

difícil catalogación jurídica. Efectivamente, resulta que el acreedor hipotecario que es arrendatario del deudor, aunque lo sea con fines de garantía, ocupa, posee, en suma, la finca al mismo tiempo que el deudor. De alguna manera y a pesar de lo que esto tenga de paradójico, el deudor se convierte en arrendatario del acreedor que a su vez lo es de aquél.

El desalojo del deudor en cualquier momento es posible, incluso aunque su posesión se base en pacto expreso, si el acreedor hace reserva de sus facultades al respecto. Pero si el acreedor pacta la renuncia a su facultad posesoria salvo para el caso de que el deudor incumpla sus obligaciones en cuanto prestatario, y, a pesar de que no se produzca tal incumplimiento, aspira a tomar posesión del inmueble, es posible que el Tribunal rechace dar cauce libre a sus aspiraciones; a pesar de todo, si los jueces estiman que la pretensión del acreedor es jurídicamente viable, el deudor queda facultado para pedir la indemnización de daños causada por el incumplimiento del pacto arrendaticio.

El régimen de los arrendamientos no hipotecarios en concurrencia con la hipoteca merece también ciertas consideraciones.

Un arrendamiento creado por el deudor antes de que se constituya la hipoteca es vinculante para el acreedor hipotecario. El arrendatario puede seguir pagando, con efectos liberatorios, la renta al arrendador-deudor, aun cuando tenga conocimiento de la existencia de la hipoteca y siempre que se trate de rentas ya devengadas, e incluso de las que están pendientes de producirse, siempre que el acreedor no le notifique su voluntad en contrario. El deudor puede reclamar estas rentas en tanto el acreedor no tome posesión del inmueble.

Sin autorización del acreedor, el deudor, en principio, no está facultado para crear arrendamiento real alguno después que la hipoteca quede válidamente constituida. El arrendatario cuyo derecho se configure vulnerando esta prohibición puede ser desalojado en cualquier momento. También es posible que el acreedor acepte al arrendatario del deudor como si fuera su propio arrendatario. La facultad legal de constituir arrendamientos ha sido estudiada anteriormente en cuanto atribución del deudor hipotecario. Las mismas normas son de aplicación cuando, alternativamente, el acreedor es poseedor. Digamos, como complemento, que, en la práctica, las facultades legales del deudor hipotecario en orden a la constitución de arrendamientos reales se excluyen o restringen en la escritura de constitución de la hipoteca. Tales facultades sólo las puede ejercitar el acreedor cuando está en posesión del predio, pero, a la inversa, puede suceder que el pacto sobre ellas le autorice para usarlas a pesar de que carezca de tal posesión.

Si el arrendamiento no se constituye en uso de las facultades legales de arrendar que competen al acreedor y al deudor, se requiere, para que

la relación locativa quede constituida con plena validez, que concurren a la celebración del contrato, en calidad de arrendadores, tanto el acreedor como el deudor.

5.4. *Facultades complementarias*

Finalmente, ha de merecer brevemente nuestra atención el grupo residual constituido por las facultades complementarias del acreedor en las hipotecas legales.

El acreedor hipotecario legal está facultado para asegurar la finca hipotecada contra el riesgo de incendio, incrementando la cuantía del crédito hipotecario con el importe de las primas del seguro, salvo pacto en contrario o existencia de un seguro contratado por el deudor de acuerdo con lo pactado o respetando las prescripciones legales (mínimo de dos terceras partes de la suma que sería precisa para reconstruir el edificio en el supuesto de su total destrucción).

La posesión de las escrituras o títulos de la pertenencia no inscrita que se hipoteca, es un derecho del acreedor, ya estudiado y comentado, que la mayor perfección técnica del sistema hipotecario español hace innecesaria entre nosotros.

6. PRELACIÓN DE HIPOTECAS

A un sistema hipotecario de extrema complejidad, como el inglés, le corresponde, en lógica correlación, un régimen de prelación de hipotecas (*priority of mortgages*) basado en la multiplicidad de supuestos y en el tratamiento casuístico de los mismos. La búsqueda de soluciones válidas para todos los casos entraña grave quebranto del primordial valor de la seguridad, que sólo puede alcanzarse en grado satisfactorio a través de normas claras y uniformes, como las que regulan la determinación del rango de las hipotecas en Derecho español.

Cuando el legislador inglés de 1925 hubo de enfrentarse al abigarrado espectáculo de las múltiples modalidades de constitución de hipotecas, unas heredadas del régimen inmobiliario anterior y transformadas por él, y otras de creación netamente suya, se vio obligado a respetar o, al menos, a inspirarse en las normas de prelación hipotecaria anteriores a su reforma. Una vez más advertimos cómo la labor de creación del Derecho inglés se hace sin fisuras históricas, con un escrupuloso respeto a la tradición jurídica. Por ello, hemos de ajustar nuestro método expositivo a este planteamiento legislativo en el que el presente asume

y transforma al pasado. Comenzaremos por exponer la configuración de éste en sus líneas generales.

El principio general de la normativa imperante antes de 1926 era el de que el acreedor que ostentase la titularidad de la pertenencia plena—a él transmitida, como sabemos, en cuanto sistema de constitución de la hipoteca legal—gozaba de rango preferente respecto a todas las demás hipotecas, es decir, las equitativas, constituidas con posterioridad a la suya, e incluso las de fecha anterior cuya existencia desconociese al contratar el préstamo.

Las excepciones a la prelación de la hipoteca legal sobre la equitativa de fecha anterior eran consecuencia de que el acreedor hipotecario legal tuviera conocimiento efectivo o supuesto de la hipoteca equitativa más antigua. Este conocimiento podía adquirirse no sólo por omitir la investigación del título, por falta de pesquisas documentales o por no inspeccionar el inmueble, sino también por no exigir la entrega de los títulos al constituirse la hipoteca.

El acreedor hipotecario legal que no exigía la entrega de los títulos debía sufrir la posposición de su derecho al del acreedor equitativo anterior, e incluso al del acreedor posterior, que, actuando de buena fe, fuera más diligente en obtener la posesión de las escrituras de la pertenencia hipotecada. De otra parte, si el acreedor hipotecario legal había realizado pesquisas infructuosas, había que estar a las circunstancias de cada caso para resolver sobre el rango respectivo de su hipoteca y el de otra de carácter equitativo constituida en fecha anterior. El simple hecho de no obtener la posesión de los títulos, si no iba unida a un cierto grado de negligencia, llamémosle complementaria, que la jurisprudencia fue precisando, no era causa automática de posposición.

También si la pérdida de la posesión de los títulos, una vez adquirida, iba acompañada de negligencia grave—falta, por ejemplo, de la más elemental cautela en la custodia de los títulos, que volvían a manos del deudor—, la hipoteca legal anterior quedaba pospuesta en favor de la posterior.

Cuando el conflicto surgía entre dos o más hipotecas equitativas, la norma aplicable era la de la pura y simple prioridad temporal: *qui prior est tempore potior est iure*, con algunas excepciones casuísticas.

La Ley del Derecho de Propiedad y la de Cargas Inmobiliarias, ambas de 1925, introdujeron un nuevo sistema para determinar la prelación entre hipotecas constituidas sobre una misma finca. La idea básica, inspiradora de la reforma, es la de ordenar la prelación entre hipotecas de conformidad con la fecha de su respectiva creación, disponiendo los medios para que el acreedor constituya su crédito de tal modo que quienes pretendan la constitución de hipotecas posteriores puedan conocer el es-

tado de cargas de la finca hipotecada. Con este propósito se establecen tres procedimientos aplicables en función de las circunstancias y que son éstos: posesión de las escrituras solemnes de propiedad, inscripción en un Registro público y notificación por escrito a los titulares de la pertenencia legal o a quienes desempeñen su función (fiduciarios).

La aplicación de esta normativa no gira en torno a la distinción entre hipotecas legales y equitativas, sino sobre modalidades de pertenencias hipotecables: pertenencia legal (en su doble versión de hipotecas legales y equitativas) y derechos reales equitativos (cuyas hipotecas han de ser siempre equitativas).

Todas las hipotecas, tanto legales como equitativas, que afecten a una pertenencia legal inmobiliaria no inscrita en el Registro de Títulos, exclusión hecha de las hipotecas protegidas por el depósito de los títulos, tienen su rango respectivo de acuerdo con la fecha de inscripción en el Registro de Cargas Inmobiliarias. Tal inscripción constituye, para todas las personas y en relación con todos los fines referentes al inmueble afectado, conocimiento de la existencia de la hipoteca inscrita. Las hipotecas inscribibles son las denominadas hipotecas menores y las cargas equitativas de carácter general. Si se omite la inscripción, la hipoteca no produce efecto alguno frente al adquirente de la finca hipotecada o de algún derecho real sobre el inmueble.

El tema de la prelación entre hipotecas inscribibles en el Registro de Cargas ha de ser resuelto a la luz de dos preceptos contradictorios, uno de la Ley del Derecho de Propiedad de 1925 y otro de la Ley de Cargas Inmobiliarias, también de 1925, pero modificada en 1972. Según el primero, la preferencia se establece de acuerdo con el orden cronológico de acceso al Registro, y de conformidad con el segundo, la anterior es ineficaz respecto a la posterior a menos que aquélla estuviera debidamente inscrita antes del otorgamiento de la escritura de la segunda. Las opiniones doctrinales más sólidas atribuyen preferencia a la segunda regla, quizá por estar contenida en una ley de carácter más especial.

Las hipotecas de fincas no inscritas en el Registro de Títulos, tanto legales como equitativas, en las que el acreedor obtiene la posesión de los títulos, quedan también, por precepto expreso, al margen de la inscripción en el Registro de Cargas Inmobiliarias. Una de las causas de esta exclusión está en soslayar los inconvenientes prácticos que la omisión de la inscripción registral supondría para la eficacia de determinados préstamos de corta duración y ágil contratación que, con mucha frecuencia, y especialmente en el ámbito de la contratación bancaria, se constituyen con la garantía del depósito de las escrituras solemnes de propiedad. Distinguiremos dos supuestos: acreedor hipotecario, poseedor

de los títulos, primero en orden cronológico y, acreedor-poseedor de las escrituras, carente de prioridad temporal.

Una dificultad peculiar de este primer supuesto radica en la incertidumbre práctica que entraña la expresión legal: hipoteca protegida por el depósito de los títulos o documentos. Un acreedor hipotecario puede tener derecho a esta protección si recibe sólo algunas de las escrituras relativas a la pertenencia legal (plena o menos plena), creyendo honesta y razonablemente haberlas recibido todas. Es decir, que en este primer supuesto, las dos o más hipotecas cuyos rangos respectivos se hace preciso dilucidar deberían ir acompañadas de la posesión de los títulos, pero tal circunstancia sólo se da respecto a una de ellas o bien hay un reparto de los mismos. Siempre dentro de este primer caso se hace preciso distinguir entre hipotecas legales y equitativas, enlazando así con los criterios inspiradores de las soluciones anteriores a 1925.

Si la primera hipoteca, cronológicamente hablando, es legal y la segunda equitativa, o si ambas son legales, aquélla, es decir, la primera, es preferente a menos que por fraude o grave negligencia (pérdida de los títulos) del primer acreedor, resulte justificada la posposición de la antigua en favor de la moderna.

Puede ocurrir que la primera sea equitativa (constituida mediante el depósito de las escrituras) y la segunda legal. En la mayoría de los casos el acreedor hipotecario legal tendrá conocimiento efectivo de la equitativa, si hace averiguaciones sobre el paradero de las escrituras, y conocimiento supuesto u objetivo, si las omite. En ambos casos es preferente la equitativa. Pero si no le es aplicable la teoría del conocimiento subjetivo u objetivo, podría alterarse la prelación a favor de la legal, de acuerdo con las circunstancias del caso.

Finalmente, si ambas son equitativas, rige la regla *qui prior est tempore potior est iure*, con las excepciones, ya conocidas, de fraude y devolución de las escrituras.

En todos estos subcasos del primer supuesto, el acreedor no primero en orden cronológico y no poseedor de los títulos, es víctima frente al tercero (acreedor anterior), pero no frente al deudor, de una defectuosa constitución de su derecho.

El segundo supuesto de los antes enunciados es el de acreedor-poseedor de las escrituras, carente de prioridad temporal, que puede producirse cuando primero se constituye una hipoteca menor y después otra, legal o equitativa, acompañada de la entrega de los títulos. Se trata de un supuesto mixto de hipotecas protegidas una mediante inscripción registral y la otra en base al depósito de los títulos. Si la primera se inscribe en el Registro de Cargas Inmobiliarias antes de que se otorgue la escritura de constitución de la segunda, la prelación irá

acorde con la prioridad temporal. La prelación es inversa si la inscripción de la primera hipoteca se produce después que la segunda haya sido otorgada y sin que esté vigente en el Registro el preaviso de estarse efectuando su constitución.

La prelación entre hipotecas constituidas sobre fincas inscritas en el Registro de Títulos viene determinada por el orden de su acceso al indicado Registro, aunque éste no sea coincidente con las fechas de otorgamiento de las respectivas escrituras, salvo que del contenido del Registro (preaviso de constitución de una de ellas, por ejemplo) o de las escrituras se deduzca otra cosa.

El acreedor hipotecario con garantía de un derecho nacido de una vinculación estricta o de un fideicomiso para venta, como es el caso de los derechos reales limitadamente heredables (*entailed interests*) y los derechos vitalicios (*life interests*), ha de proteger el rango de su derecho mediante notificación escrita obligatoria de su existencia. La notificación escrita, cuya fecha es la base de la prelación hipotecaria, ha de darse a los fiduciarios en la vinculación estricta y en los fideicomisos para venta.

En suma, el principio de prioridad, en Derecho inglés, está matizado en su aplicación a las hipotecas de fincas no inscritas por las exigencias de la buena fe y de la diligencia que deben caracterizar la conducta del acreedor favorecido por su vigencia. Tratándose de hipotecas sobre fincas inscritas, su aplicación es incondicional.

7. LAS ASOCIACIONES DE AHORRO Y PRÉSTAMOS PARA LA VIVIENDA («BUILDING SOCIETIES»)

Son éstas una modalidad de Asociaciones constituidas con la finalidad de obtener fondos, a través de las aportaciones principalmente efectuadas por sus socios o miembros, para realizar préstamos en favor de aquellos socios que lo precisen como ayuda para adquirir vivienda, garantizando la operación con hipoteca de pertenencia plena o menos plena (*Building Societies Act*, 1962). Hay, como se desprende de la anterior definición legal, dos clases de socios de las A. A. P. V.: socios inversores y socios prestatarios.

Las clasificaciones usuales de las A. A. P. V. las distinguen, de una parte, en Asociaciones carentes de personalidad jurídica (*unincorporated*) y dotadas de personalidad jurídica (*incorporated*), y de otra, en Asociaciones de duración determinada (*terminating*) y de duración indefinida (*permanent*), según que, de conformidad con sus normas estatutarias, se extingan en fecha determinada o al alcanzar un objetivo

previsto o bien se constituyen para desarrollar sus actividades con carácter permanente. A su vez, las Asociaciones de duración determinada y las de duración indefinida pueden tener o carecer de personalidad jurídica.

Las A. A. P. V. sin personalidad jurídica, que en realidad eran simples comunidades de bienes, han dejado de existir. Se constituyeron al amparo de la Ley (*Building Societies Act*) de 1836. La posibilidad de constituir las en el futuro fue abolida por la Ley de 1874, y las que entonces funcionaban se disolvieron o se transformaron en Asociaciones con personalidad jurídica. En lo tocante a las de duración determinada, se ha de decir que hay muy pocas, si es que todavía existe alguna. Por ello, la inmensa mayoría de las A. A. P. V. son de duración indefinida y tienen personalidad jurídica.

Las A. A. P. V. pueden obtener préstamos con determinadas restricciones y con sujeción a ciertos límites establecidos en su legislación específica y en sus Estatutos. En concordancia con esta facultad pueden recibir cantidades en depósito y en préstamos retribuidos con interés, para aplicarlas a los fines de la Asociación. Pueden también, de vez en cuando, emitir títulos representativos de capital recibido en préstamo, cuya suscripción ha de hacerse por entero y de una sola vez, o de forma periódica y parcial. Los títulos del capital así suscrito pueden gozar de prioridad en caso de insolvencia patrimonial de la *Building Society* emisora, prioridad que está en función de las condiciones de la emisión o de los Estatutos sociales. La prioridad se entiende referida al líquido patrimonial en caso de que se extinga la Asociación.

Asimismo, con el fin de garantizar la devolución de cantidades prestadas y aunque la Ley de 1962 no lo prevea de forma específica, las A. A. P. V. pueden constituir hipotecas a favor de terceros.

Los préstamos que no respeten las restricciones o que sobrepasen los límites fijados legal y estatutariamente y los que no se realicen para atender los fines legítimos de la Asociación prestataria, no atribuyen al prestador acción para su recobro. Pero si el prestador acredita que el importe de la operación ha sido destinado al cumplimiento de obligaciones de la Asociación, puede conseguir que su derecho sea reconocido en la medida en que el préstamo se haya aplicado en la forma indicada; asimismo, dispone de acción para que el dinero de su préstamo sea incorporado al activo patrimonial de la Asociación a fin de que se cumpla así el requisito que da vida a su acción de recobro. Además, puede dirigirse contra los Directores que reciban préstamos más allá de los límites permitidos, reclamándoles el importe del exceso indebidamente cobrado.

La facultad de conceder préstamos es objeto de minuciosa normativa. En primer lugar, la Ley de 1962 limita el montante de los prés-

tamos especiales que una A. A. P. V. puede realizar. Se entiende por préstamo especial (*special advance*) el comprendido en alguno de estos supuestos: el realizado, cualquiera que sea su cuantía, en favor de una persona jurídica; el de cuantía superior a 10.000 libras, a favor de persona física; el efectuado, cualquiera que sea su cuantía, en favor de una persona física que, después de recibido el préstamo, resulta deudor de la Asociación en cuantía superior a 10.000 libras. Las A. A. P. V. han de administrar su actividad financiera de tal modo que los préstamos especiales no sobrepasen los límites fijados en su Ley reguladora. Esta autoriza dicha modalidad de préstamos sujetándola a ciertos límites aplicables al conjunto de operaciones de tal índole realizadas en cada año financiero. Se puede recabar autorización para sobrepasar dicho límite, según normas contenidas en la propia Ley.

Un préstamo ordinario puede conseguirse de una A. A. P. V., aunque el prestatario no sea titular de acción alguna que le confiera la condición de socio de la misma, siempre que las normas estatutarias lo permitan. Asimismo, el prestatario puede adquirir simultáneamente la condición de socio, suscribiendo acciones de la Asociación prestadora. Incluso se le pueden anticipar la cantidad necesaria para suscribir las acciones, garantizándola con hipoteca.

Cuando al principio dimos cuenta del concepto legal de las A. A. P. V., quedó claramente expuesto que la garantía que han de tener sus préstamos es la hipotecaria, tanto de pertenencias plenas como de menos plenas. Otras garantías, con el carácter de complementarias (por ejemplo la fianza) son también admisibles siempre que sean de las determinadas en un Anexo de la Ley. Expresamente se ha declarado no admisible el préstamo garantizado con las acciones de un socio. A fin de facilitar el reembolso del préstamo, la Asociación puede exigir la constitución de una póliza de seguro de vida del prestatario, que habrá de cubrir un importe igual al debido por razón del préstamo.

Las A. A. P. V. no pueden prestar dinero con garantía de segunda hipoteca de una pertenencia plena o de un arrendamiento real, excepto si la hipoteca está constituida a favor de la propia Asociación. Un préstamo hecho en segunda hipoteca, al estar prohibido por la ley y ser nula la transacción, no es exigible al prestatario, gozando éste de la plena libertad y disponibilidad de su garantía. Y precisamente por razón de tal nulidad contractual, la operación no se subsana aunque la primera hipoteca se cancele. Por ello, si una Asociación efectúa un préstamo contraviniendo esta prohibición, los Directores que hubieren autorizado la operación responden solidariamente del perjuicio ocasionado a la Entidad.

No hay especiales requisitos de forma aplicables a las hipotecas constituidas por las A. A. P. V. La jurisprudencia ha confirmado que la normativa general en esta materia les es aplicable. La única diferencia importante entre una hipoteca a favor de una A. A. P. V. de otra cuyo titular no sea alguna de dichas Asociaciones, es que aquéllas incorporan los reglamentos de la Entidad como parte del contrato. Además, generalmente, se pacta que toda alteración de tales normas reglamentarias obliga también al deudor.

El peso específico de las *Building Societies* en el mercado del crédito territorial inglés es decisivo. Estas Asociaciones, cuya hegemonía en la contratación de préstamos hipotecarios está plenamente consolidada, constituyen un importante movimiento asociativo de carácter mutual. Se agrupan en la *Building Societies Association* para atender fines comunes.

V. RASGOS ESENCIALES DEL SISTEMA INMOBILIARIO E HIPOTECARIO INGLÉS

Con criterios tomados de la mentalidad jurídica hispánica—los autores ingleses no se sienten inclinados por esta clase de ejercicios intelectuales—podrían, en términos generales, establecerse, de forma sintética, los siguientes rasgos:

1.º Respeto y hasta devoción por la tradición jurídica histórica.

Muy pocas instituciones son totalmente relegadas al pasado. Generalmente sobreviven a todas las reformas—a veces de forma meramente nominal—, adaptándose a las necesidades de los tiempos actuales. El presente asume y transforma el pasado.

El sistema se produce, pues, sin rupturas, con un escrupuloso respeto a la evolución histórica.

2.º Técnica jurídica muy pobre y con frecuencia incluso deficiente.

Puede hablarse, casi sin exageración, de ausencia casi plena, entre los juristas ingleses, de disquisiciones teóricas sobre etimología, acepciones, definiciones doctrinales y planteamientos conceptuales de sus varias instituciones, a menudo construidas con técnica jurídica nada brillante.

En sus exposiciones se prescinde de las consideraciones generales y se entra directamente en la exposición casuística de amplios repertorios de casos jurisprudenciales y en las normas legales.

3.º Marcada predilección por los negocios jurídicos fiduciarios, por las soluciones oblicuas nacidas de la necesidad de evadirse de los angos-

tos e inflexibles cauces del Derecho común *or Common Law*. Ello va unido a una gran riqueza de cauces y posibilidades para atender a unas mismas necesidades reales, lo que conlleva un alto grado de complejidad práctica.

4.º Es característico del Derecho inmobiliario inglés la opción por el valor justicia más que por el valor seguridad. Ello es consecuencia de la aludida riqueza de planteamientos prácticos y de que la justicia de las soluciones se busca a través de la jurisprudencia que acerca el Derecho a la realidad.

El genio jurídico inglés brilla a través de la jurisprudencia, está presente en la justeza y justicia de sus fallos. El Derecho inglés nació como una creación jurisprudencial y ello dejó huella indeleble en su estructura.

Pudiera residir aquí, a nuestro juicio, una de las grandes lecciones que el Derecho inglés, su sistema inmobiliario e hipotecario, nos brinda: su enorme capacidad de asumir jurídicamente cualquier parcela del mundo social, fruto de su singular vocación de instrumento al servicio de la sociedad. Si al Derecho inglés hubiera que buscarle un mote heráldico, quizá podría servir éste: para dar satisfacción a las necesidades prácticas no importa que padezcan los conceptos jurídicos.

5.º Irónicamente, al enjuiciar los méritos del Derecho inmobiliario inglés, CHESHIRE's y BURN (*Modern Law of Real Property*, pág. 3. Londres, 1970) dicen que en principio no ofrece verdadero aliciente intelectual y que escasamente constituye un tema de estudio válido por sí mismo. Tras reflexión más madura, cuando se contempla como en un espejo este aspecto de la vida jurídica inglesa, plasmado en un sistema de normas que durante cerca de mil años se ha ido adaptando, por sí mismo, sin excesivas tensiones y desnaturalizaciones, a una sucesión de profundos—en ocasiones vertiginosos—cambios políticos y sociales, que culminaron con el advenimiento de la sociedad de bienestar, no puede ponerse en duda la positiva contribución de dicho sistema al pensamiento jurídico universal.

FERNANDO BAZ IZQUIERDO

Doctor en Derecho
Letrado de la Caja de Ahorros y Monte
de Piedad de Madrid

JURISPRUDENCIA

I. Resoluciones y sentencias

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

Por MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA,
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO y
JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

3. COMPRA DE FINCA CON DESTINO A DETERMANADA ACTIVIDAD. MODO CONDICIONANTE U OBLIGACIÓN DE HACER. EFICACIA: EL PACTO, CONTENIDO EN UNA ESCRITURA DE VENTA, POR VIRTUD DEL CUAL EL COMPRADOR ADQUIERE UN TERRENO CON DESTINO A LA INSTALACIÓN DE UNA FÁBRICA DE DESHIDRATACIÓN DE PRODUCTOS HORTÍCOLAS, TIENE EFECTOS PURAMENTE OBLIGACIONALES.

PROHIBICIÓN DE DISPONER EN ACTO A TÍTULO ONEROSO SIN DETERMINACIÓN DE PLAZO. INEFICACIA REAL: LA OBLIGACIÓN, ESTABLECIDA EN UNA ESCRITURA DE VENTA, DE NO ENAJENAR A TERCERAS PERSONAS EL TERRENO COMPRADO MIENTRAS EL COMPRADOR NO REALICE LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN DE DETERMINADOS EDIFICIOS, IMPLICA UNA PROHIBICIÓN DE DISPONER CONTENIDA EN UN ACTO A TÍTULO ONEROSO Y SIN TRASCENDENCIA REAL, QUE DEBE SER CANCELADA CONFORME AL ARTÍCULO 98 DE LA LEY HIPOTECARIA.

Resolución de 18 de enero de 1979 (B. O. del E. de 20 de febrero).

A) *Antecedentes de hecho.*—Por escritura autorizada por el Notario de Tudela don Fernando de la Cámara Rocha, el 19 de noviembre de 1957, el Ayuntamiento de dicha ciudad vendió a don Luis Carulla Canals un terreno propiedad de la Corporación, previa segregación y agrupación, haciéndose constar que el Ayuntamiento estaba autorizado por acuerdo del Pleno de la Junta de Veintena y de la Diputación de Navarra para enajenar directamente la finca al señor Carulla «con destino a la instalación de una fábrica de deshidratación de productos hortícolas»; que el comprador adquiriría el pleno dominio con obligación de no enajenar a terceras personas el terreno comprado mientras no realizase las obras de construcción de los edificios que se señalan, así como determinado montaje industrial, y que una vez construidas estas instalaciones, el comprador tendría plena libertad para disponer de los terrenos adquiridos. Esta escritura fue inscrita en el Registro de la Propiedad. Y por escritura autorizada por el mismo Notario, el 7 de diciembre de 1963, el señor Carulla hizo declaración de obra nueva sobre la referida finca relacionando y describiendo los edificios construidos, subsanándose por escritura posterior los errores padecidos en tal descripción. Por escritura autorizada por el Notario de Cervera don Luis Roca Sastre Muncunill, el 20 de marzo de 1964, el señor Carulla aportó la referida finca a la Compañía «Gallina Blanca, S. A.», en aumento del capital social, que igualmente se inscribió en el Registro de la Propiedad. Por acta autorizada por el Notario de Tudela don Domingo González de Echávarri, el 1 de septiembre de 1976, a instancia de la representación de «Gallina Blanca, S. A.», a la que se incorporan, a petición del requirente, certificaciones de diversos Organismos oficiales con el fin de acreditar el cumplimiento de las condiciones estipuladas en la escritura de compraventa, se requirió al Notario para que comprobara e hiciera constar la existencia en la finca de los edificios ya relacionados y descritos en la escritura citada de declaración de obra nueva, de lo que el Notario dio fe.

Presentada en el Registro copia del acta anterior para acreditar el cumplimiento de la condición impuesta y que se extendiera la nota marginal prevista en el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, fue calificada con la siguiente nota: «Examinado este documento, se devuelve al interesado, denegándose la práctica de las operaciones registrales solicitadas, por apreciar el defecto insubsanable de que con los hechos alegados y los documentos aportados con la presente acta notarial, no quedan cumplidas las condiciones estipuladas en la escritura de compraventa otorgada el 19 de noviembre de 1957, ante el Notario de esta ciudad don Fernando de la Cámara, que causó la inscripción primera de la finca 9.969, al folio 236 del tomo 1.130, libro 189 de Tudela».

Se fundamenta esta nota denegatoria en las siguientes consideraciones:

Primera.—En la escritura de compraventa e inscripción citadas, se hace constar que «la venta realizada y los pactos y compromisos consignados se hacen con la condición de que en los terrenos en cuestión ha de instalarse una fábrica de deshidratación de productos agrícolas».

Segunda.—Tanto esta cláusula como la obligación de no enajenar a terceras personas el terreno comprado mientras no se verifiquen determinadas obras, según consta también en la referida inscripción, ponen de manifiesto, a juicio del Registrador que redacta esta nota, lo siguiente:

a) Que no se trata de condiciones suspensivas o resolutorias en sentido técnico, como acontecimientos futuros e inciertos de consignación registral por nota marginal, conforme dispone el artículo 23 de la Ley Hipotecaria.

b) Que, por el contrario, los hechos y actividades relacionados, a cargo del comprador, afectan a las prestaciones objeto de las obligaciones asumidas en el contrato de compraventa que motivó el asiento registral vigente.

c) Que, en consecuencia, y tratándose de un supuesto que afecta al cumplimiento o incumplimiento de obligaciones convenidas en un contrato, no procede la consignación registral de estos hechos y sus consecuencias jurídicas mientras no preste su consentimiento el vendedor como parte interesada o lo decidan así los Tribunales de Justicia.

El criterio que antecede se fundamenta además en la doctrina mantenida por la Resolución de 1 de octubre de 1926 y Sentencias de 5 de julio de 1946, 6 de febrero de 1954 y 6 de julio de 1961.

Don Francisco Hernández Payán de Tejada, como Director general de la Compañía Mercantil «Gallina Blanca, S. A.», interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó que no puede aceptarse la tesis del Registrador de que las llamadas «condiciones» en la escritura de compraventa de la finca no son «condiciones suspensivas o resolutorias en sentido técnico», ya que si son «condiciones», es indudable que procede la nota marginal a que se refiere el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, y si no lo son, no se concibe que accediese al Registro la indebidamente llamada «condición» (arts. 24 y 9 de la Ley Hipotecaria); que desde el momento que, conforme a la escritura de compraventa, el comprador no podía enajenar la finca a tercera persona en tanto no llevara a cabo las edificaciones pactadas, cabía entender que el dominio pleno del señor Carulla quedaba condicionado suspensivamente (art. 1.114 del Código Civil); que, por tanto, justificada la construcción de la fábrica de deshidratación en los términos convenidos, procedía la extensión de la anotación marginal dispuesta en el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, y que exigir que el Ayuntamiento de Tudela preste su conformidad a la extensión de la preceptiva nota marginal, es tanto como supeditar a la aquiescencia de un tercero la proclamación de un hecho comprobado notarialmente.

El Registrador informó que las obligaciones asumidas por el comprador, referentes a la construcción de determinados edificios y a destinar los terrenos a la instalación de una fábrica de deshidratación de productos hortícolas, no constituye «condición suspensiva de la cual se hacía depender la plena adquisición del dominio de la finca por el comprador», según afirma el recurrente, sino una asunción de prestaciones por parte del adquirente que afectan al contenido o extensión de la relación jurídica inscrita, y cuyo cumplimiento o incumplimiento es una cuestión *inter partes* que no puede ni debe apreciar el Registrador; que todo ello se basa en que la condición, en su sentido técnico y objetivo, es un suceso futuro e incierto del que depende el nacimiento o la resolución de una relación jurídica determinante de derechos y obligaciones, y en su aspecto subjetivo consiste en la querida subordinación de la eficacia del negocio a la realización de tal acontecimiento (Sentencia de 21 de junio de 1932 y arts. 1.113 y 1.114 del Código Civil); que en el mismo sentido se mani-

fiesta la Sentencia de 5 de julio de 1946; que en el supuesto que contemplamos no existe el suceso futuro e incierto, ni la subordinación de la eficacia de la obligación a la realización de aquél, por lo que la calificación es correcta desde el punto de vista hipotecario, sin que esta actuación prejuzgue que las prestaciones del adquirente hayan sido o no cumplidas; que estas prestaciones a las que queda obligado el comprador constituyen más bien el contenido de un negocio jurídico condicionante más que condicionado, como claramente expresa la Resolución de 1 de octubre de 1926, y que puede afectar a las relaciones entre comprador y vendedor sobre el cumplimiento o no del contenido de la obligación recíproca y su posible resolución al amparo del artículo 1.124 del Código Civil; que lo que el interesado solicita del Registro es un juicio de valor del cumplimiento de prestaciones y su consignación registral a través de la nota marginal prevista en el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, lo que es evidente no procede practicar, pues ello supondría asumir funciones judiciales que no le corresponden, constituyéndose en árbitro de cuestiones que afectan a las partes interesadas.

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario.

Y la Dirección General acuerda confirmar el auto apelado y la nota del Registrador sólo en cuanto a la negativa de extender la nota marginal, a que se refiere el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, y se indica en la consideración segunda, *a)*, y revocarlos en cuanto a lo indicado en las consideraciones segunda, *b)* y *c)*. Todo ello basándose en los siguientes considerandos (1):

B) *Doctrina de la Dirección General.*—Que a efectos de una mejor comprensión de este recurso conviene destacar los hechos fundamentales que han de servir de base para su resolución: *a)* con fecha 19 de noviembre de 1957 se otorga por el Ayuntamiento de Tudela escritura de venta a favor del comprador de un inmueble formado por agrupación de varios, inmueble que con posterioridad es aportado a la Sociedad recurrente tras haberse hecho constar previamente la declaración de obra nueva correspondiente; *b)* en dicha compraventa se pactaba que el adquirente realizaría una serie de obras en la finca transmitida y hasta tanto no estuvieran terminadas se obligaba a no enajenar el mencionado inmueble; *c)* la Sociedad propietaria del terreno, como causahabiente del comprador, levanta acta notarial de fecha 1 de septiembre de 1976, a la que incorpora cuatro certificaciones con los permisos y autorizaciones pertinentes para el funcionamiento de la fábrica, y requiere a la vez para que el Notario asevere la existencia de las edificaciones construidas en el inmueble que ya habían sido objeto de declaración de obra nueva, todo ello «para acreditar donde lo precise» estos hechos; *d)* que presentada la mencionada acta en el Registro de la Propiedad causa la nota de calificación recurrida.

Que del expediente no resulta con claridad la operación registral solicitada por el recurrente, ya que el documento calificado—acta notarial—sólo contiene la petición genérica «a los efectos oportunos» recogida en el considerando anterior, si bien de la nota del Registrador y del escrito de interposición del recurso parece que se pidió la extensión de la nota mar-

(1) Vistos los artículos 1.124 del Código Civil; 9, 27 y 98 de la Ley Hipotecaria; 51 y 355 del Reglamento para su ejecución, y las Resoluciones de 1 de octubre de 1926, 13 de junio y 25 de noviembre de 1935, 7 de julio de 1949, 4 de noviembre de 1968, 19 de julio y 10 de octubre de 1973.

ginal establecida en el artículo 23 de la Ley Hipotecaria y que hace referencia al cumplimiento de las condiciones suspensivas o resolutorias, tal como se deduce de la consideración segunda, a), de la mencionada obra.

Que en este caso no cabe duda que ha sido correcta la actuación del funcionario calificador en congruencia con lo solicitado, pues el examen de los asientos registrales y la propia escritura de compraventa que sirvió de base a la extensión de aquellos asientos revelan con claridad que la obligación asumida por el adquirente de realizar una serie de obras no determinaron que la transmisión del inmueble quedara sujeta a condición alguna en tanto no fueran ejecutadas las prestaciones a que se comprometió la parte compradora, ya que no se hizo depender el nacimiento o resolución de la relación jurídica de un acontecimiento futuro e incierto, tal como exigen los artículos 1.113 y 1.114 del Código Civil, sino que se trata de un pacto asumido por los contratantes en el que la instalación de la fábrica de productos deshidratados no supone más que la ejecución o cumplimiento de lo pactado con anterioridad.

Que en el mencionado pacto se advierte: a) que no se ha establecido plazo alguno para el cumplimiento de la denominada por las partes condición, por lo que podría indefinidamente mantenerse una prohibición perpetua de enajenar con perjuicio del tráfico jurídico; b) que el cumplimiento no ha sido asegurado con ningún tipo de garantía real ni con una condición resolutoria que afectase a todos los terceros, y c) que, por último, tampoco ha habido pacto reversional o designación de beneficiario para el supuesto de voluntario o involuntario incumplimiento.

Que por todo ello, y aun cuando el pacto fue transcrito íntegramente en su día al practicarse la inscripción—con lo que se entra a examinar los fundamentos b) y c) de la nota—, al tratarse de un simple pacto obligacional que produce sus efectos sólo entre los contratantes y que contiene, por otra parte, una prohibición de disponer constituida en un acto a título oneroso, el artículo 27 de la Ley niega su acceso al Registro por tratarse de un derecho sin trascendencia real, y además la propia legislación hipotecaria tiende a eliminarlo en el caso de que haya ingresado indebidamente, y por eso el artículo 98 del mismo Cuerpo legal ordena que sean cancelados por el Registrador a instancia de parte interesada cuando—como aquí sucede—no estén asegurados especialmente.

C) COMENTARIO.—El documento cuya calificación negativa dio lugar al presente recurso era un acta en la que el Notario autorizante afirmaba la existencia de determinadas edificaciones construidas, cuya obra nueva ya se había formalizado e inscrito previamente, para acreditar aquellos hechos «a los efectos oportunos». Como se señala en el considerando segundo, no resulta claramente cuál era el asiento registral solicitado mediante la presentación en el Registro de dicha acta notarial. Pero teniendo en cuenta lo expresado en la nota de calificación del Registrador, y las diversas actuaciones y alegaciones contenidas en el recurso, puede deducirse que se pretendía la constancia registral del cumplimiento de las condiciones que afectaban a la titularidad registral de la sociedad dueña de la finca. Dando todo ello por supuesto, la discusión planteada se centra sustancialmente sobre la naturaleza jurídica de esos condicionamientos inscritos relativos al dominio de la finca comprada y objeto de aportación. Para determinar el tratamiento registral del cumplimiento de esas con-

diciones o de su cancelación. Comoquiera que en la primitiva escritura de compraventa se contenían dos circunstancias limitativas de la adquisición, relativas respectivamente, una al destino que debía darse a la finca comprada, y otra a la prohibición de enajenarla antes de construir los edificios señalados, procede examinar ahora por separado la naturaleza jurídica, el alcance y la eficacia de ambos pactos.

1. Se había establecido en la escritura de compra que el Ayuntamiento vendedor estaba debidamente autorizado para vender la finca directamente al comprador «con destino a la instalación de una fábrica de deshidratación de productos hortícolas». La finca se vendía para destinarla a una determinada finalidad. Esta especificación de destino afecta a la compraventa y a la relación jurídica de ella resultante. Si la instalación de esa fábrica no llegara a realizarse, ¿cuál sería la consecuencia de ese incumplimiento? En definitiva, ¿cuál es la naturaleza de ese condicionamiento? Veamos algunas posibles opiniones acerca de ella:

a) La compraventa así celebrada estaría sometida a la condición (suspensiva o resolutoria) consistente en la instalación de la fábrica. Sólo se adquiriría el dominio de la finca si este evento condicionante llegara a tener lugar (condición suspensiva) o quedaría resuelto el derecho del comprador si la instalación no tuviera efecto (condición resolutoria). De ambas construcciones parece más acorde con el caso concreto contemplado esta segunda. El comprador adquiriría la finca desde el principio (y prueba de ello son los actos que realiza a partir de entonces: declaración de obra nueva y aportación de la finca a una sociedad anónima), pero quedaría resuelta su adquisición si la construcción de la fábrica no llegara a realizarse. Por eso se debería acreditar el cumplimiento de la obligación contraída para declarar extinguida la condición, impedir su posible juego resolutorio y lograr su cancelación registral. Tal parece ser la construcción mental del representante de la entidad recurrente, que acudió al acta notarial para justificar esos hechos.

En cualquier caso, no parece adecuada la calificación de la obligación contraída como una condición de la compraventa. En primer lugar, porque no se había construido en la escritura de compra como una condición expresa, aunque esta exigencia formal no deja de ofrecer algunas dudas. La condición resolutoria inscribible debe ser expresa cuando actúe en garantía del precio aplazado (art. 11 de la Ley Hipotecaria). ¿Y en los demás casos? En principio, no. Por faltar una declaración legal que exija este requisito. Y porque la existencia de la condición depende de la interpretación que se dé al negocio presuntamente condicional. Para lo cual habrá que tener en cuenta la voluntad de las partes y el propósito práctico perseguido por las mismas, más que las palabras utilizadas en la formalización del contrato (2).

En segundo lugar, porque no resulta así de la interpretación del contrato ni de la voluntad expresada por las partes. En la escritura de venta se dice que el comprador adquirió el pleno dominio de la finca comprada con obligación de no enajenar mientras no se cumplieran determinadas circunstancias. No se condiciona, pues, la adquisición del dominio, sino su enajenación. No cabe inducir de esas palabras un condicionamiento tá-

(2) Véase mi Comentario a las Resoluciones de 19 de julio y 10 de octubre de 1973 en esta misma REVISTA CRÍTICA, núm. 500, enero-febrero 1974, págs. 168-169.

cito de la adquisición del comprador, aunque también se indique que la venta se hacía con un determinado destino, según hemos visto. Porque la expresión de ese destino no se configura en este caso como una condición en sentido técnico. No parece ser ése el fin concreto perseguido por las partes.

En fin, porque no consta el plazo de cumplimiento de esa eventual condición. Sin entrar ahora en el tema de si para ser jurídicamente eficaz toda condición debe tener un plazo determinado o determinable (problema de eficacia civil) (3), parece claro que en todo caso esa determinación de plazo será necesaria para la inscripción registral de la condición (problema de inscribibilidad y eficacia registral) (4).

Todo ello con independencia de que lo que efectivamente se condicione sea el ejercicio de la facultad dispositiva, como en seguida veremos. Porque ésa es otra cuestión. El problema que ahora estamos considerando es el de si se había condicionado la adquisición del dominio de la finca vendida. Cuestión que debe ser resuelta negativamente a la vista del pacto establecido en la escritura. El comprador había adquirido el pleno dominio asumiendo ciertas obligaciones en relación con la finca comprada: realizar determinadas construcciones y no enajenar mientras esos edificios no estuvieran contruidos. Pero éstas obligaciones no se configuran como condición (suspensiva o resolutoria) de la titularidad real del adquirente.

b) ¿Cabe estimar que esa vinculación del comprador y las obligaciones por él asumidas integran un modo condicionante de la compra o determinación modal de la misma? Según TORRALBA SORIANO, el modo en sentido general puede ser entendido como el comportamiento, peso o carga, de carácter patrimonial o no, que impuesto por el autor de una liberalidad al favorecido con ella, debe en ocasiones ser cumplido con los medios económicos recibidos, y otras con los ya existentes en el patrimonio del favorecido, apareciendo unas veces como fin secundario y otras como fin primordial de la disposición. Modo como algo distinto a la condición, el motivo, la causa, la base del negocio y la contraprestación. Que impone al gravado con él una obligación o una prestación de carácter patrimonial que debe cumplir, frente a la cual existe un derecho a exigir su cumplimiento (5). Y para GULLÓN, el modo es una prestación que ha de cumplir el destinatario de una atribución gratuita, impuesta por el que la realiza (disponente) (6). Como ha señalado Díez Picazo, mediante el modo, el disponente en un negocio a título gratuito establece un comportamiento o una conducta que debe ser realizada por el beneficiario de la atribución. El modo es un conducta o un comportamiento debido por éste. Existe en el modo un auténtico deber jurídico a cargo del beneficiario de una atribución patrimonial gratuita. El modo es, en muy buena medida, una deuda del beneficiario y su conducta, en cuanto comportamiento debido, puede ser caracterizada como una «prestación modal» (7).

(3) Tal es mi opinión. No cabe un condicionamiento perpetuo o indeterminado. Véase Díez Picazo: «El tiempo de cumplimiento de la condición y la duración máxima de la fase de *conditio pendens*», *Estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, vol. III, págs. 181 y ss.

(4) Cfr. mi Comentario citado, págs. 169-170.

(5) *El modo en el Derecho Civil*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1967, págs. 92-93 y 44, 93 y ss., y 143 y ss. Véase mi referencia a esta obra en el Comentario citado, pág. 171.

(6) *Curso de Derecho Civil. El negocio jurídico*, Ed. Tecnos, Madrid, 1969, págs. 184-185, y *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 2ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1977, pág. 627.

(7) Prólogo al libro de TORRALBA, citado en la nota 5, págs. 21-22.

En el caso objeto del presente recurso, el Ayuntamiento de Tudela vendía el terreno con destino a la instalación de una fábrica de deshidratación de productos hortícolas. Vinculación expresa de destino de la cosa comprada que condiciona las facultades de utilización del comprador y le impone la obligación de realizar esas construcciones. Ambos datos, la vinculación de destino y la subsiguiente obligación de construir, revelan la existencia de un condicionamiento o determinación modal de la propia compraventa. La adquisición se realiza para el cumplimiento de esa finalidad. Parece, pues, que dicho condicionamiento puede ser calificado de modo accesorio de la voluntad negocial, y como tal, condicionante de la adquisición del comprador.

Dando esto por supuesto, el problema que se plantea es el de la inscribibilidad del modo establecido en esas condiciones. Es evidente que las adquisiciones modales pueden ser inscritas en el Registro de la Propiedad. Recuérdesse el número 3.º del artículo 2 de la Ley Hipotecaria. ¿Pero cuándo? Teniendo en cuenta los antecedentes históricos de estas figuras sometidas a determinación modal y el derecho positivo vigente en el Código, la generalidad de la doctrina entiende que el modo sólo puede existir con eficacia jurídica en las atribuciones patrimoniales a título gratuito (herencia, legado y donación), no en las que se realizan a título oneroso (8).

Sin perjuicio de reconocer las razones históricas e institucionales que fundamentan esta tesis, quizá fuera útil someterla a revisión crítica y reconsiderar si no es posible la existencia de un gravamen modal de afección a un destino concreto en la compraventa. Se vende, por ejemplo, para que la finca comprada sea destinada a una específica finalidad. Como ocurría en el presente caso. Es cierto que tal finalidad condicionante funcionaría íntimamente conectada con la causa del negocio. Se compra para cumplir aquel destino. La causa onerosa de la compraventa, en tal supuesto (causa genérica), no se puede desvincular del motivo concreto incorporado a la causa que condiciona el propio acto adquisitivo (causa concreta). Si se piensa que el modo, como obligación asumida por el adquirente y determinación accesorio de la voluntad, queda fuera de la causa negocial, habría de negarse entonces el carácter modal a estas vinculacio-

(8) Según TORRALBA, en Derecho romano el campo de aplicación del modo se reducía a las liberalidades. Sólo en los actos de liberalidad encontraba y encuentra el *modus* un terreno propicio para su desarrollo. Igual ocurre en la reglamentación contenida en Las Partidas de las disposiciones modales (donaciones modales y disposiciones testamentarias *sub modo*). Y la regulación que del modo se hace en el Código Civil español está fuertemente inspirada en los precedentes históricos patrios, especialmente en las Partidas y en el Derecho romano (arts. 647 797 y 798-1). La prestación objeto del *modus* no tiene el carácter de contraprestación de la liberalidad que le sirve de base y de la cual es accesorio... El modo no tiene carácter conmutativo, compensatorio o de equilibrio patrimonial, ni siquiera en parte, sino meramente limitativo (MEZQUITA DEL CACHO). Por esto el modo no es posible en los negocios onerosos, pues se confundiría con la contraprestación, adquiriendo carácter conmutativo o compensatorio... El modo es siempre un elemento extraño a la causa del negocio jurídico. Este ser extraño a la causa del negocio constituye una de las diferencias más notables entre modo y contraprestación... La índole económica del modo no autoriza nunca a configurarlo como contraprestación equivalente a interdependiente de la liberalidad; lo cual no impide que al quedar destruida ésta desaparezca toda posibilidad de calificar a tal negocio como modal. Pero una cosa es que el negocio modal no exista y otra es que el modo se pueda configurar como contraprestación; si no hay negocio modal, tal vez haya un negocio oneroso, y en este caso se puede hablar de contraprestación; pero si lo hay, existe un modo y éste no es nunca ni equivalente ni interdependiente. Lo que hay que determinar es si el modo, en sentido estricto, es compatible con los negocios onerosos. Parece que no, pues se fundiría con la contraprestación, siendo entonces parte de uno de los elementos que configurarían la naturaleza del contrato, con lo cual ya no sería un modo, pues éste, como elemento accidental, no puede ejercer ninguna influencia en la fijación de dicha naturaleza. El modo descansa siempre sobre una liberalidad... El modo sólo es posible en los actos gratuitos, en que no existe contraprestación, y que implican al mismo tiempo una liberalidad para el gravado (*El modo en el Derecho Civil*, págs 43, 55, 73 a 75, 83 a 85, 113, 115 a 116, 118, 145 a 147).

En el mismo sentido recuérdense las opiniones de GULLÓN y Díez PICAZO, antes citadas.

nes de destino. Lo que me parece, por lo menos, dudoso. La afirmación de que el modo se desconecta de la causa y de la contraprestación asumida por el adquirente, lo cual implica su naturaleza extracausal, depende del concepto más amplio o más estricto que se tenga del modo, y es doctrinalmente válida mientras no se demuestre lo contrario.

En la Sentencia de 4 de junio de 1964 (Falange Española Tradicionalista y de las JONS contra Compañía Telefónica Nacional de España) se contemplaba un caso parecido al que ahora nos ocupa. Se había vendido en escritura pública una casa, pactándose en una de las cláusulas de la venta que el comprador declaraba conocer el destino que se venía dando a la planta baja de la casa vendida por la vendedora, y se obligaba personalmente por sí, por sus herederos y causahabientes y por sus sucesores en la propiedad, a continuar dedicando gratuitamente y a perpetuidad dicha planta baja al mismo fin a que hasta ahora ha sido destinada, es decir, al «fomento del ideario tradicionalista o exaltación de los ideales de Dios, Patria y Monarquía tradicional». La compra fue inscrita en el Registro de la Propiedad y también la cláusula referida. Con posterioridad, el comprador vendió la misma finca a la Compañía Telefónica Nacional de España, sujeta a lo establecido en aquella cláusula, e inscribiéndose también en el Registro. FET y de las JONS demandó que se declarara la existencia de un derecho de servidumbre personal a su favor, por virtud del cual la planta baja de la casa tenía que ser destinada al fomento de aquella ideología, condenando a la Compañía demandada a que respete esta servidumbre y ponga a disposición de la demandante la referida planta baja. En primera instancia se desestimó la demanda. La Audiencia confirmó la sentencia apelada. Y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

A pesar de que también aquí había una vinculación de destino contenida en la compraventa de una finca, la doctrina del Tribunal Supremo no nos sirve para esclarecer el problema ahora planteado de eficacia de un modo condicionante de destino en la compraventa, porque gira alrededor de la posible existencia de un derecho de servidumbre personal comprensivo de ese condicionamiento, ya que ésa fue la construcción jurídica de la demanda y de los recursos ulteriores. En este sentido, parece aceptable la doctrina del Alto Tribunal cuando afirma que para el establecimiento contractual de una servidumbre personal hacen falta unos requisitos (determinación del gravamen, constitución expresa como tal) que aquí no se daban. Y que no puede ser bastante para producir el efecto de tener trascendencia real el hecho de que en un contrato se obligue personalmente una de las partes a respetar una modalidad de uso, aun cuando extienda esa obligación a sus herederos, causahabientes y sucesores, lo que al no afectar directa o inmediatamente la cosa a la finalidad perseguida carece de eficacia como derecho real.

Aun centrada la discusión en la existencia de la servidumbre, el Tribunal Supremo alude también a la cláusula modal. Y así dice en el segundo considerando que el compromiso adquirido por el comprador de un bien inmueble, a título de obligación personal, de seguir dedicando la cosa transmitida al mismo fin que lo venía consagrando la persona del vendedor a título gratuito y perpetuo, extendiendo en el contrato esa obligación a sus herederos, causahabientes y demás personas que pudieran sucederle en la propiedad de lo adquirido, supone el establecimiento de

una estipulación lícita, *de mera adscripción modal en cuanto al uso o aprovechamiento*, pero con caracteres que desdibujan o desbordan los de limitación de aprovechamiento o temporalidad de uso que son inherentes a la servidumbre personal, sin que ello pueda tener trascendencia real, al no ligar más que a los contratantes que la estipularon y a aquellas personas a las que pudieran extenderse los efectos del contrato, conforme al artículo 1.257 del Código ..., y no puede ser considerada como una carga que se intenta hacer valer contra los terceros que aparezcan como propietarios sucesivos.

En definitiva, el problema consiste en decidir si estas cláusulas modales producen efectos *inter partes* o frente a terceros, si la vinculación de destino puede funcionar como carga real que afecte a los terceros adquirentes, si puede ser inscrita en el Registro y estar dotada de eficacia oponible. Y en segundo lugar, si estos condicionamientos de destino son también eficaces cuando aparecen establecidos en contratos de compraventa. Quizá falte en nuestra doctrina algún estudio general relativo a la inscribibilidad de las estipulaciones modales, especialmente en los contratos onerosos (9). Sería conveniente replantear, desde esa perspectiva, la posible validez del modo condicionante de destino en los contratos onerosos y su eficacia como carga real. Sin embargo, no es éste el momento para abordar un tema tan extenso y problemático. Quede su estudio detallado para otra ocasión. Si admitimos la tesis de la doctrina dominante, según la cual la cláusula modal sólo es válida y eficaz en los negocios a título gratuito, habrá que concluir la falta de eficacia real del condicionamiento de destino que figura en la venta hecha por el Ayuntamiento de Tudela en favor del señor Carulla Canals.

c) Si se considera que la estipulación que estamos estudiando no entraña una condición resolutoria ni una cláusula modal condicionante de destino, parece lógico pensar que se trata de una obligación meramente personal, accesoria o complementaria de las demás asumidas por el comprador. Este compraba el terreno obligándose a realizar determinadas construcciones. Y tal compromiso debería producir efectos puramente obligacionales o *inter partes*, pero no tener eficacia real. Por lo que no debió tener acceso al Registro. E inscrita, debía cancelarse de acuerdo con el artículo 98 de la Ley Hipotecaria. Como se reconoce en el último considerando.

2. Igualmente se había pactado que el comprador adquiriría el terreno con obligación de no enajenarlo a terceras personas mientras no realizase las obras de construcción de los edificios y montaje industrial que se señalaban. Se condicionaba así el ejercicio de la facultad dispositiva del comprador a la concurrencia de esas otras actuaciones. Sólo cuando éstas fueran realizadas podría ya disponer libremente. Condición suspensiva del *ius disponendi*. ¿Puede hablarse entonces de una limitación de la facultad dispositiva o prohibición de disponer en sentido técnico?

Hace años tuve ocasión de señalar que las limitaciones de disponer implican una restricción o condicionamiento en el ejercicio de la facultad dispositiva de un derecho, pudiendo distinguirse dentro de esta figura de tan amplios contornos tanto aquellas que sólo limitan el *ius disponendi*, permitiéndolo con restricciones, como aquellas otras que lo excluyen en

(9) Aparte el artículo de MEZQUITA DEL CACHO (RDP, enero 1960, pág. 21) y el libro de TORRALBA SORIANO (págs. 166 a 168).

absoluto. La prohibición de disponer recae directamente sobre la facultad de disposición. Cuando el titular no puede realizar válidamente el negocio de disposición, o cuando para ello necesita el consentimiento concurrente de un tercero, estamos entrando en el campo de las prohibiciones dispositivas. Dentro del concepto técnico o estricto de prohibición de disponer deben incluirse tanto las figuras restrictivas unilaterales, sin titularidad actual de otro sujeto, como aquellas otras en que la disposición válida exige la concurrencia de dos o más personas. Siempre que, en ambos casos, no coexista un derecho subjetivo en la otra persona (10). Recuérdese, además, que las prohibiciones de disponer despliegan su eficacia institucional típica y obstativa o excluyente frente al acto dispositivo ulterior. Por lo que deben afectar siempre al tercer adquirente impidiendo que se consolide su adquisición. Y en este sentido es imprescindible su eficacia real, su oponibilidad frente a terceros y su publicidad. Una prohibición de disponer que no impida la eficaz adquisición de un tercero no cumple su función más primaria y directa.

Pues bien, de acuerdo con estas ideas, parece claro que la obligación asumida en la primitiva escritura de compra por el comprador don Luis Carulla implica una verdadera prohibición de enajenar. El ejercicio de la facultad dispositiva del adquirente quedaba subordinado al cumplimiento de unas concretas actividades: construcción de edificios y montaje industrial. Se condicionaba suspensivamente el *ius disponendi* a la realización de esas actuaciones. A diferencia de lo que ocurría en el pacto anterior, aquí sí había un evento condicionante de la libre disponibilidad. Sólo cuando aquellas construcciones estuvieran realizadas se podría enajenar. Y ese condicionamiento excluye mientras tanto la facultad de disponer.

La finalidad de tal limitación dispositiva parece ser la de garantizar el cumplimiento de esa obligación de construir la fábrica de deshidratación que había asumido el comprador. Mientras las construcciones no estuvieran terminadas no se podría enajenar. Sin embargo, esta limitación de la facultad dispositiva o prohibición de disponer sólo produciría su efecto institucional de impedir la enajenación ulterior en la medida en que estuviera dotada de oponibilidad frente a terceros, es decir, si estuviera inscrita. En tal caso tendría eficacia real y podría hacerse constar en el Registro el cumplimiento de la condición y la consiguiente cancelación de la prohibición de disponer. Como pretendía la Sociedad recurrente al presentar en el Registro el acta notarial cuya calificación dio lugar a este recurso.

La Dirección General recuerda que semejante prohibición de enajenar no podía inscribirse. Por ser establecida en un negocio oneroso y por su indeterminación en cuanto al tiempo. Ambas razones son formalmente válidas. Y la conclusión que se deriva de esa apreciación resulta muy clara: Semejante prohibición de disponer no debió inscribirse. Su eficacia es puramente obligacional o *inter partes*. Y la indebida inscripción de ese pacto puede cancelarse, conforme al artículo 98 de la Ley Hipotecaria, sin necesidad de acreditar el cumplimiento de condición alguna (como solicitaba la recurrente), que por afectar a una situación no inscribible

(10) «Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente», ADC, XVIII-IV, 1965, págs. 958 y ss.

tampoco debería estar inscrita, ni contar con el consentimiento del primitivo vendedor (como estimaba el Registrador).

Es verdad que la prohibición de disponer así pactada no encaja dentro del estrecho cauce que brinda la Ley Hipotecaria en sus artículos 26-3 y 27 para estas limitaciones convencionales. Y que el hecho de haberse establecido en un contrato oneroso, como es la compraventa, impide su inscripción. A pesar de su aparente licitud y de su función de garantía. Quizá sería conveniente la revisión crítica de este criterio restrictivo de nuestra Ley Hipotecaria. Y estudiar en una próxima reforma la posible inscripción de las prohibiciones de disponer establecidas en negocios a título oneroso (ejemplo: en garantía del precio aplazado en la compraventa de inmuebles o del cumplimiento de una vinculación de destino, como ocurría en este caso):

En todo caso, hubiera sido necesaria la fijación expresa de un plazo para el cumplimiento de la obligación de edificar la fábrica y para que pudiera inscribirse la prohibición de disponer que lo garantizara.

M. A. G.

4. NO PUEDE EXTENDERSE UNA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DECLARACIÓN JUDICIAL DE QUIEBRA, SI LA FINCA ESTÁ INSCRITA YA A NOMBRE DE PERSONA DISTINTA DEL QUEBRADO EN EL MOMENTO DE PRESENTARSE EL MANDAMIENTO, NI SIQUIERA COMO REFERIDA EXCLUSIVAMENTE A LA CONSTANCIA REGISTRAL DE LA FECHA A QUE SE RETROTRAYERON LOS EFECTOS DE LA QUIEBRA, AUN CUANDO EN TAL FECHA SÍ FIGURASE INSCRITA LA FINCA A NOMBRE DEL QUEBRADO. LA NOTA CALIFICADORA, CONFIRMADA POR LA DIRECCIÓN, ESTIMÓ SUBSANABLE EL DEFECTO.

Resolución de 24 de enero de 1979 (B. O. del E. de 21 de febrero).

Antecedentes de hecho.—En virtud del auto del Juzgado de Primera Instancia de la ciudad de Mula, de fecha 9 de febrero de 1977, se declaró en estado de quiebra necesaria a don Francisco Sánchez Espín, mayor de edad, casado, industrial y vecino de Barcelona, con domicilio en Conde de Güell, 42, ordenando la inscripción de la declaración de quiebra en el Registro de la Propiedad en el libro de inscripciones, con expresión de la fecha señalada provisionalmente para la retroacción, y al mismo tiempo la anotación preventiva de la declaración de quiebra referida en las hojas registrales relativas a determinadas fincas del quebrado, si es que figuraban a su nombre o de la sociedad conyugal en la fecha de retroacción señalada provisionalmente.

Presentado mandamiento del referido auto en el Registro de la Propiedad de Mula, a los efectos de hacer constar la anotación preventiva de referencia en relación con determinadas fincas reseñadas en el precitado auto, fue objeto de nota de calificación del tenor literal siguiente: «Inscrita la declaración legal del estado de quiebra necesaria de don Francisco Sánchez Espín, e inhabilitación del mismo para la libre administración y disposición de sus bienes, a que se refiere el precedente documento, en el libro 2.º de incapacitados, al folio 7, por su inscripción 8.ª, y suspendida la anotación preventiva de la declaración de quiebra en las hojas registrales de las fincas que en el mismo se relacionan, por observarse los defectos subsanables siguientes: a) aparecer actualmente inscritas las citadas fincas a nombre de persona distinta al declarado en estado de quiebra, y b) no consignarse los linderos de los inmuebles objeto de la anotación. No se ha practicado anotación de suspensión por no haberse solicitado».

Presentado de nuevo mandamiento del referido auto, en unión de escrito adjunto solicitando nueva calificación, el Registrador consideró subsanado el segundo de los defectos consignados en la anterior nota calificadora, confirmando el primero porque, figurando inscritas las fincas a nombre de persona distinta del quebrado, no es posible practicar el asiento de anotación preventiva mientras no se cancelen las inscripciones a favor del actual titular.

El Procurador señor Cantos Galdámez interpuso recurso gubernativo contra la segunda nota de calificación y alegó: que la Sindicatura de la quiebra, de la que ostenta representación, está legitimada para la interposición de recurso, según resulta de los artículos 19 de la Ley Hipotecaria y 111 del Reglamento para su ejecución; que se han cumplido los requisitos de procedibilidad de los artículos 134 y siguientes del Reglamento Hipotecario, así como los relativos al tiempo en que debe ser entablado; que, entrando en el fondo del asunto, indica que la calificación es incongruente, ya que lo que se ordena en el mandamiento no es la anotación de quiebra—inviable si ya o es el quebrado el titular—, sino la anotación preventiva (*) señalada provisionalmente para la retroacción, en los asientos de las fincas que a la sazón estuvieran a nombre del quebrado; que del precitado mandamiento resulta que en la fecha de retroacción figuraban los bienes a nombre del quebrado, y ahora lo están a nombre de otra persona, de lo que se deduce que el quebrado las vendió con posterioridad a la referida fecha de retroacción; que el carácter público de la quiebra no puede rebajarse hasta el extremo de que ni siquiera la fecha de retroacción pueda ser objeto de anotación preventiva; que la constancia registral de la fecha de retroacción no lesiona los intereses del actual titular registral, siendo de utilidad su consignación a efectos de publicidad respecto de quienes puedan tener relaciones jurídicas con las fincas; que la nulidad radical de los actos dispositivos del quebrado entre la fecha de retroacción declarada y la de la declaración de quiebra, pese a la Ley Hipotecaria y a la buena o mala fe del adquirente, resulta, entre otras, de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1958; y que el carácter público de nuestro Derecho concursal abona la tesis de ser viable la constancia registral de la anotación preventiva de la fecha de retroacción, aunque al practicarse no sea ya titular registral el declarado en quiebra.

El Registrador informó: que lo ordenado en el mandamiento es la anotación preventiva de la declaración de quiebra con expresión de la fecha de retroacción, y no la anotación preventiva de la fecha de retroacción, ya que esta última—a diferencia de la primera—no encuentra apoyo en precepto alguno; que no hay incongruencia de la calificación registral respecto del mandamiento judicial, sino suspensión de la práctica del asiento de anotación preventiva y, consiguientemente, no consignación de la fecha de retroacción, ya que tal dato no es susceptible de tener acceso al Registro al haberse suspendido la práctica de la anotación; que el recurrente viene a admitir la realidad de la nota calificadora al excluir en sus alegaciones la práctica de la anotación en el supuesto de que el quebrado no sea ya titular; que las anotaciones de origen judicial que tienen acceso al Registro han de dimanar de procedimiento seguido contra

(*) Suponemos que aquí se han omitido en el texto del *Boletín Oficial del Estado* al menos las palabras: «de la fecha».

quien sea titular registral en el momento en que la anotación se practica, lo que no ocurre en el presente caso, en que el procedimiento se ha seguido no contra el titular registral actual, sino contra un titular anterior, sin demanda, citación ni audiencia del primero en el procedimiento y con clara infracción de las exigencias del principio de tracto sucesivo; que de seguir la doctrina del recurrente, la nulidad de los actos dispositivos del quebrado y, presupuesta la retroacción, alcanzaría a cualesquiera titulares registrales, incluso en el supuesto de que la declaración de quiebra no llegara a anotarse; que la fecha de retroacción fijada en el mandamiento es provisional; que en el dudoso supuesto hipotético de que la adquisición del actual titular registral fuese nula, lo que surgiría sería un supuesto de inexactitud registral, y, en consecuencia, habría que rectificar el Registro; que el Registrador carece de legitimación para decretar la nulidad de una adquisición y la consiguiente cancelación de la inscripción que la refleja, y que en este sentido se manifiesta la Resolución de 28 de febrero de 1977; que la constancia de la fecha de retroacción no puede ser objeto único de anotación preventiva, ya que es un puro dato accesorio dentro de la anotación de quiebra, y que mientras no se cancelen las inscripciones vigentes a favor del actual titular registral, no es posible practicar el asiento interesado en el mandamiento judicial.

El Juez de Primera Instancia informó: que el Registrador en su calificación es congruente con el mandamiento judicial; que el tracto sucesivo obstaculiza, en efecto, la práctica de la anotación, ya que el titular registral vigente no es el quebrado y todo ello resulta del artículo 20 de la Ley Hipotecaria; que no se puede practicar anotaciones sobre inmuebles inscritos a favor de personas no demandadas en juicio; que la nulidad del artículo 878 del Código de Comercio no es tan absoluta como para prescindir de su declaración judicial en proceso contradictorio con intervención de las partes, y agregó a las anteriores consideraciones que si al tiempo de la fecha de retroacción «los bienes sobre los que se pretendía tal anotación figuraban inscritos a favor del quebrado, es indudable que ello suponía, implícitamente, que los tales bienes también figuraban en la actualidad inscritos a nombre del quebrado».

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones sustancialmente similares a las expuestas por éste.

El Procurador, señor Cantos Galdámez, interpuso recurso de apelación con relación al auto—confirmatorio de la nota del Registrador—del Presidente de la Audiencia, añadiendo a sus anteriores argumentaciones, que a pesar del carácter impropio de la anotación de la fecha de retroacción de la quiebra, es viable su constancia registral, ya que la anotación propugnada ni determina una carga real ni produce efectos de cierre del Registro.

Y la Dirección General (1) acuerda confirmar el auto apelado y la nota del Registrador, en base a la siguiente:

Doctrina de la Dirección.—El problema planteado en el presente recurso consiste en determinar si puede extenderse una anotación preventiva de declaración judicial de quiebra en el supuesto de que las fincas sobre

(1) VISTOS los artículos 878, 2.º, del Código de Comercio; 20, 42, 73 y 82 de la Ley Hipotecaria; 142, 166, 4.º, y 174, 3.º, del Reglamento para su ejecución; la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1958, y las Resoluciones de este Centro de 14 y 31 de diciembre de 1960 y 28 de febrero de 1977.

las que haya de practicarse estén inscritas a nombre de persona distinta del quebrado, al resultar de los libros del Registro que es otro el titular registral en el momento de presentación del mandamiento judicial; y mas concretamente, si en el anterior supuesto es posible entender que la fecha de retroacción de la quiebra tiene entidad suficiente para poder ser objeto exclusivo de una anotación preventiva, de suerte que fuera viable su práctica en estas condiciones.

El acceso de la declaración judicial de quiebra al Registro de la Propiedad se halla facilitado por los artículos 142 y 166, párrafo 4.º, del Reglamento Hipotecario, precepto este último que se refiere expresamente a las resoluciones judiciales declarativas del estado de quiebra.

En el momento de presentar el mandamiento en el Registro las fincas inscritas aparecen a nombre de persona distinta del que ha sido declarado en estado de quiebra, por lo que a la práctica se interfiere el artículo 20, 2, de la Ley Hipotecaria, que cierra los libros del Registro en los casos en que su titular sea persona distinta—como ocurre en el presente caso—de la contemplada como sujeto directamente afectado por la anotación.

A mayor abundamiento, la anotación preventiva de declaración judicial de quiebra aparece tratada en la Ley Hipotecaria como un subtipo de las anotaciones de incapacidad, y en estos supuestos y otros análogos el artículo 73 de la Ley Hipotecaria presupone la previa inscripción a favor de la persona directamente afectada por la anotación, en este caso el quebrado, sin que conste que el titular registral que proclaman como actual los asientos del Registro haya sido demandado, citado ni oído en el procedimiento, lo que no guarda paralelismo con las normas básicas procesales.

Por consiguiente, la práctica de la anotación de declaración de quiebra aparece obstaculizada por la mencionada interferencia del principio de tracto sucesivo registral, de suerte que su práctica exigiría la cancelación de la inscripción actualmente vigente y la inscripción a nombre del quebrado de las fincas afectadas, con lo que la congruencia procesal e hipotecaria de la mentada anotación no encontraría ningún obstáculo para su extinción en el Registro.

Al poner en relación los principios hipotecarios con el artículo 878, punto 2.º, del Código de Comercio, trae consigo que este último precepto no pueda ser interpretado en su sentido más radical, pues ello llevaría a cancelar automáticamente los asientos posteriores a la fecha de retroacción y relativos a actos dispositivos del quebrado; pero a la práctica de la referida cancelación se oponen preceptos que—como los artículos 82 de la Ley Hipotecaria y 174, 3.º, del Reglamento para su ejecución—minimizan los efectos de la retroacción en el caso que nos ocupa, al no ser firme la resolución, por lo que resulta registralmente inadecuada la postura maximalista en el supuesto discutido.

No obstante, el verdadero problema planteado en forma alternativa en el recurso es la posible práctica de una nueva y autónoma anotación preventiva, cuyo objeto exclusivo sería la sola constancia de la fecha de retroacción.

Hay que tener en cuenta que la fecha de retroacción es un mero elemento accesorio dentro de la sustantiva anotación de declaración de quiebra, por lo que no sería en sí viable su práctica, aparte de que su admisibilidad se hallaría obstaculizada por el criterio de *numerus clausus* en

materia de anotaciones preventivas, criterio avalado por el artículo 42, número 10, de la Ley Hipotecaria y las Resoluciones de este Centro Directivo de 14 y 31 de diciembre de 1960.

COMENTARIO.—I. El recurrente, Procurador de la Sindicatura de la quiebra, inicia el recurso sin gran entusiasmo; parece convencido de antemano de que no es posible practicar una anotación preventiva plena y normal de la declaración de quiebra en las fincas que ya no figuran inscritas a nombre del quebrado, e incluso llega a afirmar que el mandamiento no ordenaba tal cosa, a pesar de que del resultando primero parece desprenderse que se ordenó inscribir la declaración de quiebra en el Libro de incapacitados (aunque el *Boletín Oficial* diga Libro de inscripciones), con expresión de la fecha señalada provisionalmente para la retroacción, y anotar preventivamente la declaración de quiebra, con igual expresión, en los folios registrales de las fincas que figurasen inscritas a su nombre (o de su sociedad conyugal) en la indicada fecha de retroacción. Convencido, un tanto prematuramente, de que es imposible practicar la anotación de la declaración de quiebra, el recurrente pretende únicamente que se anote la fecha señalada provisionalmente para la retroacción en las fincas que estuviesen inscritas a nombre del quebrado en tal fecha, alegando el carácter público de la quiebra, que tal anotación no lesiona los intereses del titular registral y la utilidad de tal consignación a efectos de publicidad, habida cuenta de la Jurisprudencia sobre nulidad radical de los actos dispositivos del quebrado posteriores a la fecha de retroacción (2).

La tímida y pesimista posición del recurrente facilita mucho el informe del Registrador, que se limita a mantener, con razón, que si la anotación de la declaración de quiebra no procede, mal puede proceder hacer constar la fecha de retroacción, y añade como argumentos, para reforzar su nota, entre otros: el principio de tracto sucesivo, puesto que el procedimiento no se ha seguido contra el titular registral; la provisionalidad de la fecha de retroacción; que si se anotase tal fecha con los efectos del principio de publicidad, la nulidad de los actos dispositivos del quebrado alcanzaría a cualesquiera titulares registrales sin anotación de la quiebra, y, por último, la doctrina de la Resolución de 28 de febrero de 1977, aunque se refiera a ella en forma poco precisa.

También el Juez mantiene que es el principio de tracto sucesivo el que obstaculiza la práctica de la anotación, que no se pueden practicar anotaciones sobre fincas inscritas a favor de personas no demandadas en juicio, e incluso llega a interpretar el mandamiento en el sentido de limitarse a las fincas que figurasen inscritas a nombre del quebrado en la actualidad (o sea, al expedirse o al presentarse en el Registro el mandamiento), interpretación que estimo poco segura, a la vista del resultando primero, a pesar de ser un tanto auténtica (3).

II. El primer considerando separa dos cuestiones a decidir: si cabía extender la anotación preventiva de la declaración de quiebra sobre fincas inscritas ya a nombre de persona distinta del quebrado en el momento de la presentación del mandamiento; y si, no siendo esto posible, cabía, no obstante, practicar una anotación especial dedicada exclusivamente

(2) En el escrito de apelación insiste en la posibilidad de anotar la fecha de retroacción, aunque la anotación tenga carácter impropio, porque ni determina carga real ni produce efectos de cierre.

(3) El Presidente de la Audiencia, por razones similares a las del Registrador, confirma la nota.

a hacer constar la fecha de retroacción. En rigor, la primera de estas cuestiones estaba ya decidida por ser coincidentes las opiniones del Registrador y del recurrente y, sin embargo, la mayor parte de los considerandos van dedicados a esta primera cuestión, para remachar la imposibilidad que el recurrente mismo reconocía. Dado este reconocimiento, los considerandos segundo al sexto se limitan a: citar la normativa de la publicidad registral de la declaración de quiebra (segundo); indicar la interferencia del artículo 20, 2, de la ley que cierra el Registro cuando la finca no está inscrita a nombre del afectado por la anotación (tercero); recordar la doctrina recogida por el artículo 73 de la ley, como consecuencia de la necesidad de que el procedimiento se haya seguido contra el titular registral (cuarto); insistir en el obstáculo que el principio de tracto representa, en tanto que no fuese cancelada la inscripción vigente y renaciese la inscripción a favor del quebrado (quinto), y, en fin, la imposibilidad de tal cancelación a favor del titular actual por impedirlo los artículos 82 de la Ley Hipotecaria y 174, 3.º, del Reglamento, que obligan a minimizar los efectos de la retroacción e impiden, en el caso contemplado, interpretar el artículo 872, 2.º, del Código de Comercio en sentido tan radical que produjese una cancelación automática de los asientos posteriores a la fecha de retroacción sin resolución judicial firme que determine tal cancelación (sexto).

Pero dando por supuesto el recurrente, y con él, también el Centro Directivo, que la anotación de la declaración de quiebra no era posible, tampoco resultaba muy complicado el resolver que no cabía practicar una anotación innominada y especial, expresa y únicamente dedicada a hacer constar la fecha de retroacción. Tal nueva y autónoma anotación preventiva (séptimo) no es viable, porque la fecha de retroacción es un mero elemento accesorio de la declaración de quiebra, y por el criterio de *numerus clausus* en materia de anotaciones, avalado por el artículo 42, 10, de la ley y las Resoluciones de 3 y 14 de diciembre de 1960 (4). No cabe, por tanto, ni anotar la declaración de quiebra ni hacer constar en el Registro la fecha de retroacción en las fincas que han sido inscritas a favor de persona distinta del quebrado al momento de la presentación del mandamiento.

III. Casi toda la argumentación del Centro Directivo para rechazar una cosa y otra descansa en el principio de tracto sucesivo (art. 20, apartado 2.º, de la ley). No estoy seguro de que sea este principio el directo y preferentemente aplicable al caso. En mi opinión, el estricto sentido

(4) Las dos Resoluciones de 1960, citadas en el vistos, sirven para robustecer la doctrina del *numerus clausus* en materia de anotaciones preventivas a la que recurren los dos últimos considerandos.

En la Resolución de 14 de diciembre de 1960 el Registrador suspendió la anotación ordenada para hacer constar la adjudicación a un padre fiduciario, y titular registral en tal concepto, de los derechos eventuales que como fideicomisario le correspondían a su hijo en la herencia de su abuelo, adjudicación efectuada como consecuencia de un ejecutivo seguido por el padre contra su hijo y en cumplimiento de la sentencia de remate y del auto de adjudicación. La suspensión se basó en no estar inscritos previamente los derechos del nieto fideicomisario y en no proceder la anotación como de embargo, y la Dirección confirmó la nota por no poderse anotar como derecho hereditario por no haber herencia indivisa, no estar definidos y ciertos los derechos del fideicomisario, no ser viable como anotación de embargo ni como cualquiera otra de ninguno de los restantes números del artículo 42 de la Ley, porque no han de practicarse otras anotaciones distintas de las establecidas concretamente, de una manera expresa en las disposiciones legales.

La Resolución de 3 de diciembre de 1960 (y no del 31 como por error consta en el *Boletín Oficial*) dispuso que no puede anotarse en base al número 10 del artículo 42 de la Ley un mandamiento expedido por un Juzgado militar especial, para garantizar los intereses del Estado, sin fundarse en una disposición específica de la Ley hipotecaria o de otra Ley que confiera el derecho a exigirla y en tanto no exista demanda contra el titular registral ante la jurisdicción ordinaria.

del principio formal de tracto sucesivo es el de exigir que conste previamente inscrito ya el derecho (acaso más bien el título) del transmitente; el requisito de que conste inscrito el derecho del transmitente *todavía*, por no haberse inscrito (o presentado) otro título contradictorio, debe ser reconducido al principio de prioridad formal (art. 17 de la ley) (5).

Lo que ocurre es que muchas veces los artículos 20 y 17 se solapan de manera que no es posible saber si el transmitente ha dejado ya de ser titular registral o si falta la registración de un título que le haga ser titular registral (otra vez), y entonces resulta indiferente rechazar la inscripción en base al artículo 17 o en base al 20 (5 bis). Pero en ciertos supuestos debe ser importante saber si el obstáculo está en el tracto sucesivo, cuyo automático juego no tiene otra válvula de escape que el artículo 103 del Reglamento, o está en la ruptura de la prioridad formal, porque ésta decae ante otros principios superiores mediante resolución judicial, y a veces mediante la propia decisión del Registrador; ante el principio de prioridad material. Creo que al resolver la cuestión en base al principio de tracto sucesivo, siempre adjetivo y formal, sin acordarse para nada del principio de prioridad, se despreció en demasía las varias fechas que habían de intervenir al plantearse el problema en torno a los principios de prioridad material, inoponibilidad y fe pública registral; en especial resulta extraño que no se aclare siquiera la cuestión de si la escritura de enajenación efectuada por el quebrado era anterior o posterior a la fecha a la que debían retrotraerse los efectos de la declaración de quiebra, pues el recurrente se limita a deducir que el quebrado vendió las fincas con posterioridad a la fecha de retroacción, del hecho de que el mandamiento las sponga inscritas a nombre del quebrado en la fecha de retroacción y lo estén a nombre de otra persona al llegar el mandamiento al Registro (6).

Si planteamos el problema del recurso viendo la colisión, a resolver por el principio de prioridad, entre una resolución judicial compleja y muy especial referente a la incapacidad relativa de un titular registral, con un título traslativo del dominio otorgado por el relativamente incapaz, parece que, desde el punto de vista de la prioridad formal, deberá darse preferencia excluyente al traslativo de dominio inscrito (presentado) antes; pero si tenemos en cuenta que la declaración de quiebra lleva consigo un pronunciamiento especial y excepcional consistente en la posible

(5) En otras ocasiones he opinado que muchas veces la literalidad de la Ley no es concluyente para resolver el caso concreto prescindiendo de los principios que la informan. Concretamente el artículo 20 de nuestra Ley hipotecaria es insuficiente, en su texto, para averiguar si nuestro sistema registral establece un tracto sucesivo de derechos o un tracto sucesivo de títulos, y si impide la inscripción sólo cuando el transmitente no tiene inscrito todavía su derecho o sirve igual para rechazar la inscripción cuando el transmitente ha dejado de tener inscrito su derecho por transmisión o transmisiones distintas de la que se pretende inscribir.

(5 bis) La circunstancia de que el Registrador suspendiese la inscripción en vez de denegarla no nos demuestra que el apoyo legal estuviese en el principio de prioridad o en el de tracto sucesivo, porque la segunda nota nos demuestra que la calificación de subsanable la conecta con la posibilidad de que fuesen canceladas las inscripciones a favor del titular registral del momento de calificar. No entraremos en si esta solución era correcta o si con este criterio desaparecerían como fuentes de defecto insubsanable todos los principios registrales formales por caber una sentencia judicial que haga desaparecer el obstáculo.

(6) Aunque los supuestos son totalmente distintos y se trata de dos Resoluciones recaídas en supuestos anormales (casi patológicos) las, en parte contradictorias, de 18 de octubre de 1955 y 26 de mayo de 1965 confirman que en materia de colisiones entre un negocio traslativo y declaraciones judiciales de incapacidad o prohibición de disponer del transmitente, similares a la de nuestro caso, más que el automático juego del principio de inscripción previa del disponente es el principio de prioridad formal, en ciertos casos templado por la intervención del de prioridad material, el que procede aplicar.

determinación de una fecha, anterior a la iniciación del proceso, a partir del cual van a resultar nulos, con nulidad radical e *ipso jure*, según autorizada doctrina, los actos dispositivos del quebrado (art. 878, 2.º, del Código de Comercio), es imprescindible estudiar hasta qué punto la prioridad sustantiva, así modalizada, puede influir o prevalecer sobre la mera prioridad formal. La cuestión básica del recurso estaba, por tanto, en si la retroacción de la quiebra, que por los matices de Derecho público de este proceso excepcionalmente los principios de prioridad y fe pública registral, ha de conducir también a una actuación especial del principio de prioridad formal que permita el asiento cautelar de anotación preventiva de la suspensión de pagos con constancia de la fecha de retroacción, aun contra el titular registral adquirente del quebrado. Dada la excepción que la retroacción de la quiebra representa en los principios hipotecarios, ¿es seguro que deba rechazarse la anotación de la quiebra si la fecha de retroacción es anterior a la inscripción y acaso a la escritura de transmisión efectuada por el quebrado? Parece que la contestación afirmativa es la correcta si la retroacción de la quiebra hubiera de detenerse en todo caso ante el tercero subadquirente, pero no es tan indudable si tenemos en cuenta la vacilante doctrina y jurisprudencia, que hace dudoso si la nulidad radical derivada de la retroacción no se detiene en el acto otorgado por el quebrado, sino que alcanza al subadquirente, que, en principio, habría de quedar protegido por la fe pública registral.

El considerando quinto parte de la idea de que es imprescindible cancelar la inscripción a favor del adquirente del quebrado para poder practicar la anotación de la declaración de quiebra, y como aquella cancelación automática sin acto o resolución expreso consintiéndola u ordenándola no es posible, tampoco podrá, consiguientemente, tomarse la anotación de la quiebra. Estamos conformes en que el Juez de oficio no podía cancelar la transmisión para que renaciase la inscripción a favor del quebrado; pero el recurrente en ningún momento pretendía esto y sí solamente la constancia registral de la fecha de retroacción.

Es verdad que el camino normal para evitar la actuación de la fe pública, inscrito ya el acto del quebrado, sería la anotación preventiva de la demanda entablada contra el quebrado y su adquirente para retornar a la masa la finca enajenada; pero recuérdense las polémicas doctrinales y las vacilaciones jurisprudenciales surgidas en torno a la nulidad de pleno derecho establecida por el artículo 878, 2.º, del Código de Comercio y al procedimiento judicial para conseguir la reintegración a la masa, a falta de allanamiento privado, de los bienes enajenados por el quebrado en el período intermedio. Si, en opinión de la mayoría, tal nulidad *ipso jure* no requiere resolución judicial, ¿cuál será la demanda anotable? ¿No será la anotación de la quiebra misma, no obstante la inscripción del acto del quebrado, el asiento más congruente con tal nulidad absoluta sin necesidad de resolución judicial, para cortar la aparición de tercero protegido contra la actuación absoluta de la retroacción?

En otras palabras, podemos decir que la cuestión está en determinar si como consecuencia de que en caso de quiebra la retroacción de ésta representa una grave excepción al principio de fe pública—porque un tercero que, en principio, tenía que estar protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria por adquirir del quebrado cuando aún no es quebrado, deja de estar protegido porque el Código de Comercio admite una espe-

cial resolución judicial que lleva consigo una anormal retroactividad (no obstante ser en principio constitutiva)—, tal grave excepción al principio de fe pública ha de desembocar también en una anormal y excepcional actuación del principio de prioridad formal (o de tracto sucesivo si se prefiere), de tal manera que se admita la anotación de la quiebra a pesar de estar ya inscrito el acto (nulo, con nulidad absoluta) otorgado por el quebrado después de la fecha de retroacción.

Si los principios de prioridad o de tracto deben sufrir excepciones paralelas y congruentes con las que el de fe pública sufre en la retroacción de la quiebra, para que la publicidad registral recobre su equilibrio, el recurrente tenía razón. La publicidad registral de la declaración de quiebra con su fecha de retroacción, efectuada excepcionalmente, a pesar de no estar la finca inscrita y a favor del quebrado, no tendría virtualidad suficiente para cancelar los asientos de las transmisiones del quebrado, aunque éstas sean nulas de pleno derecho, pero sí la tendría para operar sus efectos propios: cortar la actuación del principio de fe pública registral.

IV. En cierto modo, tal posibilidad nos conduce a la vieja polémica entre HERMIDA y ROCA SASTRE sobre los efectos de las inscripciones de incapacidad en cuanto lo más sustancial de tal polémica consistía en si el efecto básico de tales inscripciones debe centrarse en el cierre registral o en el de obstaculizar la actuación de los principios de inoponibilidad y fe pública. La reconducción de esta polémica al tema de la quiebra ya fue profetizada por GINÉS CÁNOVAS.

A primera vista la polémica HERMIDA-ROCA sobre las inscripciones de incapacidad es un ejemplo de bizantinismo jurídico, pues parece que terminan por estar diciendo lo mismo en la práctica. No obstante es imprescindible recordarla porque, en nuestro caso, pueden tener importancia algunas consecuencias que ellos no llegaron a extraer de su controversia. La discusión se centraba en si el efecto básico de la inscripción de incapacidad es cerrar el Registro al acto otorgado por el incapaz o registrar una causa de nulidad del mismo que venga a invertir el juego del artículo 34, impidiendo que aparezca el tercero hipotecario. La insistencia de HERMIDA (7) sirvió al menos para convencernos de que la literatura jurídica sobre las inscripciones de resoluciones judiciales de incapacidad, si no pésima, si ha sido un tanto desafortunada, de que no sólo los hipo-

(7) MARIANO HERMIDA LINARES. Publica su primer trabajo en 1952 en el número de enero, 284, página 20 de esta Revista. En él califica de pésima la literatura jurídica sobre el tema de las inscripciones de incapacidad, y después de enumerar las diversas opiniones sobre el acierto o desacierto del legislador al llevar al Registro de la Propiedad la publicidad de estas resoluciones judiciales, estima incomprensible que ninguno caiga en la cuenta de que la auténtica función de la inscripción y anotación de estas resoluciones no es otra que suspender los efectos del principio de publicidad. En su segundo trabajo (en el núm. 289, junio, págs. 442), también de 1952, hace un análisis más detallado de la reforma del artículo 23 (hoy 32), del que se suprime la referencia que hacía a los artículos 2 y 5 de la Ley, con lo que el principio de inoponibilidad deja de extenderse a las resoluciones de incapacidad (del apartado 4.º del art. 2.º) y se dedica principalmente a impugnar las opiniones de don JERÓNIMO y de cuantos por no puntualizar las diferencias entre incapacidades naturales e incapacidades constituidas por resolución judicial condujeron a la reforma, y a insistir en que la función básica de las inscripciones y anotaciones de incapacidad es excluir la actuación de la fe pública. En 1955, en esta misma Revista (pág. 1 del núm. 320-321), replica extensamente a ROCA con argumentos de consistencia varia, a pesar de lo cual podemos concluir que la discusión queda en tablas porque, en definitiva, el fondo de la cuestión, que no puede desconectarse de los efectos de las varias resoluciones judiciales de incapacidad, no resulta directamente removido. La tesis de HERMIDA puede ser más cómodamente estudiada en las páginas 61 y ss., 69 y ss., 109 y ss., y 224 y ss. de la publicación *Problemas fundamentales de Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, 1973, en la que se recogen los principales trabajos de HERMIDA.

tecaristas sino los civilistas descuidan la rica casuística de incapacidades y la separación de las naturales de las que requieren una declaración judicial y dentro de éstas, aquéllas en que la declaración judicial previa y específica es requisito para la nulidad del acto del incapaz y aquellas en que esta nulidad puede declararse aun sin previa incapacitación judicial. También nos demostró que la reforma del artículo 32 en la última reforma hipotecaria fue más trascendental y poco meditada de lo que parece. Pero ROCA SASTRE, con la rapidez y contundencia que en todo momento empleó con cualquier opinión que intentase repristinar el originario artículo 23 de la Ley y su principio de inoponibilidad, y por ello hiciese vacilar su monolítica y unitaria construcción del tercero subadquirente, contestó a HERMIDA en la edición de 1954 con los argumentos que, por sobradamente conocidos, consideramos innecesarios repetir y que él mismo repite sin alteración en la edición de 1968, a pesar de la última insistencia de HERMIDA en trabajo de 1955 (8).

Siendo el estado de quiebra un supuesto de incapacidad relativa (9), parece lógico que en la polémica a que nos referimos se hubiese llegado a plantear nuestro problema, pues precisamente la redacción del artículo 32 antiguo, incluyendo en el principio de inoponibilidad las resoluciones judiciales de incapacidad, proporcionaban un decidido texto legal que podía desvirtuar cualquier interpretación excesiva del artículo 878 del Código de Comercio. Pero HERMIDA no llegó a relacionar claramente su tesis sobre los asientos de incapacidad como obstáculos del principio de publicidad o fe pública con la retroacción de la quiebra. En cambio, GINÉS CÁNOVAS sí tuvo un afortunado pasaje en el que parece profetizar la, para los principios hipotecarios, desgraciada sentencia de 17 de marzo de 1958; aquel en que dice que «por falta de claridad en la exposición del problema por don Jerónimo y sus seguidores, se llegó en la última reforma (la del 1944-46) a la supresión, después de ochenta y tres años de vigencia, del artículo 23 de la anterior ley, sin reparar en los perniciosos efectos jurídicos que pudiera acarrear, como el de la retroacción de la quiebra, por ejemplo, del artículo 878 del Código de Comercio (10).

V. Colocándonos de parte de los principios registrales frente a las interpretaciones o posturas que el considerando 6.º llama maximalistas en torno al artículo 878, 2.º, del Código de Comercio, sólo alabanzas debe merecernos la Resolución. Puede decirse que se mantiene en la misma línea de la Resolución de 28 de febrero de 1977, tendente a defender al tráfico inmobiliario y al tercero de los excesos del principio de retroac-

(8) La impugnación de ROCA a la tesis de HERMIDA puede verse en la edición sexta de su *Derecho Hipotecario*, tomo IV, 1.º, págs 108 a 116, cuando estudia los efectos de las inscripciones de las declaraciones judiciales de incapacidad. Pero los pasajes de dicha obra y edición que más directamente afectan al problema de nuestro caso, o sea, a las relaciones de la retroacción de la quiebra y la publicidad de ésta con los principios hipotecarios, principalmente con el de fe pública, son además las páginas 632 y ss. del tomo I y las págs. 878 del tomo II.

(9) No es ocasión de entrar en las discusiones sobre si la quiebra, el concurso y la suspensión de pagos son incapacidades relativas o sólo producen prohibiciones de disponer, a pesar de que probablemente la comparación de legislaciones en este punto nos hubiera clarificado mucho el tema de la publicidad de las resoluciones judiciales de incapacitación y de las dictadas en los procesos de ejecución universal.

(10) Este pasaje de GINÉS CÁNOVAS puede encontrarse en su Comentario en esta Revista de la Resolución de 27 de junio de 1953 (núm. de febrero de 1954, págs 129 y ss.), comentario muy útil para conocer la situación en que se encontraba el tema de las inscripciones de incapacidad y sus efectos respecto de tercero a raíz de los trabajos de HERMIDA, y nos demuestra las vacilaciones que siempre han existido en torno a esta cuestión.

vidad de la quiebra (11). Lo discutible es que debamos considerar suficientes los considerandos de la Resolución para desvirtuar esa doctrina y jurisprudencia maximalista, que casi puede estimarse dominante, y que no duda en sacrificar y postergar los principios hipotecarios a la supuesta nulidad radical e *ipso jure* de los actos del quebrado posteriores a la fecha de retroacción, así como también a las adquisiciones de los terceros subadquirentes, en alguna sentencia.

La cuestión planteada en el recurso no puede estimarse resuelta sin partir de lo que deba decidirse sobre el tratamiento que ha de darse a las transmisiones inmobiliarias efectuadas por el que contrató con el quebrado después de la fecha de retroacción cuando no hay publicidad registral ninguna de la situación de quiebra al mometo de realizarse (¿o inscribirse?) tales transmisiones. Es claro que cuando la Resolución impide anotar la quiebra si la finca ya no está inscrita a favor del quebrado, parece estar permitiendo que prevalezcan los principios hipotecarios sobre la retroacción de la quiebra al menos respecto a los subadquirentes. Al mantener el principio de prioridad formal (o si se prefiere el de tracto sucesivo) ordenando rechazar la anotación, parece pretender que no puedan aparecer obstáculos para la protección del principio de fe pública al tercero subadquirente. Pero lo dudoso es que esto deba ser así sin antes erradicar la tendencia jurisprudencial que niega la protección registral del subadquirente frente a la retroacción; bien, en todo caso, cualquiera que sea su título y tenga o no mala fe, como hizo la Sentencia de 17 de marzo de 1958, o bien la concede sólo al adquirente a título oneroso y de buena fe, como hacen otras sentencias y opinan la mayoría de los tratadistas.

Por otra parte, si la protección del subadquirente ha de depender de su buena fe, cabe preguntarse sobre qué ha de versar la mala fe, porque lo decisivo no será conocer la quiebra del transmitente a su transmitente, sino el complejo juego de fechas de la retroacción, del acto del quebrado y acaso de su registración. Y siendo así parece que el medio más idóneo es permitir la publicidad de la quiebra, no obstante resultar inscrita ya la enajenación efectuada por el quebrado, lo que permite la cognoscibilidad legal de la causa que va a originar que la nulidad «ex artículo 878» alcance incluso al subadquirente.

De los preceptos y jurisprudencia citados en el Visto queremos destacar y criticar la referencia a la sentencia de 17 de marzo de 1958, pues en cierto sentido resulta inoportuno su cita (12). En esta sentencia el Tribunal Supremo acogió la postura maximalista y la interpretación más radical del artículo 878, punto 2.º, del Código de Comercio, que precisamente trata de rechazar el considerando sexto de la Resolución. No voy a entrar detalladamente en esta sentencia, minuciosamente analizada por

(11) La Resolución de 28 de febrero de 1977, citada en el vistos, viene a robustecer la tesis del mantenimiento de los principios registrales básicos contra los excesos jurisprudenciales que pretenden extender indiscriminadamente la nulidad absoluta y de pleno derecho de los actos del quebrado posteriores a la fecha de retroacción incluso frente a cualquier tercero subadquirente de buena fe. Aunque el supuesto de esta Resolución es muy distinto al de la que comento, estimo imprescindible su lectura, y para evitar repeticiones me remito a mi comentario en esta Revista (*).

(12) La cita del artículo 878, 2.º, del Código de Comercio era obligada a pesar de que la Resolución viene a apoyarse en la interpretación de este precepto menos favorable a la retroacción de la quiebra. Menos imprescindible era la referencia al artículo 82 de la Ley y 174, 3.º, del Reglamento porque el recurrente no pretendía obtener la cancelación de la inscripción practicada a favor del adquirente del quebrado.

(*) Número 524, enero-febrero de 1978, págs. 75 y ss. la reseña y 80 y ss. el comentario.

OLIVENCIA (13) y MENCHÉN (14) y manejada en mi Comentario a la Resolución de 28 de febrero de 1977. Acaso la cita de esta sentencia en el visto se haga sólo para mantener, con la más desfavorable para los principios hipotecarios, que la cancelación de los asientos posteriores a la fecha de retroacción no puede ser automática y requiere resolución judicial expresa y firme. Pero no se peca de lo considerando de que esta sentencia, al dejar inerte al tercero subadquirente de buena fe (adquirente del adquirente del quebrado), nos conduce a que sea justo para mantener en lo posible la protección registral, el admitir la anotación de la quiebra y de su fecha de retroacción aun cuando se haya inscrito el título transmisivo otorgado por el quebrado después de esa fecha, precisamente para evitar que otro adquirente (subadquirente) posterior vea anulado su título en base a la retroacción de la quiebra, pero por causa que no consta en el Registro. Y he hablado del tercero subadquirente de buena fe porque parece que tenía este carácter el recurrente vencido en casación según las completas reseñas de OLIVENCIA y MENCHÉN, a pesar de que ROCA afirma que la sentencia es correcta en el fondo, aunque no en la expresión literal de su argumentación. Y es que ROCA parte de que estaba anotada la providencia teniendo por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos que precedió a la quiebra; pero nada de esto resulta de los considerandos de la sentencia ni del desgraciado considerando cuarto, que hace claudicante la adquisición del tercero subadquirente porque la cancelación de la inscripción de su transmitente (a su vez adquirente del quebrado) «rompe civil e hipotecariamente el tracto sucesivo por pérdida del dominio y cancelación de la inscripción del transmitente» (!!).

Es cierto que otra sentencia de 31 de mayo de 1960, también analizada en detalle por OLIVENCIA, excluye la protección del posterior subadquirente (en el caso, un cesionario del crédito hipotecario constituido por el quebrado) por falta de buena fe, pero lo cierto es que la jurisprudencia, no menos que la doctrina, baraja un tanto confusamente como terceros ante la retroacción al adquirente del quebrado y al subadquirente y creo que no ha pasado el peligro de que la sentencia de 1958 pueda tener alguna «reprise» trágica para la protección del tercero hipotecario.

Para no repetirme me remito a mi Comentario en esta Revista a la Resolución de 28 de febrero de 1977 (15). Allí estudié someramente la doctrina que había de conducir a la exagerada sentencia de 17 de marzo de 1958, que dejó indefenso al tercero hipotecario ante la retroacción de la quiebra; destaqué la falta de coordinación del artículo 878 del Código de Comercio con la normativa de la publicidad registral y la protección del tercero hipotecario, agudizada por incertidumbre doctrinal y jurisprudencial en todas las cuestiones relativas a la retroacción de la quiebra; enumeré algunas opiniones sobre el procedimiento para la declaración de la nulidad derivada del citado precepto del Código de Comercio, sobre el carácter de provisionalidad de la determinación de la fecha de retroacción y sobre el momento en que la fecha fijada ha de estimarse intocable respecto de terceros, etcétera.

(13) MANUEL OLIVENCIA RUIZ *Publicidad registral de suspensiones y quiebras*, Madrid, 1963, páginas 104 a 109.

(14) BARTOLOMÉ MENCHÉN: Comentario a la Sentencia de 17 de marzo de 1958 en esta Revista, número 374-375, julio-agosto de 1959, págs. 548 a 560. Ver también los trabajos de JOSÉ DE GIRALT, SOTILLO NAVARRO, JIMÉNEZ ESCARZAGA y F. GORÉ, citados en este comentario de MENCHÉN.

(15) Ver nota 11 (*).

La evolución jurisprudencial de los reflejos de la retroacción de la quiebra en la protección registral de los terceros no es ciertamente muy favorable para los principios registrales básicos, pues en la interpretación del artículo 878 del Código de Comercio se han postergado éstos en exceso. La sentencia de 17 de febrero de 1909, aunque estableció que por virtud del artículo 33 de la Ley, la inscripción no impide la nulidad de la venta otorgada por el quebrado después de la fecha fijada para la retroacción, afirma que sin embargo si existieran posteriores adquirentes con los requisitos del artículo 37, sí estarían protegidos.

Se iniciaba el camino para alterar la norma del primitivo artículo 23 de la Ley, que dejaba inmune al tercero de todo título no inscrito e incluso de las ejecutorias de incapacitación y de modificación de la capacidad civil (al referirse el 23 a todos los títulos del artículo 2.º), pero al menos dejaba firme la protección del tercero subadquirente a título oneroso y sin complicidad en el fraude (art. 36-37 antiguos).

Una doctrina casi correcta, al menos con el principio de fe pública registral, es la de 13 de mayo de 1927; luego cabe citar la de 29 de mayo de 1956 y la de 31 de mayo de 1960. Cualquiera de ellas pudo ser citada mejor que la de 17 de marzo de 1958, porque ésta llega a afirmar que anulado radicalmente el derecho del transmitente (el adquirente del quebrado), queda anulado el derecho del subadquirente sin distingo ninguno en cuanto a sus circunstancias.

VI. Me he extendido, acaso demasiado, en la situación doctrinal y jurisprudencial de la colisión de la retroacción de la quiebra con los principios protectores del tercero, porque creo que uno de los retos más importantes que el legislador encargado de la modernización de la normativa de quiebras y suspensiones de pagos tiene, es el que dicha colisión plantea. El caso concreto del recurso no es sino un aspecto de la misma, y su correcto planteamiento no puede desligarse de la manera en que aquella colisión se despeje. Por ello carecería de sentido profundizar y opinar más sobre la correcta solución de dicho caso sin partir del régimen definitivo de los efectos de la declaración de quiebra respecto a los actos del quebrado anteriores a la declaración judicial misma, cuestión en la que sólo cabe confiar en que la reforma en marcha acierte con planteamientos que no olviden la institución registral, las muchas posibilidades que la misma ofrece para conjugar la seguridad de los derechos y la del tráfico que es su finalidad específica, así como tampoco las enseñanzas que ofrezca el Derecho comparado en el tema de retroacción de la quiebra y sus paulianas específicas.

T. C. G.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR SERGIO SAAVEDRA QUEIMADELOS,
JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA y
JOSÉ QUESADA SEGURA

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

PRINCIPIO DE LEGITIMACION REGISTRAL: PRESUNCION «IURIS TANTUM».—LA DEMANDA DE DECLARACION DE PROPIEDAD PARA QUE SE REFLEJE EN EL REGISTRO UNA SITUACION DE COTITULARIDAD NO ES CONTRADICTORIA DEL DOMINIO INSCRITO A EFECTOS DEL ARTICULO 38-1.º DE LA LEY HIPOTECARIA.—INDIVISIBILIDAD DE COSA COMUN: APRECIACION LIBRE DEL JUZGADOR.—AL NO DARSE EL SUPUESTO DEL ARTICULO 278 DE LA COMPILACION CATALANA POR TRATARSE DE EDIFICACION EN SUELO COMUN ES APLICABLE EL ARTICULO 397 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1979).

Hechos.—A consecuencia de diversas operaciones o relaciones contractuales, don Ramón y doña María F. T. y don Felipe T. M. llegaron a la suscripción y firma de un contrato privado por el cual se estableció entre los hermanos F. T. y don Felipe T. M. una situación o relación jurídica de copropiedad sobre tres solares o parcelas colindantes en los que se había construido una edificación dedicada a industria hotelera y en la que los primeros ostentaban una participación de una sexta parte cada uno (dos sextas partes en total) y el último las cuatro sextas partes restantes, con pacto de indivisión durante diez años. Por razones que no son del caso, don Felipe T. M. había inscrito en el Registro de la Propiedad las parcelas de terreno indicadas a su exclusivo nombre y titularidad y había legalizado también a su nombre el negocio hotelero ante los organismos competentes. Por todo ello doña María y don Ramón F. T. presentaron demanda contra don Felipe T. M. en la que, entre otras cosas, solicitaban: 1) Que se declarase que las fincas, sitas en Castelldefels,

de las que aparece ser titular registral el demandado, son propiedad y pertenecen en común y proindiviso en la proporción de cuatro sextas partes al demandado y una sexta parte a cada uno de los actores. 2) Que el hotel edificado sobre las fincas antes mencionadas pertenece igualmente en común y proindiviso a las partes litigantes en las mismas proporciones antes expresadas. 3) Que el demandado viene obligado a otorgar las escrituras públicas precisas para que tal reconocimiento de derechos dominicales pueda tener acceso al Registro de la Propiedad. Y 4) Que se disponga la enajenación de las fincas en pública subasta, con admisión de licitadores extraños, y el precio obtenido se distribuya entre demandado y actores en la misma proporción en que son dueños, por no desear éstos continuar en la indivisión al haber transcurrido más de los diez años y ser la cosa esencialmente indivisible.

La parte demandada se opone, y evacuados los trámites de réplica y dúplica, el Juez de Primera Instancia número tres de Barcelona dictó sentencia estimando la demanda, siendo esta sentencia confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

El demandado interpone recurso de Casación al amparo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por considerar que la sentencia infringe los artículos 38-2.º de la Ley Hipotecaria, 38-1.º de la misma Ley en relación con el 348 del Código Civil, los artículos 401 y 404 del mismo Código Civil, así como el artículo 278 de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, declaró no haber lugar al recurso, destacando, entre otros, los siguientes argumentos:

1) Que la sentencia no viola el artículo 38-2.º de la Ley Hipotecaria, que obliga, al ejercitarse una acción contradictoria del dominio, a entablar, antes o a la vez, demanda de cancelación de la inscripción correspondiente, en primer lugar porque al ejercitarse la acción divisoria y solicitarse la inscripción de la copropiedad en el Registro es evidente que, de hecho, ha sido realmente interpuesta la demanda de rectificación registral; y, en segundo lugar, porque los actores no ejercitan una propia y auténtica acción reivindicatoria, sino una declarativa previa de participación en una propiedad indivisa dirigida a obtener el reconocimiento de su parte alicuota y consecuentemente no constituye un ataque o contradicción a la inscripción registral, y sí, en cambio, una voluntad dirigida a completar una titularidad, para adaptarla a la realidad extraregistral, y, por tanto, en ejecución de sentencia no se va a cancelar, ni va a perder vigencia la inscripción, sino a completarse con la constancia de la participación interesada. Criterio éste que ya fue expuesto por las sentencias de 6 de abril de 1962 y 22 de septiembre de 1965.

2) Tampoco se vulnera el artículo 38-1.º de la Ley Hipotecaria, que consagra el principio de legitimación registral, porque dicho artículo sienta una presunción sólo *iuris tantum* que puede ser desvirtuada por prueba en contrario, cosa que el demandante ha conseguido al demostrar la discordancia del título inscrito con sus obligados antecedentes jurídicos y de hecho.

3) No se infringen tampoco los artículos 401 y 404 del Código Civil, porque, si bien el terreno en sí pudiera ser divisible, no lo es el conjunto

unitario que se integra con la edificación y el hotel, según apreciación que da por implícitamente sentada y admitida la sentencia de instancia, apreciación de indivisibilidad que corresponde al libre y correcto criterio de la Sala, según ha quedado expuesto en las sentencias de 18 de junio de 1904, 17 de marzo de 1921, 25 de noviembre de 1932, 8 de marzo de 1963, 21 de noviembre de 1963, 18 de febrero de 1965 y 11 de junio de 1976, entre otras.

4) Finalmente, tampoco se infringe, por no aplicarse, el artículo 278 de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña, relativo a los efectos de la edificación o mejoras hechas de buena fe en terreno ajeno, porque la realización de obras o mejoras que alega haber hecho el recurrente no nacen de una pura situación dominical exclusiva, sino de unas relaciones contractuales complejas, de las que traen causa los actores, copropietarios, así declarados por la sentencia, de todo el conjunto, por lo que mal puede hablarse de obra o mejora en finca ajena, ya que se ha hecho realmente en cosa común, cuyo régimen estaría sujeto, en su caso, a lo previsto en el artículo 397 del Código Civil (dado el silencio en este punto de la Compilación de Cataluña), que exige el consentimiento de los condueños para hacer alteraciones, incluso ventajosas, en la cosa común.

TERCERIA DE DOMINIO ANTE ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO.—PRUEBA DEL CARACTER PAARAFERNAL (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1979).

Hechos.—Doña Esperanza A. M. interpuso demanda de tercería de dominio contra su esposo don Carlos-Miguel D. G. y contra don Luis R. A., don Mauricio S. M. y don Nicanor P. P., suplicando al Juzgado que se dictase una sentencia por la que se declarase que un determinado automóvil y una vivienda situada en la Plaza de las Cortes Leonesas de la ciudad de León son, conforme a los números 2.º y 4.º del artículo 1.396 del Código Civil, de la única, privativa y exclusiva propiedad de la demandante, por haber sido adquiridos con dinero exclusivamente suyo, procedente de la herencia de su padre, declarando al tiempo la nulidad o, en su caso, cancelación de la inscripción registral que consta a favor de la sociedad de gananciales formada por el demandado don Carlos-Miguel D. G. y la demandante, así como la inscripción o anotación obrante a favor de dicho demandado respecto del automóvil, en los Registros de la Jefatura Provincial de Tráfico de León, y se condene solidariamente a todos los demandados a estar y pasar por dichas declaraciones y, consiguientemente a los ejecutantes don Mauricio S. M., don Nicanor P. P. y don Luis R. A., a alzar los embargos trabados sobre dichos bienes, con cancelación de las anotaciones preventivas que pudieran haberse asentado en los respectivos Registros de la Propiedad y de la Jefatura de Tráfico, previo, en todo caso, la suspensión del procedimiento de apremio en el estado en que se hallare.

Don Luis R. A. se opuso a la demanda y los demás demandados no comparecieron, por lo que fueron declarados en rebeldía. Evacuados los

trámites de réplica y dúplica y practicada la prueba pertinente, el Juez de Primera Instancia número Uno de León dictó sentencia en la que desestimó la demanda sin dar lugar a la tercería entablada. Sentencia que fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid.

La parte demandante interpone recurso de casación por infracción de ley alegando violación del artículo 1.396, 2.º y 4.º, y aplicación indebida del artículo 1.407, ambos del Código Civil.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, dictó sentencia en la que declaró no haber lugar al recurso, basándose, entre otros, en el siguiente considerando:

«Considerando: Que el único tema que fue objeto de debate en el pleito precedente, siendo también el que de modo exclusivo constituye la materia del presente recurso, es el relativo a la naturaleza ganancial o parafiscal de unos bienes—concretamente una casa en la ciudad de León y un automóvil—que fueron embargados en un procedimiento seguido ante la Magistratura de Trabajo contra el marido de la actual recurrente, lo que dio lugar a que ésta ejercitase una tercería de dominio alegando que aquéllos habían sido comprados con dinero privativo suyo, careciendo, por tanto, de la condición de gananciales en que se basó el embargo; siendo de considerar que en el considerando segundo de la sentencia de primer grado—que, como todos los demás, fue expresamente aceptado por la que ahora se recurre—se declara que la tercerista «no probó en debida forma» que el dinero con el que se compraron los bienes discutidos, lo hubiera adquirido por herencia u otro título lucrativo, ni que lo tuviera al contraer matrimonio, no constando cuál sea su procedencia o concepto en que haya sido adquirido, prueba que, de acuerdo con lo dispuesto legalmente, es indispensable para destruir la presunción de ganancialidad contenida en el artículo 1.407 del Código Civil, habida cuenta el régimen de bienes que regía el matrimonio y que la adquisición se produjo durante la vigencia de éste; declaración en cuanto a la apreciación probatoria, que ha quedado incólume en casación, ya que no se impugnó por la vía procesal pertinente del número siete del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, acreditando algún error de hecho o de derecho en que aquélla hubiere podido incurrir; lo que conduce a la desestimación de los dos motivos formulados, pues, amparados ambos en el ordinal primero del mismo artículo 1.692, hacen supuesto de la cuestión, diciendo que en autos resultó plenamente probado justo lo contrario de lo que afirmó el Juzgador, para denunciar, en un caso, violación del artículo 1.396 del Código Civil (en sus números segundo y cuarto), que no tenía por qué ser aplicado como consecuencia del único resultado probatorio admisible; y alegar, en el otro, aplicación indebida del 1.407 del propio Cuerpo legal, cuya presunción es indiscutible que tiene que prevalecer, debiendo ser aplicada, como efectiva y debidamente hizo el Tribunal *a quo*, puesto que, según se ha dicho, no se logró desvirtuar por la recurrente.»

PRINCIPIO DE LEGITIMACION: EL ARTICULO 38-2.º DE LA LEY HIPOTECARIA NO SE APLICA A LAS INSCRIPCIONES DE POSESION.—LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO.—ACCION REIVINDICATORA (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1979).

Hechos.—La Administración General del Patrimonio del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado de Tarragona, presentó demanda en juicio declarativo de mayor cuantía contra doña Carmen J. O. y don Juan María B. J. como herederos de don Pablo B. M. y contra los herederos o herencia vacante de don Juan P. A. en la que se solicita se dicte sentencia declarando que una parcela sita en la playa de Levante de Salou, término municipal de Vilaseca de Solcina, es propiedad del Estado español, debiendo cancelarse, en consecuencia, la inscripción registral que de dicha finca obra, a favor de los demandados, en el Registro de la Propiedad de Tarragona.

La parte demandada se opuso y el Sr. Magistrado Juez de Primera instancia número uno de Tarragona dictó sentencia, estimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

La parte demandante interpuso recurso de casación en el que, entre otros motivos, alegaba infracción de doctrina legal sobre litis consorcio pasivo necesario y violación de los artículos 38 de la Ley Hipotecaria y 348-2.º del Código Civil.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Gregorio Díez-Canseco y de la Puerta, dictó sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto, basándose, entre otros, en los siguientes argumentos:

1) El motivo que alega la falta de litis consorcio pasivo necesario, por estimar los recurrentes que también han debido ser demandados el Ayuntamiento de Vilaseca y los vendedores de las fincas registrales objeto del litigio, es desestimable, porque, según resulta de los autos, ni aquel Ayuntamiento, a propuesta del cual, precisamente, inició el Estado la acción investigadora de la parcela litigiosa, ni esos vendedores, a los que no se ha notificado la demanda de evicción y por tanto no están obligados al saneamiento, tienen interés e impugnar las pretensiones del Estado.

2) Igual suerte desestimatoria han de correr los motivos que alegan violación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, porque, como ya declaró la sentencia de esta Sala de 25 de octubre de 1928, el artículo 24 de la Ley Hipotecaria anterior, hoy párrafo 2.º del artículo 38 de la vigente, no es aplicable cuando la acción contradictoria se dirige contra un derecho inscrito en posesión, que es el supuesto de hecho que aquí se da.

3) Y finalmente, no existe tampoco violación del artículo 348-2.º del Código Civil, porque el derecho de propiedad, además de hallarse protegido por la acción propiamente reivindicatoria, que va encaminada a recuperar la cosa detenida por un tercero, también lo está por la meramente declarativa o de constatación de la propiedad, la cual no requiere que el demandado sea poseedor, siendo suficiente con que controvierta en forma efectiva los derechos del propietario, y siendo así que la pretensión deducida en la demanda es la de que se dicte sentencia «en la

que reconociendo la titularidad del Estado sobre la referida parcela se ordene la cancelación de la inscripción objeto de la presente demanda», resulta claro que la acción ejercitada es realmente la meramente declarativa de la propiedad.

PRINCIPIO DE LEGITIMACION.—LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO.—ACCION REIVINDICATORIA: DE PROSPERAR, DEBE LLEVAR CONSIGO EL CESE EN LA POSESION DEL DETENTADOR (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1979).

Hechos.—Don Alejo Julián Q. P. presentó demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Santa Cruz de Tenerife contra don Miguel P. R., fundándose en los siguientes hechos: Primero, que el actor es dueño de una parcela de terreno en el término de Güimar, al sitio conocido por «Punta Prieta», adquirida por compra, en escritura pública, a don Balbino T. D. Que sobre dicho terreno ha construido un edificio de cuatro plantas, habiendo hecho también en escritura pública la declaración de obra nueva y división del edificio en propiedad horizontal. Escrituras ambas que se inscribieron en el Registro de la Propiedad a favor del actor. Segundo, que la cuarta planta del mencionado edificio se la cedió por un corto plazo de tiempo a don Francisco F. G., quien, a su vez, se la cedió al demandado don Miguel P. R., sin consentimiento ni autorización de ninguna clase por parte del actor, por lo que termina suplicando al Juzgado dicte sentencia en la que se declare que la vivienda en litigio es propiedad del demandante y se condene al demandado a estar y pasar por esa declaración y a que, en lo sucesivo, se abstenga de inquietar el derecho de propiedad del demandante sobre el referido piso, dejándolo a la entera y libre disposición de su dueño, libre y expedito, en el plazo legal correspondiente.

La parte demandada se opone, alegando que la obra nueva no fue construida en su totalidad por el demandante, sino que éste edificó sólo las tres primeras plantas y don Francisco F. G. construyó, a su vez, una vivienda (cuarta planta) sobre la tercera del demandante, quien, a tales efectos, le otorgó documento privado de venta del solar preciso para ello, que era la cubierta de la planta tercera, y con los mismos linderos que el solar primitivo, ya que, en vuelo, eran los mismos; habiendo el demandado adquirido dicha vivienda por compra, también en documento privado, al citado don Francisco F. G.

El Juez de Primera Instancia número uno de los de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia desestimando la demanda. Sentencia que, a su vez, fue revocada por la de la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, la cual declara la propiedad del demandante sobre el piso en litigio, apercibiendo al demandado de lanzamiento si no pone a la libre y entera disposición del actor el referido inmueble en el plazo legal.

El demandado don Miguel P. R. interpuso recurso de casación alegando: Primero, error de hecho en la apreciación de la prueba por errónea interpretación del artículo 1.214 del Código Civil. Segundo, infracción, por interpretación errónea, del artículo 348-2.º del mismo Cuerpo legal.

Tercero, infracción de doctrina legal por no aplicación de la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo sobre el litis consorcio pasivo necesario. Y cuarto, infracción, por aplicación indebida, del artículo 438-2.º del Código Civil, en relación con el 1.581 y 923 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, dictó sentencia declarando no haber lugar al recurso, basándose, entre otros, en los siguientes argumentos:

Primero: No hay interpretación errónea del artículo 1.214 del Código Civil, porque tal artículo no es valorativo de prueba y, por tanto, su infracción no puede ser invocada al amparo del precepto procesal que se cita en el motivo; pero es el caso, que tampoco podría prosperar, aunque se hubiera amparado en el precepto procesal oportuno, «porque estando inscritos en el Registro de la Propiedad, tanto el solar como la edificación, existe una presunción *iuris tantum* de propiedad y consiguiente derecho a la posesión, en favor del actor, y, por tanto, la carga de la prueba, que es a lo que alude el artículo del Código Civil del que se dice en el motivo que ha sido mal interpretado, ha de corresponder al demandado».

Segundo: También carece de sentido el segundo motivo, que alega interpretación errónea del artículo 348 del Código Civil; pues dicho precepto lo que dice es que el propietario tiene acción contra el poseedor o tenedor de la cosa reivindicada, supuesto que en este caso se da de forma indudable, puesto que ambas partes litigantes, incluso el demandado, lo reconocen. La rivalidad de ambas tesis estriba en que el actor alega que el demandado la posee en precario, mientras que éste alega, sin probarlo, que posee como propietario.

Tercero: En el tercer motivo, que alude a la infracción de la doctrina sobre el litis consorcio pasivo necesario, se dice que ha debido traerse a este juicio a Francisco F. G., que fue quien le transmitió la finca cuestionada; sin tener en cuenta que el nombre de dicha persona surge de una manifestación del demandado que se refiere a una transmisión intermedia, con apoyo en unos documentos privados a los que ningún valor atribuyó la sentencia recurrida; no obstante dicho señor fue citado al juicio, por exhorto que se entregó al demandado, y, aunque declaró a última hora en estos autos, ni se personó en el juicio, como pudo hacerlo si se estimaba perjudicado por la pretensión del actor, ni fue requerido de evicción por el demandado, acción no ejercitada, por tanto, en este juicio y que podrá ejercitarse en otro.

Cuarto: El cuarto y último motivo aduce que, tratándose como se trata en el presente recurso, de un juicio declarativo de menor cuantía, la sentencia debió limitarse a las prescripciones que para tales pronunciamientos establece el artículo 923 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin incluir entre sus pronunciamientos el apercibimiento de lanzamiento, tesis a todas luces improcedentes, pues, tratándose del ejercicio de una acción reivindicatoria, de prosperar, ha de llevar consigo el cese en la posesión del detentador; lo contrario sería detener los efectos de la estimación de la demanda en los meramente declarativos.

SERVIDUMBRE APARENTE: NO NECESITA INSCRIPCION PARA AFECTAR A TERCEROS (SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1979).

Hechos.—Entre una fábrica y una vivienda pertenecientes a padre e hijo, respectivamente, existen unas pretendidas servidumbres de luces y vistas, de paso y de acueducto de desagüe. Enajenadas posteriormente ambas fincas a diferentes personas, el adquirente de la fábrica construye una pared que impide las luces y vistas, corta el paso y destruye el acueducto de desagüe. La entidad propietaria de la vivienda, E.G.E.S.A., interpone demanda contra la entidad propietaria de la fábrica H.P.H.S.A., en la que suplica que se dicte sentencia declarando la existencia de las mencionadas servidumbres a favor de la finca propiedad de la entidad demandante sobre la fábrica de la entidad demandada y que se condene a ésta a estar y pasar por dichas declaraciones y a derribar en su totalidad la pared u obra litigiosa, reconstruyendo y reparando el acueducto de desagüe por el punto o sitio en que fue destruido.

La parte demandada se opone, y evacuados los trámites de réplica y dúplica, el Juez de Primera Instancia de Mula dictó sentencia estimando la demanda.

Apelada la anterior sentencia y tramitada la alzada con arreglo a derecho, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete dictó sentencia que, revocando en parte la apelada, declara: Primero: Que en favor del edificio descrito, propiedad de la entidad demandante, existe una servidumbre de luces y vistas sobre la fábrica colindante de la entidad demandada a través de los huecos ubicados en la pared Oeste de aquél. Segundo: Condena a la entidad demandada a que pase por esta declaración y a que derribe la pared u obra litigiosa que en el citado local estaba construyendo y que impide y menoscaba la citada servidumbre. Tercero: Que no ha lugar a acceder a las restantes peticiones de la entidad actora, por lo que se absuelve de ellas libremente a la demandada.

Doctrina de la sentencia.—Ambas partes litigantes interpusieron sendos recursos de casación por infracción de ley, y el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, dictó sentencia declarando no haber lugar a los recursos interpuestos, aduciendo entre otros los siguientes argumentos:

1) Que en trance de pronunciarse sobre el recurso presentado por la entidad E.G.E.S.A., la inconsistencia del motivo en que se ampara (artículo 594 del Código Civil, en relación con el 536 del mismo cuerpo legal) surge de tener en cuenta que si bien en dichos artículos se dispone que todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente y en el modo y forma que bien le pareciere, siempre que no contravenga a las leyes ni al orden público; y que las servidumbres se establecen por la ley o por la voluntad de los propietarios; ambos parten del indudable supuesto de que se manifieste un acto de voluntad proviniente del titular del predio sirviente, generador en derecho del gravamen que se aduzca constituido, lo que no aparece reconocido en la sentencia recurrida, porque al manifestar ésta que la escritura unilateral de hipoteca otorgada por el anterior titular de la finca, en

cuanto expresa que ésta soporta, respecto a la limítrofe, huecos de vista, si bien alcanza, por manifestación al particular del entonces su titular, a la alegada servidumbre de luces, no revela su extensión intencional a las también instadas servidumbres de paso y de acueducto y desagüe, vedando, en consecuencia, el reconocimiento de la existencia de estas dos últimas servidumbres, ya que los gravámenes de tal naturaleza no se presumen, sino que deben estar probados. Criterio ya expuesto por la sentencia de 4 de febrero de 1930.

2) Que tratando del recurso ejercitado por la entidad H.P.H.S.A., la inconsistencia del motivo en que se apoya (artículo 606 del Código Civil, concordante con los artículos 2, 3 y 5 de la Ley Hipotecaria) emana de que si bien, conforme a esta normativa, los títulos correspondientes a bienes inmuebles que no estén inscritos en el Registro de la Propiedad no perjudican a terceros, es asimismo exacto que tal circunstancia no es aplicable, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, cuando los signos de la servidumbre son ostensibles e indubitados—y lo son en este caso los referentes a la indicada servidumbre de luces—, ya que su apariencia exterior les atribuye una publicidad equivalente a la inscripción, y, por tanto, surten efecto contra el adquirente del inmueble, aunque no resulte del Registro la existencia de la servidumbre. Y en lo referente tanto a la servidumbre de paso como a la de acueducto y desagüe, asimismo reclamadas, debido a que siendo la primera de carácter discontinua y la segunda de índole continua no aparente, su adquisición, después de la entrada en vigor del Código Civil—que es la época en que se consideran constituidas—, únicamente sería posible en virtud de título, cuya realidad no reconoce la sentencia recurrida.

S. S. Q.

II. DERECHOS REALES

FORMACION DE ISLA COMO CONSECUENCIA DE LA DESVIACION DEL CURSO DE UN RIO EN VARIOS BRAZOS. ATRIBUCION DE LA PROPIEDAD A LOS COLINDANTES SEGUN LA LINEA RESULTANTE DE LAS PRUEBAS DE INSTANCIA (SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1979).

Hechos.—Don Francisco C. Sanjuán presentó demanda contra don Antonio Díez M., sobre acción declarativa de dominio, exponiendo lo siguiente: Con anterioridad a 1948, el cauce del río Genil discurría por un solo brazo, sensiblemente rectilíneo en dirección Ecija, sirviendo dicho cauce como lindero a los predios ribereños sitos a una y otra orilla, quedando a la margen derecha la finca llamada «Castillejo del Río», propiedad del demandado, y a la margen izquierda la llamada Isla de Benavides y Huerta del Cura o Tejera, propiedad del actor. Con ocasión de una riada, en 1948, las aguas abren un nuevo cauce, y mientras la margen derecha se mantiene inalterable, en la margen izquierda el río se desvía de su primitivo curso, desgajando de la finca del actor una porción de unas seis o siete fanegas de tierra. Posteriormente, en febrero de 1963, Ecija vuelve a sufrir

otra gran riada, y de nuevo las aguas del río Genil vuelven a abrir otro cauce desgajando porciones de tierra de la finca «Isla de Benavides y Huerta del Cura o Tejera», de una extensión aproximada de siete fanegas, permaneciendo inalterable la margen derecha, existiendo tres brazos del río a su paso por la finca del actor. Más adelante y merced sobre todo a la técnica hidráulica, va haciendo que el segundo brazo vaya desapareciendo, quedando agrupadas las dos isletas en una sola isla de unas catorce fanegas de tierra. En 1967, el actor comprueba que en la isla están trabajando unos obreros agrícolas por cuenta del demandado, procediendo a la limpieza de malezas y tarajes, quemando rastrojos y desmontando la misma, por lo cual el actor requiere al Notario, quien acompañado de un Ingeniero Agrónomo, procede a hacer un reconocimiento minucioso de la isleta, de cuya acta se desprende que la misma es continuación de la finca matriz del actor.

Por todo lo cual, el actor suplica se dicte sentencia por la que se declare: a) Que la isleta aludida es parte integrante de la finca del actor. b) Y como consecuencia de lo anterior, que se condene al demandado a que deje libre y a la entera disposición del actor la citada isleta.

El demandado se opone negando que las riadas hayan afectado únicamente a la margen izquierda, pues la isla forma parte de la finca del demandado y no del actor.

El Juez de Primera Instancia de Ecija dictó sentencia desestimando la demanda, pero dicha sentencia fue revocada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, que entiende que la isleta pertenece en parte a la finca del actor, indicando la línea delimitadora de tal porción.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el actor, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González Alegre Bernardo, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que frente a la declaración hecha por la sentencia de primera instancia, de que el terreno en litigio forma parte tanto de la finca del demandante, como de la del demandado, 'sin que existan en autos elementos que permitan delimitar con concreción cuál sea el terreno correspondiente a una u otra finca y principalmente si el poseído por el demandado corresponde al segregado del predio del actor', de lo que concluye su fallo desestimatorio de la demanda, sienta la de segunda instancia que tal delimitación es posible de la conjunta apreciación de las pruebas practicadas, y en particular de la confrontación del plano de la finca del actor, antes de las riadas del río Genil de los años 1948 y 1963, cuya situación es la que se trata de restablecer, y el otro plano que demuestra el estado en que quedó después de dichas inundaciones, con la garantía que ofrece el haber sido levantados por el Instituto Geográfico y Catastral, que permite llevarla a efecto con sólo tomar como base una línea que parte del extremo de la margen izquierda de la desembocadura del río Salado, sigue sensiblemente la dirección de sus aguas hacia la izquierda formando un ángulo obtuso, para continuar en línea ligeramente curva hasta el saliente que existió en la margen izquierda del río, y de allí hasta tocar el otro saliente que quedó después de las riadas, de lo que concluye su fallo estimando parcialmente la demanda, declarando que parte de la isleta existente entre la desembocadura de los

arroyos Salado y Benavides, desmembrada por cortes en avenidas extraordinarias del río Genil en los años 1948 y 1963, es parte integrante de las fincas del actor conocidas con los nombres de 'Isla de Benavides y Huerta del Cura', siendo la línea delimitadora de esa parte de isleta con la otra porción propiedad del demandado la que ha sido reseñada.»

«Considerando que contra dicho fallo se alza el único motivo admitido del recurso, denunciando, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, error de hecho en la apreciación de la prueba, al estimar la sentencia que la margen derecha del río Genil sufrió alteración en perjuicio del demandado, en contra de lo que proclaman las certificaciones de la Comisaría de Aguas del Guadalquivir; **mas teniendo** en cuenta que lo que la sentencia está declarando, a los solos efectos de fijar las pretensiones del actor, es que la margen derecha del río, aunque en menor proporción, ha sufrido también los efectos de la corriente, mientras que en las referidas certificaciones se está haciendo referencia a las crecidas de 1948 y 1963, es decir, a modificaciones operadas por aquellas inundaciones, no puede decirse que exista y que se evidencie aquel error; pero es que, además, el fondo de la cuestión estriba, en cuanto a la desmembración operada por tales inundaciones, de tal forma que la finca del actor quedó dividida, integrándose parte de ella en la porción que quedó unida con la del demandado, pero perfectamente delimitada por aquella referida línea, en relación a lo que es ajeno el contenido de dichas certificaciones, por lo que tanto en uno como en otro aspecto no pueden reconocérseles la cualidad de auténticos, cuando de su simple lectura no cabe deducir conclusión contraria a la que llega el juzgador y es determinante de la sentencia recurrida; todo lo que hace que el motivo tenga que ser desestimado.»

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO Y DE DESLINDE SOBRE LUGAR ACASARADO. NO EXISTE CONTRADICCION EN EL FALLO, POR DECLARAR EL DOMINIO DE UNA SERIE DE PARCELAS, ANADIENDO QUE EN LA PRACTICA DEL DESLINDE NO PODRAN EXCEDER DE UNA DETERMINADA SUPERFICIE EN SU CONJUNTO. APRECIACION DE LA PRUEBA DE IDENTIFICACION DE LAS PARCELAS INTEGRANTES DEL LUGAR ACASARADO. NORMAS DE INTERPRETACION DE CONTRATOS: LITERALIDAD Y ACTOS POSTERIORES (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1979).

Hechos.—Don Felipe R. Cordero formuló demanda contra don Juan L. Viqueira, y por su fallecimiento, contra sus hijos y otros desconocidos que pudieran tener interés, sobre reclamación de propiedad, exponiendo que en virtud de contrato de arrendamiento otorgado en 1926, se arrendó el lugar acasarado nombrado Viaño Grande al padre del demandado, ahora fallecido, al que se le encomendaron funciones de administración, que continuó el demandado al óbito de su padre, pero que en virtud de una serie de permutas de fincas o trozos de fincas comprendidas en el arrendamiento y para dificultar lo más posible la identificación de los predios, creó una situación de confusión entre fincas que eran suyas y las del demandante Como en el expediente de dominio instado en su día por el

actor, se opuso el demandado y aquél no obtuvo declaración de dominio a su favor, promueve ahora el presente juicio declarativo, suplicando se dicte sentencia declarando: 1.º Que el demandante es dueño del lugar acasurado que con todos sus anejos se describe en la demanda. 2.º Que debe practicarse el deslinde y amojonamiento entre las fincas que componen el referido lugar acasurado y las que siendo propiedad del demandado lindan con aquéllas, condenando al mismo a entregar las fincas que componen el citado lugar de Viaño Grande, con todos sus accesorios y los frutos producidos o debidos producir.

La parte demandada se opone negando los hechos de la demanda, suplicando se desestime la misma, habiendo de limitarse la declaración de dominio en favor del actor a los predios de que ostente título válido y eficaz y con las extensiones en el mismo determinadas, sin exceder en conjunto de cuarenta y ocho ferrados los labradíos y prados.

El Juez de Primera Instancia de Orense dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que en parte fue revocada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, que declaró la propiedad del actor respecto a una serie de fincas que señalaba, pero añadiendo que, en trámite de ejecución de sentencia, deberá practicarse el deslinde y amojonamiento de ellas y de las que sean propiedad del demandado, sin que las fincas del demandante destinadas a labradío puedan exceder de la extensión superficial de 48 ferrados.

El actor interpone recurso de casación por estimar contradicción en el fallo de la Audiencia, al declarar el dominio sobre una serie de fincas concretas descritas en la demanda con superficies determinadas y, sin embargo, señalar después el límite de superficie de 48 ferrados, aparte de producirse error de hecho en la apreciación de la prueba e infracción por violación del artículo 1.281, párrafo 1.º, del Código Civil, en relación con el 1.282 del mismo, por errónea interpretación del contrato de arrendamiento y otros documentos.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jaime Castro García, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

1.º En cuanto a la alegada contradicción de la sentencia de la Audiencia, infracción por violación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, señala que «este vicio, que entraña una falta de armonía interna entre los pronunciamientos contenidos en la parte dispositiva de la sentencia combatida, de manera que al resultar opuestos entre sí los extremos de que se trata, se origina la imposibilidad de su cumplimiento o ejecución, por provocar graves reparos a la actividad lógica del intérprete con menoscabo de la claridad y precisión obligadas (Sentencias de 15 de junio de 1961 y 24 de enero y 28 de febrero de 1964), no se advierte en el caso actual, lo que lleva a la desestimación del motivo, a todas luces el básico de la impugnación, pues los distintos particulares—declarativos y de condena—de la sentencia en cuestión guardan entre sí concordancia y muestran plena compatibilidad intrínseca, por cuanto la Sala de instancia proclama el dominio del actor sobre determinadas fincas de las escritas en el hecho décimo de la demanda, siquiera en cuanto a la superficie de las destinadas a labradío ordene que en las operaciones de deslinde y amojonamiento a realizar en fase de ejecución respecto de las que sean pro-

piedad del demandado y linden con aquéllas', no podrá asignárseles una extensión superior a cuarenta y ocho ferrados de sembradura»..., debiendo estarse «a la pauta que proporciona el artículo 387 del Código Civil, norma de ineludible observancia para la solución de aquellos eventos en que no aparezcan datos determinados que sirvan de base fija e invariable para lograr la práctica del deslinde (Sentencia de 30 de noviembre de 1968, que, a su vez, invoca las de 16 de diciembre de 1904 y 24 de noviembre de 1958)».

2.º Respecto a la alegación de error de derecho en la apreciación de la prueba, violación del artículo 1.218 del Código Civil, por entender que la Sala desconoce el valor probatorio de la escritura pública de compraventa, «es igualmente improsperable, pues el Tribunal de instancia razona con todo acierto que sin desconocer la eficacia del citado documento en cuanto al hecho que refleja, como el precepto invocado exige, claro es que en punto a la justificación del dominio de bienes concretos integrantes del lugar acasurado 'Víaño Grande'—unidad orgánica de explotación agropecuaria y forestal constituida por los diversos elementos singulares a que se refiere el artículo 66 de la Compilación del Derecho civil especial de Galicia—ha de ser valorado con las obligadas reservas, 'por cuanto el transcurso del tiempo—más de doscientos años—necesariamente influirá no sólo en la identidad material de las fincas—cambios de cabida y de linderos, cambios de cultivo—, sino también en su identidad jurídica, por transmisiones, agregaciones o segregaciones', prudente ponderación de la Sala sentenciadora que viene corroborada por el informe pericial, en cuanto ha podido comprobar un exceso de más de 41 áreas, por lo que atañe a nueve fincas, entre la superficie que les atribuye la demanda y la que refleja el añoso documento».

3.º En cuanto a la supuesta violación del artículo 1.281, párrafo 1.º, en relación con el 1.282, ambos del Código Civil, al no haberse otorgado al contrato de arrendamiento la eficacia demostrativa determinada por su tenor literal, el Tribunal Supremo entiende que para atenerse a la literalidad de lo pactado «obligado será que el texto sometido a exégesis contenga la manifestación negocial que se pretende emitida, fundamental circunstancia que en manera alguna aparece cumplida en el caso debatido, pues en el contrato analizado no se hace relación de las fincas que comprende el nombrado lugar acasurado, y es de todo punto inadmisiblesuplir tal omisión a efectos casacionales citando como 'actos posteriores del arrendatario' la actitud adoptada por el opositor en el expediente de dominio promovido con adverso resultado por el ahora recurrente, siendo así que tales actuaciones, lejos de exteriorizar una conducta del cultivador realizada en contemplación del referido contrato o con dependencia de lo estipulado—que tal es el significado del comportamiento de las partes como regla interpretativa—, revelan la arrogación de la titularidad dominical de la mayoría de las parcelas por parte de aquél, sin que venga permitido acudir como elemento de juicio complementario a otros medios probatorios para sustituir el criterio ponderado y objetivo del Tribunal sentenciador por el parcial e interesado del recurrente».

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO Y REIVINDICATORIA INTERPUESTA POR UNO DE LOS ADQUIRENTES CONTRA EL OTRO EN UN SUPUESTO DE DOBLE TRANSMISION: HAY DEFECTO DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO POR NO HABER SIDO DEMANDADO EL TRANSMITENTE, SIN QUE SEA OBSTACULO EL QUE HAYA INTERVENIDO EN LA ESCRITURA DE ADJUDICACION EL JUEZ EN REBELDIA DEL TRANSMITENTE (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1979).

Hechos.—Don Julio B. Angulo formuló demanda contra don Miguel M. Mañas y doña Concepción N. Campo-Díaz, esta última rebelde, sobre acción declarativa de dominio y reivindicatoria, suplicando al Juzgado se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: 1.º Que la casa de la calle Colón de Campo de Criptana, que describía, pertenece en pleno dominio al actor y su esposa. 2.º Nulidad de la escritura pública de transmisión de propiedad del mismo inmueble a favor de los cónyuges demandados, que firmaron éstos y el señor Juez de Primera Instancia de Alcázar de San Juan, culminando la vía de apremio seguida en autos ejecutivos. 3.º La cancelación de asientos y anotaciones en el Registro de la Propiedad que contradijeran el pleno dominio vigente y sin contradicción alguna que el demandante y su esposa tenían inscrito a su favor con respecto al inmueble descrito e identificado.

El demandado se opone alegando defecto de «litisconsorcio pasivo necesario al no haber sido demandado el transmitente», formulando reconvencción sobre otros extremos subsidiariamente.

El Juez de Primera Instancia de Alcázar de San Juan dictó sentencia estimando la demanda, pero dicha sentencia fue revocada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete, que acogió la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, desestimando la demanda sin entrar a conocer del fondo del asunto, y desestimando la reconvencción, en cuanto a las peticiones subsidiarias.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora por lo siguiente:

«Considerando que procede desestimar el motivo primero en que se reporta el recurso de casación de que se trata, formulado al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y fundamentado en pretendida aplicación indebida en la sentencia recurrida, concretamente en su tercer considerando, de las setencias de este Tribunal que se citan, referentes a la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, porque instado en la súplica del inicial escrito de demanda las declaraciones de que la casa número 49 de la calle Colón en Campo de Criptana pertenece en pleno dominio al actor y su esposa, con la cancelación de los asientos y anotaciones en el Registro de la Propiedad de Alcázar de San Juan que contradijeron el pleno dominio y sin contradicción alguna que dicho demandado y su esposa tenían inscrito a su favor con respecto al inmueble descrito e identificado, con base tales pronunciamientos en la también solicitud de declaración de nulidad de la escritura pública de

transmisión de la propiedad del mismo inmueble a favor de los cónyuges demandados, que firmaron éstos y el señor Juez de Primera Instancia de Alcázar de San Juan, culminando la vía de apremio seguida en autos ejecutivos ocho de 1973, que autorizó el Notario... en la fecha correspondiente, por entender que no correspondía la mencionada casa a don José María B. Angulo, por quien actuó dicho órgano judicial en concepto de vendedor; claro es que, como certeramente aprecia la resolución impugnada, se hacía preciso traer al proceso a dicho don José María B. Angulo, cual no se ha efectuado, para que pudiese quedar adecuadamente constituida la relación jurídico procesal, en cuanto viene directamente afectado por la resolución que hayan de merecer las cuestiones de fondo que se plantean en el debate jurídico en cuestión, toda vez que cualquiera que fuese la naturaleza de las acciones ejercitadas en aquél, a medio de la demanda que le dio vida, y, por tanto, se considere que es de índole meramente declarativa de dominio o ya reivindicatoria del mismo, lo cierto es que lo postulado tiene como apoyo la nulidad de la citada escritura, lo que determina la precisión de dirigir la correspondiente acción contra todos los en ella intervinientes y, por tanto, contra el actuante como comprador, don Miguel M. Mañas, y el interviniente en el concepto de vendedor, don José María B. Angulo, pues el no entenderlo así significa clara infracción de los principios de contradicción y audiencia que informan nuestro ordenamiento civil, y al tratar de afectar inadecuadamente a un tercero con los efectos de una litis en la que no ha tenido intervención, que producido es precisamente lo generante de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, y sin que ello pueda entenderse obstaculizado por el hecho de que en la escritura cuya nulidad se interesa hubiere intervenido el Juez de Primera Instancia de Alcázar de San Juan, suplicando la intervención procesal del deudor, don José María B. Angulo, que previene el artículo 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues este precepto no altera la consideración fáctico-jurídica de dicho deudor, sino que se limita a suplir la rebeldía de éste en el otorgamiento, pero persistiendo su carácter de vendedor, al limitarse dicho órgano jurisdiccional a actuar por él.»

«Considerando que tampoco es de acoger el motivo segundo, formulado también al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Trámites Civil, con base en pretendida aplicación de la jurisprudencia contenida en sentencias de esta Sala derivadas de la interpretación del artículo 348 del Código Civil, toda vez que si ciertamente, siguiendo la orientación de la doctrina jurisprudencial invocada, los requisitos comunes a la acción declarativa y a la reivindicatoria, los de justificar el justo título de dominio y la identificación de la finca, también es exacto que para entrar en el examen y decisión de tales aspectos se precisa que el proceso se encuentre adecuadamente constituido, con intervención en el mismo de todos los por él directamente afectados por los pronunciamientos que en su día deberían recaer, lo que, cual certeramente establece la sentencia recurrida, no ha sido cumplido en el presente caso.»

ACCION NEGATORIA DE SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS. VENTANAS ABIERTAS SIN GUARDAR LAS DISTANCIAS LEGALES SOBRE PREDIO COLINDANTE. AL NO HABERSE PROBADO LA EXISTENCIA DE VIA PUBLICA ENTRE FINCAS, NO SE APLICA EL ARTICULO 584 DEL CODIGO CIVIL, SINO EL 582. NO SE PRUEBA TAMPOCO EL TITULO CONSTITUTIVO DE SERVIDUMBRE. DOCUMENTOS NO AUTENTICOS EN CASACION (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1979).

Hechos.—Don Juan R. Rodríguez formuló demanda contra don Antonio N. Arias y otros sobre declaración de dominio, negatoria de servidumbre de luces y vistas y otros extremos, alegando que los demandados habían construido una casa colindante con la finca de la parte actora, con ventanas sobre dicha finca sin guardar las distancias legales, habiéndose seguido previamente procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, en el que se dictó sentencia cuyo fallo determina que por vía del artículo 41 no puede imponerse el cierre o la reducción de los huecos al módulo legal, sentencia que no produce excepción de cosa juzgada, permitiendo el presente juicio declarativo sobre la cuestión. Suplica se dicte sentencia, declarando el dominio de la parte actora sobre la finca descrita en la demanda, tal como en ella se describe, declarando además que dicha finca fue adquirida libre de cargas, y, por tanto, no debe a la casa colindante de los demandados servidumbre de luces y vistas rectas a medio de los huecos o ventanas que tienen abiertos en la pared-voladizo fachada de colindancia de tal casa con aquella finca, condenando a los demandados a que cierren o reduzcan las dimensiones de los huecos y ventanas, conforme al artículo 582 del Código Civil, y en consecuencia con los anteriores pronunciamientos, se declaren nulas parcialmente las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad a favor de los demandados en cuanto queda implícita o explícitamente protegido por la inmatriculación e inscripción registral del edificio el derecho real de luces y vistas rectas con que se está gravando la finca del actor, decretándose la cancelación parcial de los asientos registrales correspondientes, expidiendo a tal fin el oportuno mandamiento por duplicado al señor Registrador de la Propiedad. (Aunque no se especifica en esta sentencia, parece que se refiere a ciertas constancias descriptivas en la inscripción de la finca de los demandados que presuponían la existencia de servidumbre a su favor: ¿existencia de ventanas?, ¿menciones de servidumbre?)

Los demandados se oponen, alegando que entre la propiedad del actor y la de los demandados queda calle o camino, cauce público y de la Renfe, por lo que niegan el lindero que se describe en la demanda.

El Juez de Primera Instancia de El Barco de Valdeorras dictó sentencia estimando la demanda, sentencia que fue en su casi totalidad confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, si bien esta última precisa que se rectifiquen las inscripciones practicadas en el Registro en cuanto sean precisas aquellas rectificaciones para ajustar las inscripciones a lo que se declara en esta sentencia. Por tanto, la Audiencia no se refirió para nada a nulidad ni a cancelación, sino al concepto de rectificación de la inscripción en la medida necesaria.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que..., pretensión (del actor) que fue acogida en la instancia, habiéndose declarado en la sentencia de primer grado, expresamente aceptada en este punto por la que ahora es objeto de recurso, que apreciando en su conjunto las pruebas practicadas, se estima probado no sólo la titularidad dominical del predio del actor, sino también la colindancia, la existencia de un cauce (cuya naturaleza se cuestionó) integrado en aquél, así como los huecos abiertos a menos de las distancias legalmente permitidas, como consecuencia de lo cual tenía que ser de aplicación el artículo 582 del Código Civil y no el 584 del mismo Cuerpo legal; resultado probatorio contra el que se alza el motivo primero del recurso, que con amparo procesal en el número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, aduciendo, en cumplimiento del mandato legal, unos documentos que carecen del requisito de autenticidad a los específicos fines de la casación civil en que se alegan, según la conocida por la reiterada doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, como son la absolución a la posición segunda del pliego de posiciones de la prueba de confesión en juicio, la certificación expedida por el Ayuntamiento de El Barco de Valdeorras (de 21 de junio de 1975), la prueba pericial de un Perito Agrícola y el reconocimiento judicial del Juez de Primera Instancia; todos los cuales fueron, además, tenidos en cuenta, examinados, interpretados y valorados por el Juzgador, dentro de aquel conjunto probatorio ya mencionado, que no es posible desarticular en este trámite con los medios particulares y con la interesada interpretación particular que se pretende, pero que tampoco y en modo alguno son suficientes por sí mismos para intentar rectificar la apreciación del Tribunal *a quo*, lo que, consiguientemente, conduce a su confirmación y a desestimar el indicado motivo en que se impugnó.»

«Considerando que, como consecuencia de cuanto antecede, han quedado incólumes en casación los presupuestos fácticos de la sentencia recurrida, siendo por ello obligada también la desestimación de los motivos segundo y tercero, donde por el cauce del número uno del artículo 1.692 de la Ley de Trámites, se denuncia, respectivamente, violación por inaplicación del 584 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial interpretativa del mismo y aplicación indebida del 582, también de nuestro primer Código Civil sustantivo, pues en ambos se está haciendo supuesto de la cuestión relativa a la real existencia de una vía pública que separase las dos fincas que entraron en litigio, que, como antes se dijo, fue resuelta en sentido negativo desde el punto de vista de hecho, sin que, por otra parte, sea factible procesalmente el alegato que efectúa el motivo segundo, en el que, contraviniendo lo dispuesto en el número 9 del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento, se mezclan inadecuadamente cuestiones fácticas con otras jurídicas, lo que por sí solo supone causa de inadmisión. que en el presente trámite es de desestimación.»

«Considerando que en el cuarto y último motivo formulado, y asimismo por la vía del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley Adjetiva, se denuncia violación por no aplicación del 537 del Código Civil, que debe correr igual suerte adversa que los anteriores, pues también aquí se hace

supuesto de lo cuestionado, referido en este punto a la adquisición, en virtud de título, de la discutida servidumbre, ya que los dos juzgadores de instancia declararon de manera expresa que no se acreditó la existencia del contrato o convención verbal pretendido, que hubiera podido legitimar la alegación; declaración puramente de hecho, que debería, al menos, haber sido impugnada por la única procesalmente admisible del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, y que al no haberse efectuado tiene que considerarse firme en este trámite, lo que supone la desestimación del recurso en su totalidad con el pronunciamiento del artículo 1.748 de la misma Ley Procesal en cuanto a las costas causadas, no así por lo que respecta al depósito, que no se constituyó al no ser conformes de toda conformidad las dos sentencias de instancia.»

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

NO ES APLICABLE EL ARTICULO 1.851 DEL CODIGO CIVIL CUANDO EL FIADOR PRESTA SU CONSENTIMIENTO A LA CONCESION DE LA PRORROGA (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.851 del Código Civil dispone que la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin consentimiento del fiador extingue la fianza, pues no se oculta que tal extinción por vía de consecuencia viene determinada por la mayor onerosidad surgida de la prolongación temporal, que afectaría a la obligación del fiador, y por el juego de los principios generales en orden a los límites subjetivos de la eficacia de lo pactado (*res inter alios acta*), sin trascendencia a quien no ha sido parte en el contrato, así como la improcedencia de quedar los efectos de la fianza al arbitrio del acreedor, en menoscabo del fiador; para la aplicación de la norma citada es menester, según tiene declarado la doctrina de esta Sala, no sólo que exista esa dilación de la deuda por convenio explícito traducido en señalamiento de nuevo plazo con fecha determinada para el pago, no confundible con la mera tolerancia del acreedor que detiene el ejercicio de su derecho a la espera de que el deudor pueda ponerse al corriente en la liberación de sus obligaciones, sino también la inexistencia de consentimiento por parte del fiador a la concesión de la prórroga, por lo que es palmario que tal presupuesto faltará cuando la autorizó de modo más o menos explícito, pero cierto.

LOS PACTOS DE ELEVACION DE RENTA, EN LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS, QUE FIJEN UN INCREMENTO PROGRESIVO Y CONSTANTE, CARECEN DE VALIDEZ (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—La vigente legislación especial de arrendamientos urbanos acoge el básico postulado de la autonomía de la voluntad contractual en punto a la fijación de la renta, y autoriza el pacto de su

aumento; pero dada la subsistencia del precepto imperativo sobre el beneficio de prórroga para el arrendatario, el convenio sobre el incremento de la merced arrendaticia que por sus términos abusivos quiebre la ecuación entre los conceptos de prórroga y renta, tendrá la significación de un acto realizado en fraude de ley, nulo como tal, por constituir medio para eludir el cumplimiento de una regla cogente, en cuanto hace demasiado oneroso, convirtiéndolo en ilusorio, al ejercicio de aquel derecho potestativo que al locatario asiste como irrenunciable; razón por la cual, sin desconocer que en la amplia dicción del artículo 100, con su referencia a cualquier sistema de actualización paccionado, pueden entenderse comprendidas no sólo las denominadas cláusulas de estabilización, de naturaleza bilateral y conmutativa, a todas luces válidas en función de la equivalencia de las prestaciones, sino también las de elevación de renta que por su cuantía y desarrollo no puedan tenerse por excesivas, es lo cierto que la jurisprudencia mantiene el criterio de que, por el contrario, de las propias cláusulas estabilizadoras, incuestionablemente equitativas dada su intrínseca bilateralidad para prever y corregir el desequilibrio patrimonial ocasionado por la alteración monetaria, sea de signo inflacionista o deflacionista, los pactos de elevación de renta fijando un incremento progresivo y constante carecen de validez, por entrañar de hecho la conculcación de la norma de derecho necesario sobre la prórroga del contrato y de la prohibitiva de su renuncia.

LA FALTA DE CONSENTIMIENTO DE LA MUJER NO IMPLICA NULIDAD RADICAL DE LA ENAJENACION DEL BIEN INMUEBLE GANANCIAL HECHA POR EL MARIDO (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—Como tiene reiteradamente declarado la jurisprudencia de esta Sala, la simulación de un contrato ha de fundarse sobre hechos que son de la libre apreciación del Tribunal de Instancia, y sus decisiones al respecto sólo pueden ser impugnadas en casación con documentos auténticos que demuestren el error con que han sido apreciados o alegando error de derecho que evidencie la equivocación, o en caso de haberse utilizado la prueba de presunciones, impugnando la existencia y realidad del hecho base o la deducción obtenida del mismo.

El poder de disposición de los bienes gananciales de las características a que se refiere el artículo 1.413 del Código Civil, que tradicionalmente correspondió al marido, no ha pasado a corresponder, después de la reforma de dicho artículo, conjuntamente a ambos cónyuges, sino que continuando en aquél, la mujer puede potestativamente consentir o no el acto dispositivo, pero la falta de consentimiento de la mujer, susceptible de ser expresado *a posteriori*, carece de entidad bastante para imprimir la nulidad radical al acto realizado por quien está facultado por la ley para llevarlo a cabo, y solamente a la mujer o, en su caso, a los herederos, corresponde la protección de los intereses a que responde el citado artículo 1.413, impugnando los actos realizados por el marido sin su consentimiento.

INTERPRETACION DE CONTRATOS: LA «INTENCION» DE LOS CONTRATANTES NO ES LO QUE CADA UNO DE ELLOS PENSO AL CONTRATAR (SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—La intención, que es el espíritu del contrato, es indivisible, no pudiendo encontrarse en una cláusula aislada de las demás, sino en el todo orgánico que constituye. Al determinar la necesidad de interpretación los criterios dispares de los contratantes acerca de lo acordado, es evidente que no puede atenderse a lo que cada uno pensó al contratar sobre aquello que es objeto de discordia, ya que una cosa es que, conforme a los artículos 1.281 y 1.282, haya de indagarse la intención de los contratantes, y otra cosa muy diferente es que esa intención haya de averiguarse según lo que ellos quisieron. En definitiva, en el caso ahora debatido, la voluntad real de los contratantes no se halla en una cláusula aislada, sino en el conjunto de todas las del contrato.

PARTIENDO DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO, DEL HECHO DE LA OCUPACION DEL PISO POR EL OPTANTE Y LA DIVISION DEL PRECIO EN MENSUALIDADES, EL SUPREMO DECLARA LA NULIDAD DE UN CONTRATO DE OPCION DE COMPRA Y LA VALIDEZ DEL ARRENDAMIENTO SIMULADO (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—Los hechos admitidos tienen en sí la suficiente elocuencia—*res ipsa loquitur*—para llevar de modo natural y razonable a la conclusión a la que ya llegó el Juez de Primer grado, pues partiendo de que la voluntad real de las partes no fue la de convenir un contrato de opción, como se deriva del precio excesivo del piso, de la escasa capacidad económica del presunto adquirente, de la sujeción legal a un precio normado, del deseo de la fingida vendedora de mantener su libre disponibilidad en cuanto a renta y disfrute del piso, frente a las limitaciones legales de la ley especial, etc., y si de ello se sigue en la observación de las cláusulas pactadas y en la naturaleza de las mismas, tal ocupación del piso por el optante y la división del precio en mensualidades, la consecuencia no puede ser otra que la de admitir que lo que las partes quisieron, mejor dicho, una de ellas con la explicable aquiescencia de la otra, más débil en su posición jurídica y económica, fue disimular un contrato de arrendamiento, y con este disimulo evitar los efectos de la legislación especial que forzosamente le es aplicable, conclusión que viene a ser ratificada por la conducta posterior de la vendedora arrendadora, al admitir los pagos mensuales durante dos años sin protesta alguna, con la significación que esto supone por aplicación de la doctrina integrada en la de la buena fe: artículo 7, Código Civil—del atenuamiento a los actos propios cuando éstos crean una situación jurídica de la que se debe responder.

HAN DE SER TODOS LOS COMUNEROS QUE VENDIERON LA COSA COMUN LOS QUE MANIFIESTEN SU VOLUNTAD DE DAR POR RESUELTO EL CONTRATO (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—La circunstancia de que sobre la pluralidad de bienes inmuebles que vendieron al comprador, en virtud de un solo contrato, existiese una comunidad, no legítima a cualquiera de los copropietarios, con exclusión de los demás, para declarar por sí solo resuelto dicho contrato, comprensivo de las distintas compraventas que se unificaron en un solo documento, porque lo que se pretende realizar no es un acto de disfrute o utilización de una cosa común, ni tampoco un acto de administración, sino un acto de verdadera disposición, como lo es el recuperar las fincas que por todos los comuneros, propietarios de las mismas, fueron en su día vendidas, como era necesario, dada la naturaleza del acto dispositivo de la compraventa, y por ello, si todos fueron los vendedores, todos han de ser los que manifiesten por requerimiento —judicial o notarial— su voluntad de dar por resuelto dicho contrato en cuanto a la totalidad de las fincas objeto de la venta.

LITISCONSORCIO PASIVO: REAFIRMA DOCTRINA ANTERIOR SOBRE LA NECESIDAD DE TRAER AL DEBATE A TODOS LOS QUE PUEDA ALCANZAR LA SENTENCIA (SENTENCIA DE 29 DE FEBRERO DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—La situación litisconsorcial pasiva necesaria o cualificada, con su aparejada exigencia de que la pretensión sea propuesta contra todos los interesados en la relación jurídica controvertida, se originará siempre que «la decisión no pueda pronunciarse más que frente a varias partes», según expresión utilizada en algún Código de Procedimiento Civil foráneo, efecto del principio de contradicción sin cuya observancia faltarán los elementos indispensables para alcanzar una resolución sobre el fondo y no una mera *absolutio ad instantia*, y en ese sentido ha declarado la Jurisprudencia, ante la carencia de regulación de la figura en nuestro ordenamiento positivo, que es obligado traer al debate a todas las personas a quienes la sentencia pueda alcanzar, y que como tales tengan un evidente y legítimo interés en la contienda, al hallarse relacionados con el objeto de la demanda, según las normas del derecho material, pues de no hacerlo así resultaría vulnerado el principio *nemo debet inaudita damnari*, por cuanto si bien la resolución recaída en un litigio sólo genera, en términos generales, efectos para las partes procesales, es innegable que por su índole y alcance puede trascender a sujetos no intervinientes en el debate si tiene que formular pronunciamientos o establecer afirmaciones de ineludible conexión con aquéllos, lo que provoca como indispensable la actuación frente a todos por imperativo de los presupuestos procesales, a fin de evitar que la única situación jurídica inescindible pueda ser sometida a un tratamiento separado con parciales decisiones posiblemente desacordes.

LA HEREDERA «AB INTESTATO» NO LEGITIMARIA NO PUEDE IMPUGNAR UNA ENAJENACION SIMULADA QUE HIZO EL «DE CUIUS»
(SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1980).

Hechos.—Don Rafael, soltero y sin herederos forzosos, realizó varias compraventas simuladas, que encubrían donaciones, a favor de un matrimonio de sirvientes que convivían con él y le cuidaban. Fallecido *ab intestato* don Rafael, fue declarada su heredera una hermana de vínculo sencillo, quien demanda la nulidad, por simulación, de dichos contratos. La acción no prosperó.

Doctrina de la sentencia.—El tema de la donación encubierta bajo la forma de contrato de compraventa, ciertamente ha sido resuelto en la generalidad de los casos por esta Sala en el sentido de declarar la nulidad de la donación de inmuebles disimulada, por cuanto falta el requisito de forma impuesto *ad substantiam* por el artículo 633 del Código Civil, ya que no refleja la causa de liberalidad y, por tanto, no expresa la voluntad de donar y la de aceptar la donación, aunque el rigor de tal criterio no operará cuando se trata de donaciones remuneratorias, animadas de consiguiente por el motivo causalizado de recompensar al donatario los servicios prestados al donante, y en razón de su disciplina legal (art. 622 del Código Civil), marginadas de la estricta normativa propia de los negocios de exclusiva causa liberal; las cuestiones aludidas y las que pudieran suscitarse en torno a la misma figura simulatoria carecen de toda significación en el recurso, puesto que la actora, heredera de su hermano por sucesión legal no necesaria, carece de legitimación para oponerse a los contratos celebrados por el causante con simulación relativa, porque no teniendo éste herederos forzosos ni otra restricción en la facultad dispositiva, pudo transmitir libremente la propiedad de sus bienes por acto oneroso o lucrativo *inter vivos* o *mortis causa*, y la posición jurídica de su hermana de vínculo sencillo, como heredera no legitimaria, no le atribuye otro derecho que el comprendido en el marco de la sucesión, que le impone acatamiento a la voluntad real y verdadera de enajenar que tuvo el difunto, siquiera haya sido encubriendo por una compraventa la donación.

EL EJERCICIO DEL PACTO COMISORIO ESTA SUBORDINADO A LA REALIDAD DE UNA CONDUCTA CULPOSA (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—Según reiterada tesis jurisprudencial, los preceptos de los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil no se excluyen entre sí, en el sentido de que la regla que con carácter general para toda clase de obligaciones recíprocas contiene el primeramente citado, se aplica de modo concreto en el segundo cuando se trata de un contrato de compraventa de bienes inmuebles, y por ello a pesar de que tales normas, como sus precedentes del Derecho histórico (*Digesto*, 18, 3, 2; Partida Quinta, título quinto; Ley 38, y art. 1.433 del Proyecto de 1851), nada digan

sobre el particular, ha de entenderse que el derecho potestativo de pedir la resolución en el caso del artículo 1.504 requiere la concurrencia de una voluntad rebelde por parte del comprador, cuya apreciación corresponde al Tribunal de Instancia, sin que baste la declaración de voluntad del vendedor expresada en forma auténtica—judicial o notarial—, recepticia para el otro sujeto del negocio, de tener por resuelto el vínculo contractual, lo que significa que el ejercicio del pacto comisorio está subordinado en su éxito a la realidad de una conducta culposa, por negligencia de cualquier grado, y consiguiente responsabilidad del contratante a quien se imputa la vulneración de lo pactado, si bien de ordinario ese verdadero y propio incumplimiento estará ínsito en el hecho mismo de negar la prestación sin razones válidas para dilatar su efectividad, con lo que evidentemente no podrá ser utilizada la estipulación de *lex commissoria* cuando existan incumplimientos recíprocos.

SIENDO DEMANDADOS CON CARACTER SOLIDARIO VARIOS RESPONSABLES DE UN DAÑO, LA SENTENCIA ABSOLUTORIA A FAVOR DE ALGUNO DE ELLOS NO ES FIRME SI ES RECURRIDA POR UNO DE LOS CONDENADOS (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—El carácter solidario de la obligación de reparar que compete a los responsables de la causación de un evento dañoso impide que, cuando son demandados con tal carácter solidario varios de los supuestamente responsables, el pronunciamiento absoluto recaído en la sentencia de primera instancia a favor de alguno de ellos, adquiera carácter de firmeza si dicha sentencia es recurrida por otro de los deudores solidarios condenados, sometiendo la apelación en estos casos al conocimiento y decisión del Tribunal de alzada, la integridad de las cuestiones planteadas con la demanda, ya que dada la naturaleza del vínculo existente entre los litigantes, ninguna de las partes en causa puede considerarse extraña a lo resuelto ni ajena a las necesarias consecuencias de la sentencia, no siendo incongruente la de segunda instancia, que existiendo solidaridad jurídica entre los demandados, los absuelve a todos, aunque alguno se hubiera allanado a la demanda—Sentencia de 23 de abril de 1942—, e igualmente la que limita la condena del demandado no recurrente, conclusión que también impone la circunstancia de que al ser un solo hecho o acaecimiento con trascendencia jurídica el sometido al conocimiento del órgano jurisdiccional de segundo grado, éste ha de valorar conjuntamente las consecuencias que pueden derivarse en orden a la responsabilidad de los intervinientes en el mismo.

SIENDO EL SUELO DONDE ESTA ASENTADO UN EDIFICIO ELEMENTO COMUN DE LOS DIFERENTES PISOS DE AQUEL, HAY QUE ENTENDER QUE LO ENAJENADO POR EL DUEÑO DEL SOLAR ES EL PROPIO SUELO Y NO EL VUELO (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—Conforme a lo dispuesto en el artículo 1.258 del Código Civil, los contratos obligan no sólo a lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, y si de ley permisiva se trata, es claro que imperará la autonomía de la voluntad; mas cuando, por el contrario, lo es preceptiva o prohibitiva obligará ante y sobre el contrato. A cuyo respecto es detener en cuenta, al ser dividido el edificio en propiedad horizontal, que los diferentes pisos, locales o espacios que reuniendo las condiciones que en el mismo se establecen sean objeto de propiedad separada, llevarán inherentes un derecho de copropiedad sobre los demás elementos del edificio necesario para su adecuado uso y disfrute, como *ad exemplum*, entre otros, el suelo, elemento éste al que la doctrina, tanto científica como jurisprudencial, ha calificado como de común por naturaleza, en cuanto sobre el mismo se asienta el edificio, sin que puedan ser enajenados, gravados o embargados separadamente de la parte privativa de la que son anejos inseparables; es indudable que tratándose de *ius cogens*, el Juzgador no puede desentenderse de todo aquello regulado, con ese carácter de derecho necesario, de la ley que gobierna dicha propiedad, a cuyos preceptos ha de atemperar no ya todas y cada una de las cláusulas del contrato, sino incluso su propia finalidad, para que éste no resultase ineficaz o contrario a la voluntad de las partes, por lo que resultando inseparable del edificio no ya física, sino jurídicamente, el suelo sobre el que se construye, forzoso es entender que lo cedido, enajenado, permutado o aportado por el actor era el suelo y, consecuentemente, las cláusulas habían de entenderse, ya hablasen de suelo o de vuelo, como si de suelo se tratase.

LAS ORDENES MINISTERIALES NO TIENEN EL CARACTER DE LEY EN SENTIDO MATERIAL (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—Aun sin restringir el vocablo «ley» a su acepción formal de mandato normativo emanado de los órganos soberanos que tienen constitucionalmente atribuido el poder legislativo superior, sino entendiéndolo en su aspecto material de toda norma jurídica escrita, que, por tanto, abarca a los Decretos, revestidos de las notas de generalidad y obligatoriedad, no parece adecuado otorgar el rango de «ley» en la espera de un recurso extraordinario como es el de casación, a las disposiciones que no pasan de meras órdenes ministeriales, de consiguiente firmadas tan sólo por el titular del Departamento con arreglo a lo prevenido en el artículo 25 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

Si bien el derecho potestativo de pedir la resolución contractual requiere en ambos casos la concurrencia de una voluntad rebelde en la parte

incumplidora, la determinación de la existencia de este *animus* corresponde al Tribunal de instancia, al igual que la elucidación relativa a cuál contratante ha quebrantado sus obligaciones.

EL ERROR SOBRE LA DESIGNACION DE CANTIDAD SOLO PRIVARA DE EFICACIA AL CONTRATO CUANDO SE RESUELVA EL ERROR SOBRE LA IDENTIDAD DEL OBJETO (SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.266 del Código Civil establece que «para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo», de donde se deduce que, en principio, el mero error sobre la designación de la cantidad sólo podrá considerarse relevante para privar de eficacia al contrato cuando se resuelva en error sobre la identidad del objeto; para que la errónea representación de la cantidad sea invalidante, se precisaría que hubiese sido tal superficie motivo determinante del consentimiento contractual y se hubiera hecho constar como tal en las cláusulas del contrato; de modo que el mero error en la cantidad en el número de metros cuadrados de un solar cuya extensión era conocida objetivamente con exactitud, es decir, sin duda acerca de su delimitación o individualidad, no es error sustancial y no incide en el artículo 1.266; por otra parte, la Jurisprudencia de este Tribunal Supremo ha configurado el error sustancial: a) Apreciándolo con criterio muy restrictivo cuando de ello dependa la existencia del negocio. b) Ha de ser inexcusable, es decir, no puede invocarse un error evitable con una regular diligencia para, a través del mismo, obtener la anulación del negocio.

LOS DOCUMENTOS PUBLICOS NO TIENEN FUERZA PREPONDERANTE SOBRE LOS DEMAS MEDIOS PROBATORIOS (SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—Es reiterada la doctrina de esta Sala relativa a que el artículo 1.218 del Código Civil no contiene regla alguna que dé fuerza preponderante a los documentos públicos sobre los demás medios probatorios, sobre todo cuando el juzgador se funda en los demás elementos de prueba aportados (Sentencias de 15 de abril de 1963, 2 de julio de 1963, 10 de abril de 1964, 6 de junio de 1969, 30 de junio de 1970 y 14 de febrero de 1979).

CULPA EXTRACONTRACTUAL: TRASLACION DEL «ONUS PROBANDI» (SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—Es doctrina legal vigente la que ha matizado de modo sustancial la concurrencia del elemento subjetivo de la

culpa como uno de los presupuestos de exigencia de la responsabilidad equiliana o extracontractual, matización que no llega, por supuesto, a la eliminación de ese clásico y sustancial elemento personal, sino a la traslación de la carga probatoria, al deferir el *onus probandi* de inexistencia de culpa a la persona presuntamente causante del daño, sobre todo cuando ésta pone en el mundo de las relaciones humanas o físicas las condiciones para la creación de un posible riesgo dañoso para terceros y que, además, obtiene con su actividad un lucro o beneficio que aun siendo legítimo, justifica aún más esa exigencia de responsabilidad en aras de un principio de humana solidaridad que tiende a evitar tanto la situación de desamparo de los perjudicados, como a cumplir el imperativo ético de no dejar sin reparación efectiva el daño causado más o menos culpablemente.

4

EL SUSPENSO PUEDE FORMULAR RECLAMACIONES ENCAMINADAS AL SUSPENSO DE UN CREDITO (SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—La suspensión de pagos no produce la ineficacia de facturas que el suspenso expida con relación a suministros precedentes realizados a terceros y pendientes de abono, dado que tal facultad no le viene vedada por las normas de la suspensión de pagos, y concretamente de las específicamente prevenidas en el artículo 6 de la Ley de 26 de julio de 1922 en lo aplicable en la materia, habida cuenta que lo que veda tal precepto es simplemente la posibilidad de verificar cobros, cualquiera que fuese su cuantía y procedencia, sin el concurso de los Interventores, pero no el formular reclamaciones extrajudiciales o judiciales por parte del suspenso, encaminadas al reconocimiento de un crédito que estima preexistente a su favor; además que la realización de actos por el tan citado suspenso sin el concurso o acuerdo de los Interventores, lo único que determinaría sería la posibilidad de que éstos o en su caso los acreedores, ejercitasen las correspondientes acciones en logro de la nulidad o ineficacia de tales actos si les resultaren perjudiciales.

LOS TRABAJOS PREPARATORIOS DE UNA OBRA NO PUEDEN CONSIDERARSE EDIFICACION A LOS EFECTOS DE LA ACCESION INVERTIDA (SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—Por accesión invertida, también denominada construcción extralimitada, hemos de entender, conforme la ha configurado la doctrina de esta Sala, llenando un vacío legal al no poder encuadrarse en la accesión del artículo 361 del Código Civil, toda edificación en suelo que en parte pertenece al constructor y en parte al propietario del fundo colindante, determinando que lo principal sea lo edificado y lo accesorio la porción de terreno invadido, dando con ello lugar a que el suelo ceda al edificio y de ahí aquella denominación; lo único que puede considerarse incorporado al suelo, por constituir una edificación, aunque elemental, es la levantada para atender a las futuras obras, pues ni los

montones de tierra o arena colocados en la finca, ni los postes para la ulterior instalación de la conducción de fluido eléctrico, pueden considerarse construcciones ni plantaciones, ni adheridas al suelo permanentemente de suerte que no pueda retirarse sin menoscabo y menos aún revisten aquel carácter el esbozo de algún camino.

COMENTARIO.—Con más precisión que la doctrina jurisprudencial, CAMY reserva la denominación «accesión invertida» para el supuesto de que la totalidad del suelo en que se construye esté fuera del patrimonio del constructor, como es el caso contemplado en el párrafo segundo del artículo 1.404 del Código Civil, que atribuye carácter ganancial a los edificios construidos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges. Para casos como el contemplado, en que la construcción se realiza sobre suelo en parte propiedad del constructor y en parte ajeno, emplea el citado autor el término «accesión extralimitada».

LA RESOLUCION DE UN CONTRATO IMPLICA LA RESTITUCION DE PRESTACIONES ENTRE LOS CONTRATANTES (SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—El efecto insito en la resolución de contrato es que cada parte reintegre a la otra las prestaciones que aportaron, como consecuencia natural y lógica del efecto retroactivo de la resolución declarada, tal como claramente se deduce del artículo 1.123 del Código Civil, al imponer, en el supuesto de cumplirse la condición resolutoria en la obligación de dar, que los interesados se restituyan recíprocamente lo que hubieren recibido.

La resolución de un contrato, una vez declarada y aceptada, no puede entenderse de modo que deje en beneficio de un contratante las prestaciones que del otro haya recibido antes de la resolución, lo que equivaldría, como declaró la sentencia de esta Sala de 10 de marzo de 1950, a proteger un enriquecimiento injusto, sino que precisamente el retorno al estado anterior al vínculo contractual deshecho por modo resolutorio, no quedaría logrado sin su consecuencia natural de reintegro recíproco de prestaciones.

NO PUEDEN ASIMILARSE LAS NORMATIVAS DE LOS SEGUROS OBLIGATORIO Y VOLUNTARIO EN LA ESFERA AUTOMOVILISTA (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—Es improcedente asimilar o confundir las respectivas normativas de los seguros obligatorio y voluntario en la esfera automovilística, pues mientras que el primero viene sometido a un régimen de derecho necesario en cuanto que surge de la obligación legal impuesta a todo propietario de un vehículo de motor como requisito indispensable para poder circular por el territorio nacional y responde a la proclamada finalidad social de lograr la protección inmediata a las víctimas del accidente de circulación, el segundo o voluntario, por lo

mismo que guarda sutantividad, aunque sea compatible con el obligatorio, habrá de ser concertado y documentado con independencia de éste, y se regirá por sus específicos pactos; es inconcluso que aunque el seguro voluntario de automóviles sea concertado como complemento del obligatorio, conserva su genuina naturaleza y no puede identificarse con el otro ni sujetarse a su disciplina.

El principio de libertad de pacto que informa la materia del seguro voluntario, salvo en los aspectos de la actividad aseguradora sometidos a la intervención administrativa, exige resolver los conflictos entre las partes atendiendo a lo estipulado en la correspondiente póliza.

La declaración que como cláusula de estilo recogen las pólizas sobre la suspensión de las obligaciones de asegurador mientras la prima no esté pagada, no se aparta de la posición que, con diversos matices, adopta el derecho comparado, como por ejemplo el Código Civil italiano, y desde luego es lícita en nuestro ordenamiento, pues ya en principio las consecuencias del incumplimiento se originan por el hecho de la falta de pago de la prima en el lugar y tiempo convenidos.

PARA QUE EXISTA NOVACION EXTINTIVA DEBE APARECER CLARA LA VOLUNTAD DE LAS PARTES (SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 1980).

Doctrina de la sentencia.—Es nota esencial y característica de la novación la sustitución de una relación obligatoria por otra, hecha con el designio de extinguir o modificar la primera, es decir, que a los efectos de ese sustancial cambio obligacional es requisito esencial, para que la novación sea extintiva, la intención de los contratantes o *animus novandi*, de dar por extinguido el contrato primitivo entre ellos existente, decisión ésta que han de declarar expresamente los contratantes como condición indispensable para que la novación se produzca, a menos que la obligación antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles entre sí, conforme tiene establecido la jurisprudencia de este Tribunal.

La novación entraña la sustitución o cambio de un convenio obligacional por otro, lo que presupone la subsistencia de una obligación reemplazada por otra, debiendo aparecer de los términos del acto, con toda claridad, la voluntad de llevar a cabo la extinción de la primitiva obligación, aunque no siempre sea preciso esta constancia expresa, ya que el artículo 1204 del Código sustantivo admite, al lado de la voluntad expresa de novar manifestada paladinamente, la que cabe deducir de la incompatibilidad entre las dos convenciones, pues las simples modificaciones accidentales que, sin alterar la esencia de una obligación preexistente, se introduzcan en ella, no producen el efecto de extinguirla por novación.

J. Q. S.

2. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ SALINAS

REQUISITOS DE LA PUBLICACION PARA INICIAR EL COMPUTO DEL PLAZO PARA RECURRIR CONTRA LOS PLANES DE URBANISMO. SENTIDO REVISOR DE LA JURISDICCION (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1980).

I. ANTECEDENTES

El Ayuntamiento de Tafalla promueve una modificación del Plan General de Ordenación Urbana, consistente en el cambio de destino de un polígono de suelo rústico a ciudad jardín.

Tramitada la modificación recibe aprobación definitiva por parte de la Comisión Provincial de Urbanismo de Navarra en enero de 1973.

Este acto aprobatorio de la modificación se publica en el *Boletín Oficial de la Provincia*, pero sin indicación de los recursos procedentes.

Varios interesados interponen recurso de alzada ante el Ministro de Obras Públicas y Urbanismo pasado el plazo legal contado desde la publicación.

El Ministro declara inadmisibile el recurso por haberse interpuesto fuera de plazo.

Los interesados interponen entonces recurso de reposición (potestativo), que es desestimado, manteniéndose el Ministro en su anterior acto.

Acuden entonces los interesados a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y la Sala de Pamplona dicta sentencia en enero de 1975, en la que se dispone lo siguiente:

«Fallamos que estimando en parte el presente recurso contencioso-administrativo, debemos anular y anulamos, por su desconformidad a Derecho, tanto la Resolución del Ministerio de la Vivienda de 25 de febrero de 1974, por la que fue desestimado el de reposición interpuesto contra la del mismo Departamento de 20 de septiembre de 1973, como esta misma resolución, por la que se declaró inadmisibile el recurso de alzada formulado contra el acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo de Navarra de 18 de enero de 1973, sobre cambio de clasificación en polígono de Abaco-Pesquera del Plan General de Ordenación Urbana de Tafalla, y declarar, como declaramos, que procede que por el com-

petente Órgano del Ministerio de la Vivienda se dicte en el expresado recurso de alzada la resolución de fondo que estime procede, previos los pertinentes trámites en cuanto no hayan sido cumplidos, a cuyo efecto se repondrán las actuaciones en lo necesario, sin resolver, por tanto, sobre la pretensión impugnatoria dirigida frente al mencionado acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo de Navarra, y sin imposición de costas.»

Conformes los demandantes con esta Sentencia, el Abogado del Estado, por el contrario, interpone recurso de apelación contra la misma.

El Tribunal Supremo dicta sentencia confirmando la apelada.

II. DOCTRINA DE LA SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1980 (Sala 4.ª; Gabaldón)

En la sentencia del Tribunal Supremo se confirma la apelada con base en los siguientes considerandos:

Considerando 2.º: *Que aunque el artículo 35 de la Ley del Suelo, al prescribir la publicación de los acuerdos de aprobación definitiva de los planes (aplicable a sus modificaciones según el 39), no establece requisito alguno formal para esa publicación, una jurisprudencia ya reiterada ha señalado, por una parte, el doble carácter normativo y de acto singular que el contenido de los Planes tiene, y de otra, junto a la exigencia de notificación personal a los interesados comparecidos en el expediente—Sentencia, entre otras, de 26 de febrero de 1977—, la aplicabilidad de la doctrina que, en relación con otros actos—v. gr., las licencias, Sentencia, entre muchas, de 22 de diciembre de 1976—, cuando su destinatario no sea conocido o se dirijan a una pluralidad indeterminada de sujetos, entiende como preceptiva la publicación, según el artículo 46-2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, pero con los requisitos exigibles a toda notificación, según el artículo 79, es decir, el texto íntegro y la indicación de recursos, puesto que de no ser así, esos interesados sufrirían una evidente merma de garantías formales en cuanto al conocimiento del acto y posibilidades de impugnación; interpretación general de la Jurisprudencia de esta Sala, que en relación precisamente, como se dijo, con los Planes, ha extendido a éstos esa misma exigencia en su publicación, tal como resulta de las Sentencias de 19 de junio de 1971 y 4 de noviembre de 1972 ó 18 de junio de 1976, donde expresamente se alude a que la publicación del acto aprobatorio de los Planes contenga su texto íntegro y la indicación de los recursos procedentes, con la consecuencia, en otro caso, de que la mera publicación no abre los plazos de impugnación, y a cuyo fundamento, en la doble naturaleza del contenido del Plan, cabe agregar los del propio acto de aprobación, que es formalmente lo que se impugna.*

Considerando 3.º: *Que como consecuencia de la continuidad en la aplicación de esa doctrina es como la Sala de Pamplona entendió que en el caso la alzada no podía reputarse extemporánea, al faltar a la publicación del acuerdo aprobatorio de la modifi-*

cación del Plan la indicación de los recursos procedentes, por lo cual el cómputo del plazo únicamente debía contarse a partir de la notificación individual hecha a los interesados por el Ayuntamiento, debe por lo dicho ser confirmado su fallo en ese aspecto.

Considerando 4.º: Que la doctrina acerca de la devolución a la Administración del conocimiento para que dicte nueva resolución cuando, como en este caso, no entró en el fondo del asunto; ha sido rectificada por sentencias posteriores, a las que la de Primera Instancia cita, y que han venido a establecer que existiendo acto recurrido previo (que es lo verdaderamente exigible por el principio de Jurisdicción revisora), el Tribunal revisor puede conocer de la legitimidad sustancial del mismo, aunque la Administración no haya entrado en el fondo; sin embargo, ello viene, evidentemente, condicionado por dos factores: uno, el de que el Tribunal pueda efectivamente conocer, por estar el expediente completo y en presencia de todos los datos de hecho, y otro, el de que los principios y normas del proceso lo consientan, que es precisamente lo que en el caso no ocurre, puesto que habiendo la sentencia dispuesto el reenvío a la Administración para que dicte resolución en el fondo después de anular su acto de inadmisión de la alzada, este fallo sólo fue recurrido por la Abogacía del Estado para pedir su revocación y la declaración de legitimidad de aquel acto, con lo cual la única pretensión articulada en esta instancia no permite conocer de la legitimidad sustancial del acto y su eventual anulación por vicios de fondo, porque ello constituiría un caso de la denominada por la doctrina *reformatio in peius* contra la Administración recurrente.

Considerando 5.º: Que procede, por todo lo expuesto, confirmar la sentencia apelada sin que, en cambio, sea de hacer un pronunciamiento sobre costas de esta apelación, para lo cual no resultan méritos.

III. COMENTARIO

1. Planteamiento

Entre los muchos e interesantes problemas que la impugnación de Planes de Urbanismo plantea está el del *plazo para recurrir*.

Cuál sea el plazo, evidentemente, dependerá de la clase de recurso que proceda. En este problema no vamos a entrar ahora.

Por lo que se refiere al *inicio del cómputo del plazo* para recurrir hay que distinguir. Caso de que sean sucesivos los recursos, el inicio del plazo para interponer los siguientes vendrá fijado según las normas de aplicación general. Tampoco se va a entrar en este tema.

El problema específico que se plantea en la sentencia objeto de comentario es el del inicio del plazo para interponer el primer (o lo que, en su caso, sería lo mismo: único) recurso contra el Plan.

Aun centrados en este específico tema, hay que advertir que en la sentencia se tocan dos de sus aspectos fundamentales. Uno de pasada:

la necesidad de notificar la aprobación definitiva del Plan a los que comparecieron en el expediente. Otro en profundidad, no reñida con lo sucinto de las consideraciones que se hacen: requisitos de la publicación a efecto de que empiece a correr el plazo de recurso.

Vamos a dejar el tema de las notificaciones y centrar este comentario en el de los requisitos de la publicación. La sentencia en este punto es de gran interés.

En la sentencia también se toca la importante cuestión del alcance del carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Ello también merece (breve, aunque sea) comentario.

2. En la publicación deben expresarse los recursos que procedan

La tesis del Tribunal Supremo en la sentencia (considerando 2.º), la de la Sala de Pamplona, la del recurrente también, es que el recurso de alzada que se interpuso no era extemporáneo, porque si bien se presentó pasado el plazo para interponerlo, contado desde la publicación, como ésta había sido defectuosa no podía abrir los plazos de impugnación. El plazo no había empezado a correr, todavía estaba abierto.

En concreto, la cuestión discutida se centraba en si (o por el contrario, no) era requisito, y su omisión, consiguientemente, un defecto en la publicación, *indicar los recursos*.

¿Qué dice la legislación del suelo?

Tanto la Ley del Suelo como los artículos concordantes del Reglamento de Planeamiento coinciden en lo mismo: poco o nada en relación con el tema. Según el artículo 56 de la Ley (Texto Refundido vigente, antiguo artículo 44 de 1956) del Suelo:

«Los Planes... serán inmediatamente ejecutivos una vez publicada su aprobación definitiva...»

Del artículo 44 (antiguo 35) se desprende que:

«Los acuerdos... aprobatorios de Planes... se publicarán en el *Boletín Oficial*...»

Por su parte, en el mismo sentido que el artículo 311 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Corporaciones Locales de 1952 (1), el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo dice:

«1. Se notificarán a los interesados las resoluciones que afecten a sus derechos o intereses.

2. Toda notificación se practicará en el plazo máximo de diez días, a partir de la resolución o acto que se notifique, y deberá contener el texto íntegro del acto, con la *indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa y, en su caso, la expresión de los recursos que contra la misma procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen pertinente*.

(1) En análogo sentido, aunque sin la precisión del 4.º y último apartado del 79 L. P. A., el 401 de la Ley de Régimen Local de 1955.

3. Las notificaciones defectuosas surtirán, sin embargo, efecto a partir de la fecha en que se haga manifestación expresa en tal sentido por el interesado o se interponga el recurso pertinente.

4. Asimismo surtirán efecto por el transcurso de seis meses las notificaciones practicadas *personalmente* al interesado que, conteniendo el texto íntegro del acto, hubieran omitido otros requisitos, salvo que se hubiera hecho protesta formal, dentro de este plazo, en solicitud de que la Administración rectifique la deficiencia.»

Según antes se indicó, no se trata de determinar si la aprobación definitiva de los Planes debe notificarse personalmente (2). El tema se centra ahora en la aplicabilidad del artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo en cuanto al contenido de la publicación, y en especial en lo referente a la indicación y expresiones exigidas respecto de la impugnación (3).

De ser exigible tal contenido en la publicación y no hacerse indicación de los recursos (*apartado 2 del artículo*) al ser la *publicación* defectuosa, sólo surtirá efecto a partir de la fecha en que se interponga el recurso pertinente (*apartado 3 del artículo*). Es decir, que el plazo para recurrir no llega a empezar a correr, no pudiendo calificarse al recurso de extemporáneo y declararse su inadmisibilidad.

Aun cuando no se haga indicación de los recursos, y antes que se interponga el pertinente, puede haber empezado a correr el plazo (y el recurso resultará extemporáneo si se presenta fuera del mismo) en los dos supuestos y a partir de las fechas respectivamente indicadas en el propio artículo: fecha de la manifestación expresa por el posterior recurrente (*apartado 3 del artículo*), fecha en que se cumplan seis meses desde la notificación personal del texto íntegro del acto sin protesta formal (*apartado 4 del artículo*).

Pero dejemos de nuevo aparte en este comentario tales supuestos.

El problema viene planteado por el silencio de la legislación *del suelo* y la constatación de que preceptos de carácter *general* son más exigentes respecto del contenido de la *notificación*, que la legislación especial lo es con el de la *publicación* en materia de Planes de Urbanismo.

La sentencia fundamentará su conclusión en la aplicabilidad del artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo en materia de Planes. Pero para mejor comprender la argumentación de la sentencia comentada, nada mejor que poner sobre el tapete la contraria. Tendremos así la tesis y la antítesis.

En este sentido, creo bien significativa la posición de J. MARTÍN BLANCO (4):

(2) En la sentencia comentada, según luego tendremos ocasión de analizar, además de considerarse necesaria la notificación respecto de las que intervinieran en el procedimiento, se utiliza tal dato como argumentación para exigir en la *publicación* los requisitos de las notificaciones.

(3) Al aplicarse el artículo 79 L. P. A., además de la indicación de los recursos, la publicación deberá contener el *texto íntegro del acuerdo* de aprobación definitiva del Plan. No obstante, esto último puede desprenderse de la misma letra de la Ley del Suelo (art. 44; antiguo 35). Así se hace, por ejemplo, en las Sentencias de 19 de junio de 1971 y 4 de noviembre de 1972, citadas, en la que se comenta.

(4) *Dictámenes y Estudios de Derecho Urbanístico*, Madrid, 1970, pág. 186.

«Consideramos que el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo no es de aplicación al supuesto que nos ocupa ni supletoriamente, porque la publicación y forma de hacerse está *regulada por el artículo 35 de la Ley del Suelo de modo expreso*, y concreto y es sabido que el Decreto de la Presidencia del Gobierno de 10 de octubre de 1958 declaró como *procedimiento especial* vigente el regulado por la Ley del Suelo en materia de formación, aprobación, revisión y modificación de los Planes de Urbanismo y proyectos de urbanización. Y por encima de esta consideración, por la razón de principio de que el Plan General de Ordenación Urbana Municipal no es uno de los actos administrativos cuya notificación prevé el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que confieren o deniegan derechos o intereses particulares, personales y concretos. *El Plan de Urbanismo es más que un acto administrativo* y la publicación de su acuerdo aprobatorio produce los mismos efectos que los de la publicación de las disposiciones generales (Sentencias de 6 de octubre de 1962, 5 de junio de 1964, 27 de febrero de 1965, 6 de mayo y 7 de noviembre de 1966 y 9 de noviembre de 1967), que no tienen que ser notificados personalmente. La Ley del Suelo habla de «publicación» del acuerdo; la Ley de Procedimiento Administrativo, de «notificación» a los interesados. La diferencia terminológica legal obedece a la diferencia de principio que tipifica diversamente un acto administrativo de un Plan de Urbanismo.»

Estas consideraciones ponen de manifiesto el juego de dos tópicos que continuamente aparecen y son utilizados a la hora de afrontar los problemas que los Planes y su impugnación plantean: su discutida naturaleza normativa y el carácter especial de su regulación.

Sin profundizar en estos temas generales, veamos la contestación que la sentencia comentada supone a estas consideraciones doctrinales. Basta leer el *considerando 2.º* para advertir la agudeza de la argumentación, con base en la doctrina jurisprudencial preexistente:

A. Aunque el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo se refiere a las notificaciones, *hay supuestos en que la publicación no es más que un sucedáneo de notificación personal y por ello debe contener los requisitos exigidos a toda notificación*. La sentencia se refiere expresamente al supuesto del artículo 46, 2, de la Ley de Procedimiento Administrativo, que dice:

«Los actos administrativos que tengan por destinatario una pluralidad indeterminada de sujetos y aquellos para los que no fuere exigible la notificación personal, no producirán efectos respecto de los mismos en tanto no sean publicados legalmente.»

No obstante, también se refiere (implícitamente ahora) al supuesto del apartado 3.º del artículo 80 de la Ley de Procedimiento Administrativo, al aludir al destinatario desconocido. Según este apartado:

«Cuando los *interesados* en un procedimiento sean *desconocidos* o se ignore su domicilio, la notificación se hará por medio

de anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento de su último domicilio y en el *Boletín Oficial del Estado o de la Provincia.*»

B. Ante el problema que plantea el dato de no ser necesaria la indicación de los recursos procedentes cuando de la publicación de normas se trata, la argumentación es doble:

Por un lado, los Planes no son sólo normas; tienen el doble carácter normativo y de acto singular dado su contenido (inciso primero del considerando).

Por otro lado, lo que se publica y *lo que formalmente se impugna* es un acto: el de aprobación definitiva (inciso final del considerando).

C. La conclusión no puede ser otra que la exigencia de la expresión de los recursos que proceden contra la aprobación definitiva de los Planes en su publicación, por ser la doctrina aplicable a *otros* actos. De no ser así, los interesados sufrirían una evidente merma de garantías formales.

La sentencia busca apoyo en otras anteriores de la misma Sala respecto de las cuales es de señalar lo siguiente:

En las Sentencias de *19 de junio de 1971* (Cordero) y *4 de noviembre de 1972* (Martín del Burgo), el Tribunal Supremo acepta los considerandos de las apeladas (las dos de Barcelona), y en considerando propio más que argumentar en favor de la aplicabilidad del artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, parece dar a entender que del mismo artículo 35 (actual 44) de la Ley del Suelo se desprende la exigencia de que se publique el *texto íntegro* de la aprobación y *también se indiquen los recursos* (5).

Aunque en la de 1971 los considerandos aceptados de la apelada no sean suficientemente expresivos, sí lo son los aceptados *en la Sentencia de 4 de noviembre de 1971*. La Sala de la Audiencia Territorial de Barcelona dijo, y el Supremo lo acepta:

«Que si es que la 'publicación' ha de atender el fin de garantía a que obedece el texto del artículo 79, 2, de la Ley de Procedimiento Administrativo (y del art. 401, 1, de la Ley de Régimen Local), para las notificaciones, en aquella comunicación debió instruirse de los recursos procedentes, pues aunque el artículo 35 de la Ley del Suelo no lo diga, y la publicación, en tanto comunica disposiciones de carácter general, no lo requiere, *el 'Plan' es un acto que, sin negar su faceta general, tiene una incidencia singular, que reclama, en su publicación, la integración del silencio del artículo 35 de la Ley del Suelo con lo dispuesto*—en este particular de la instrucción de los recursos procedentes—*para las notificaciones*; extremo tampoco incluido en la publicación y que, al menos, por información de la Administración, impidió conocer a los interesados—y al público en general, *legitimado* para impugnar el 'Plan', según el artículo 223 de la Ley del Suelo—las vías de impugnación.»

(5) No resulta difícil llegar a la conclusión de que debe publicarse el texto íntegro del acuerdo porque el artículo 44 L. S. dice que «los Acuerdos del Consejo... etc., aprobatorios de Planes se publicarán». Lo difícil es exigir la indicación de los recursos sin acudir a la aplicación del artículo 79 L. P. A.

La tercera sentencia que cita la que comentamos es la de 18 de junio de 1976. Al respecto hay que matizar que esta sentencia no se refería precisamente a los Planes de Urbanismo para extender a los mismos la exigencia de indicar los recursos. Esta sentencia se refiere, al igual que la de 22 de diciembre de 1976, a una licencia de construcción. Ambas, sin embargo, tienen interés por la argumentación que aportan al tema y que se encuentra en lo considerado (en este caso también) por la Audiencia de Barcelona.

Concretamente, en la de 22 de diciembre de 1976 (Medina), al aceptar el Supremo lo considerado en la sentencia apelada, se dirá que al tener el acuerdo

«por destinatario una pluralidad indeterminada de sujetos resulta preceptiva la publicación, que debe contener los requisitos exigibles en toda notificación, y a los que se refieren los artículos 401 de la Ley de Régimen Local y 311 de su Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico, en relación con el 80 de la Ley de Procedimiento Administrativo; de lo que se infiere que hasta que la demandante se dio por enterada del Acuerdo otorgando la licencia y recurrió en reposición, no empezó respecto a la actora a producir los efectos legales pertinentes, entre ellos los referentes al derecho a recurrir, número 2.º del meritado artículo 401, y 311 del citado Reglamento, *sin que pueda estimarse subsanado, por el transcurso de seis meses, la notificación defectuosa, en razón de que al no ser personal, por tratarse de una publicación, no resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 79, número 4, de la Ley de Procedimiento Administrativo, o 311, número 2, del Reglamento citado; de todo lo cual se infiere que no puede prosperar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto, en base a una presunta extemporaneidad de la reclamación formulada en el expediente administrativo, que de ser acogida por este Tribunal, comportaría el asumir el reconocimiento de que la acción pública establecida en el citado artículo 223 de la Ley del Suelo, por voluntad de la Administración Municipal, podrá convertirse en una simple en-telequia, quedando sin la debida garantía el interés público, a cuya salvaguarda va destinado ese precepto».*

Debe llamarse la atención (aparte la inaplicabilidad del apartado 4.º del artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en lo que se sigue literalmente a la Sentencia de 18 de junio del mismo año) sobre el dato de la acción popular que se utiliza en la argumentación, y que también aparece en el inciso final del texto citado de la Sentencia de 4 de noviembre de 1972. Y es que, efectivamente, *la generosidad en materia de legitimación e idea de facilitar un control público de la legalidad urbanística (incluidos los Planes) (6) es incompatible con una interpretación que no*

(6) Según el apartado 1) del artículo 235 del vigente texto de la Ley del Suelo:

«Será pública la acción para exigir ante los Organos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación urbanística y de los Planes, Programas, Proyectos, Normas y Ordenanzas.»

Sobre el tema *vid.* L. COSCULLUELA: «Acción Pública en materia urbanística», *RAP*, núm. 71, página 40.

exija que conste en la publicación del acuerdo la indicación de los recursos que cualquiera que quiera puede entablar.

En la sentencia comentada no se utiliza expresamente como dato argumental éste de la acción pública, aunque, según se acaba de apuntar, tiene su importancia.

La sentencia objeto de comentario parece estar más interesada en otra vía argumental que la acabada de aludir. Según vamos a ver, se trata de insistir por otro camino en la idea de que la publicación en el supuesto no es más que un sucedáneo de notificación.

Efectivamente. El principio general en la materia es que no es necesario notificar personalmente, sino que basta publicar el acuerdo de aprobación definitiva del Plan. Ello por razones de economía procedimental y dado que, desde el punto de vista procesal de la impugnación, los destinatarios del Plan son teóricamente ilimitados como consecuencia de ser la legitimación también ilimitada.

Si esto es así, hemos visto cómo lo procedente será tratar a la publicación como a una notificación, en lo referente a la indicación de los recursos que sería posible interponer.

Ahora bien, si a lo anterior se añade que además de publicar el acuerdo aprobatorio era necesario habérselo notificado personalmente al ahora recurrente, resultará más claro y patente aún que si la publicación no reunía los requisitos de las notificaciones, no podía haber *sustituido* a la notificación preceptiva y que debería haberse practicado para que el plazo para recurrir hubiese empezado a correr.

Esta es la argumentación de la sentencia que comentamos y que para fundamentar la conclusión basta y sobra en el supuesto de hecho de la misma. Hubiera sido más que suficiente decir que el recurso no era extemporáneo por haber faltado la preceptiva notificación personal. Esto hubiera bastado. Esto se dice de pasada por considerarse elemental. El Tribunal Supremo, sin embargo, va más allá y refuerza la argumentación con base en el dato de ser la publicación efectuada defectuosa. Así vendrá a decir que respecto del recurrente la publicación efectuada en modo alguno puede haber iniciado el cómputo del plazo de recurso, porque *sólo desde que se le indicasen los recursos* procedentes, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, y ello *mediante notificación personal*, empezaba dicho cómputo. No habiéndosele hecho indicación de estas circunstancias, *ni siquiera en la publicación*, el tema está claro: se produciría una evidente merma de garantías formales en cuanto al conocimiento del acto y posibilidades de impugnación.

La sentencia comentada no las utiliza, pero en esta misma línea pueden ser tenidas en cuenta las Sentencias de 21 de abril de 1978 y 19 de abril de 1979.

En la citada de 1978 (Ponce):

«Esa publicación era defectuosa, conforme al artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo, por no haberse indicado los recursos que cabía interponer contra ella; como, en efecto, se trataba de una resolución, la recurrida, en la que *no hubo notificaciones individuales y, por consiguiente, tal omisión, aun haciéndola de ese modo, originaba la aplicación de lo establecido para estos supuestos por el antes citado precepto* de la Ley Pro-

cedimental (de tener que contarse el plazo para la interposición del recurso únicamente desde que la parte interesada se dio por notificada o desde que se interpone el recurso pertinente).»

La de 19 de abril de 1979 (Jiménez), por su parte, dirá que:

« viniendo obligada la Administración a notificar a los interesados las resoluciones en él (el procedimiento) recaídas, primordialmente cuando tales personas han comparecido en él, cual en el caso acontece..., la realidad es que ello no se hizo y tal obligación no puede quedar suplida, respecto de tales personas, por una publicación genérica que no reúne los requisitos del párrafo 2.º del artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo... ».

3. Sentido del carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Del análisis (hecho) de los considerandos 2.º y 3.º de la sentencia se desprende que lo que la Administración, el Ministro de la Vivienda, debió haber acordado al resolver el recurso, primero de alzada y luego de reposición, era admitir el recurso de alzada y resolver sobre la legalidad del acuerdo de aprobación definitiva y, en definitiva, sobre la legalidad de la modificación del Planeamiento de que se trataba. El recurso de alzada no era inadmisibile por extemporáneo. Debía haberse admitido.

El problema se plantea entonces ante la Jurisdicción. Resulta claro que con base en las argumentaciones antes expuestas, la Administración debería haberse pronunciado en vía de recurso sobre la legalidad de la aprobación del mismo Planeamiento. El tema es si, dado el carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, los Jueces pueden pronunciarse sobre la legalidad de algo sobre lo que no se ha pronunciado la misma Administración *en vía de recurso*.

Pues bien, la doctrina de la sentencia comentada no puede ser más correcta al dar su verdadero sentido a la naturaleza revisora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (inciso primero del considerando 4.º). Lo verdaderamente exigible es un *acto recurrido* previo, no que la Administración haya entrado en el fondo del recurso. Existiendo el acto y habiéndose recurrido, aunque la Administración se haya limitado a declarar inadmisibile el recurso, los Jueces pueden no sólo declarar ilegal el acto resolutorio del recurso (por ser admisible), sino entrar en el fondo, en la legalidad sustancial del *acto recurrido*.

Esta doctrina jurisprudencial es la correcta, aunque todavía aisladamente aparezca alguna excepción aislada (7). Sin embargo, la sentencia comentada, al igual que la apelada, no entra en el fondo del asunto y se limita a declarar que procede que por la Administración se dicte resolución de fondo sobre el recurso, primero de alzada. El porqué de esta remisión no se fundamenta en una torpe interpretación del carácter revisor de la Jurisdicción. La propia sentencia hace la interpretación correcta. Si no entra en el fondo del problema es por no darse dos *condicionamientos* perfectamente lógicos.

(7) Sobre el tema, recientemente: E COCA VITA en su extraordinario comentario a la Sentencia de la Sala 5.ª del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1980, en RAP, 93, págs 195 y ss.

Efectivamente. Sin el expediente a la vista no puede pronunciarse una sentencia sobre la legalidad del mismo. En Primera Instancia, ante la Sala de Pamplona, el recurrente debió haber solicitado que se reclamasen los antecedentes adecuados para la decisión, que se completase el expediente remitido a la Sala (art. 70 L. J. C. A.). No se hizo así, y no constando los datos de hecho, el Tribunal Supremo no puede efectivamente conocer del tema.

No es sólo esto. Ante la sentencia de la Sala de Navarra, se promueve apelación por la representación de la Administración. Apelación que el Supremo desestima, confirmando la sentencia apelada. El Supremo no entra a conocer de la legitimidad sustancial del acto (Plan) y su eventual anulación por vicios de fondo, porque de hacerlo incurriría en un supuesto de *reformatio in peius*.

La argumentación es perfectamente válida. Baste notar simplemente que a los siete años de la aprobación de la modificación del Plan, todavía el particular recurrente no ha obtenido siquiera una resolución administrativa dándole o no la razón sobre la ilegalidad de la actuación administrativa al haber aprobado aquella nueva ordenación urbanística. Lo único que ha conseguido es que se le dé la razón en el sentido de tener la Administración que leer el recurso hace siete años presentado y resolver sobre el fondo del tema. Aparte la consumación de hechos que el paso de los años puede suponer, lo que resulta descorazonador es que ante una resolución que mantenga la legalidad de la actuación administrativa o el mero silencio, tendrá que recorrerse de nuevo ese largo camino en busca de la Justicia.

J. G. S.

LIBROS

ALPA, GUIDO, y BESSONE, MARIO: *Poteri dei privati e statuto delle proprietà: I. Oggetti, situazioni soggettive, conformazione dei Diritti*. Editorial CEDAM, Padova, 1980.

La obra cuya primera parte tenemos a la vista no es voluminosa y su tema, la redefinición de la propiedad y su contenido, no destaca como nuevo ni excesivamente atractivo. Muchos conceptos fundamentales, con profundas raíces, son objeto de intentos de revisión en estos momentos en los que en el campo jurídico, como en otros muchos, la superficialidad y un afán destructivo de índole primaria intentan establecer su reino. Gran número de institutos que la historia ha consagrado después de difícil y dilatada gestación son calificados de «fantasmones ilustres», «fórmulas mágicas meramente formalistas», y se clama contra sus bases sin siquiera examinar su solidez, augurándoles inmediatas «misas de réquiem», aunque como sucedáneo sólo se ofrezca un conjunto de difusas elucubraciones o mixtificaciones más o menos aberrantes.

La consabida sintonía marxista, tan monocorde como soporífera, acostumbra a impregnar, con mayor o menor intensidad, estos intentos. Y si bien es cierto que algunos ensayos prácticos han significado la fractura de estados políticos, jurídicos y económicos de los que dimanaba un relativo bienestar, también lo es que sus resultados han constituido rotundos fracasos creativos, con sus amargas consecuencias de empobrecimiento, injusticia y pérdida de libertad. Las incidencias para suplantar el debilucho «Estado de Derecho», más que de nulas, deben calificarse de negativas.

Pese a estas prevenciones, que imponen el constatar cómo los autores que firman la obra son regulares colaboradores de determinada revista italiana poco neutral, apenas iniciada la lectura del volumen aparecen indicios de considerable originalidad y profundidad y el interés se acrecienta a medida que la numeración de las páginas va avanzando. Aunque los horizontes, en bastantes ocasiones, aparecen limitados por la normativa y la jurisprudencia italiana (de esta última se reproducen párrafos ejemplares, de alta calidad), las aportaciones que se efectúan de dogmática jurídica y económica, americana en especial, de recentísimas fechas, permiten desarrollar nuevas perspectivas e iluminar facetas inobservadas u oscurecidas por los análisis tradicionales.

El vocablo propiedad no es exclusivo del ámbito jurídico; otras zonas del saber (historia, filosofía, sociología...) también lo utilizan dando a su contenido perfiles muy variados. En el aspecto jurídico tampoco debe reputarse concepto unívoco e inmutable. No sólo sus límites se alteran con la historia, sino que aún en nuestros días la denominación se utiliza para dispares supuestos.

Aunque los economistas filomarxistas tratan de la propiedad y sus rendimientos en forma paralela a la del empresario y la plusvalía generada por el productor, hablándonos incluso de renta absoluta y diferencial, proporcionada ésta a la calidad del bien, nuestro campo se ciñe a la estera del clásico liberalismo económico, aunque abarcando las fórmulas conocidas por economía mixta; y en todas ellas se observa la constante aspiración de conjugar el interés del titular con las exigencias sociales o de la colectividad. A ello se encaminan infinitas limitaciones en rendimientos o en formas de utilización. Los sistemas fiscales, las planificaciones, las ordenaciones con finalidades sanitarias, históricas, artísticas, urbanísticas, ecológicas y otras muchas, constituyen sus instrumentos. Con ellos se configura más nítidamente el concepto y contenido de la propiedad que con declaraciones retóricas o abstractas como las que facilitan las constituciones políticas, de las que es paradigma la italiana, que con sus nada tenues brumas y vaguedades, fruto de un consenso político, compendia toda clase de posibles interpretaciones.

Los autores, para contrastar la evolución de la disciplina de la propiedad, adoptan el procedimiento de confrontar sus características actuales con aquellas que resultaban de una obra clásica y nada antigua, el *Manual* de MESSINEO. Recuerdan, para empezar, el tema del «*numerus clausus*» en los derechos reales, que siempre hay que distinguir del «*Typenzwang*»: aquél se refiere a la fuente, éste al contenido. Este punto fue presentado, durante algunos años, como distintivo de la tutela de la parte débil, manifestación concreta de la tesis de la función social de la propiedad. Aun aquellas normativas, entre ellas la española, que proclamaban la «*Freiheit des Eigentums*», configurando una zona de autonomía para la creación de derechos reales similar a la de las relaciones obligatorias, vieron acudir a la jurisprudencia, impulsada por la doctrina, a cercenarla con importantes restricciones.

Actualmente está oscurecida, más que discutida, la realidad de la distinción conceptual de derechos reales y personales; se señalan tipos, como las obligaciones *propter rem* o las cargas reales, de difícil encuadre, y se constata cómo en el devenir histórico ha variado el número de los derechos clasificados como reales e incluso su contenido singular. Derechos considerados en otro tiempo como personales, usufructo, arrendamiento, derechos de preferente adquisición, han pasado a surtir efectos reales o contra terceros, en méritos de una publicitación eficaz, en especial por registros territoriales. Y aun situaciones muy peculiares como normativas de particulares comunidades, en especial las de propiedad horizontal, las de parcelaciones o urbanizaciones, las propias de la multipropiedad o «propiedad turnaria» y aun los convenios—de los que dimanaban normas—celebrados por promotores o urbanizadores con la Administración, surten plenos efectos contra terceros y hasta adquieren honores de inserción en registros territoriales para completo y fácil acceso a los interesados.

En afán práctico, ALPA y BESSONE insertan en su libro textos completos o parciales de reglas o convenios de los referidos, incluso las propias de la «propiedad turnaria», a la que dedican algunos especiales párrafos y que es tema que además de ellos, en otras obras, ha sido estudiado en Italia por LEZZA y SALVAROLO. Como es sabido, la misma posibilita,

en forma económica, el disfrute temporal de un apartamento de vacaciones y el complementario de unos servicios de tipo hotelero.

El clásico cercado de las servidumbres, derechos fraccionarios por excelencia, se halla también en plena convulsión. Se duda de la autenticidad del *servitus in faciendo consistere nequit*, y aunque se explican las reacciones individualistas dimanantes de la revolución francesa, que provocó la desaparición de las servidumbres personales, consideradas restos de esclavitud o vasallaje, y aun de las mixtas, como la obligación de utilizar el molino señorial, se reivindican tales figuras no proscritas en todos los Códigos e incluso se efectúan consideraciones sobre su utilización como derecho real abstracto, dada la elasticidad y variedad de su contenido.

La configuración de la propiedad dimana de innúmeras limitaciones: espacios verdes, volúmenes edificables, destino, servicios complementarios accesorios y otros mil de los que resultan otros tantos goces atípicos, figuras anómalas que imponiéndose a todo titular suscitan el notorio deseo de publicitación accesible a que nos hemos referido. Decía GIERKE que la propiedad del suelo no es como la de un paraguas o un billete de banco, y a ello hay que añadir que si en un tiempo se distinguieron las *res mancipi* de las *nec mancipi*, hay que considerar, actualmente, como muy diversos los derechos de propiedad sobre la «azienda», del socio respecto al patrimonio social, del espacio aéreo, de las aguas, la caza y pesca y hasta las mismas propiedades adespóticas o *res nullius*. El estudio, en todo momento, se complementa con la inserción fragmentaria de jurisprudencia y referencias a recientes publicaciones doctrinales, y en algunos capítulos se tiene la sensación de hallarse ante una pieza de orfebre.

Entre el interés legítimo y el derecho subjetivo fluctúa, a su juicio, la crisis actual de la disciplina de la propiedad. En tiempos del iluminismo, racionalismo o iusnaturalismo, el hombre era el centro motor del sistema y como predicados se le atribuían derechos subjetivos, poderes anejos a su voluntad; ellos quedaban sistematizados con el derecho objetivo y la correspondencia derecho-acción. Actualmente todo ello parece considerarse una utopía ideológico-política y la figura del derecho subjetivo pierde sus aspectos individualistas y construyéndose sobre los esquemas del Estado social deviene lo que COING ha llamado «expresión de cooperación entre los individuos». Y ejercitándose tales derechos de conformidad a las directrices de la solidaridad, el Estado no sólo puede imponer limitaciones, sino transformar su contenido en forma sustancial. Esta enorme reducción de la autonomía individual se caracteriza en fórmulas inconcretas como la función social, el abuso del derecho, la buena fe, etc. Toda una normativa correctora inorgánica, pero profunda.

De ahí las concepciones del instituto de la propiedad: la que nos habla de la «vinculada» o limitada, que presupone una inicial intangibilidad de los derechos del titular y las consiguientes indemnizaciones en casos de limitación o comprensión, y la propiedad «conformada», en la que el titular carece originariamente de poderes ilimitados y su derecho se contrae a un tipo determinado de ejercicio que permite eliminar toda suerte de indemnizaciones. No nos hallamos ante abstracciones, sino modelos de importancia práctica considerable, a los que dedicaron en fecha no lejana abundantes páginas GIANNINI y SANDULLI.

La obra concluye con dos extensos «Apéndices» que completan la exposición efectuada y permiten elevar la altura de navegación. El primero está dedicado al «análisis económico del derecho» y nos muestra un nuevo método de estudio de la disciplina de la propiedad que, a pesar de su denominación, discrepa fundamentalmente de la corriente interpretación económica marxista. Implica el encuadre de las teorías del bienestar social a las normas jurídicas: las formas en que deben ser modeladas e interpretadas éstas al objeto de obtener de ellas el mayor rendimiento, la máxima eficiencia en orden al desarrollo económico. Este método procede, fundamentalmente, del llamado «Teorema de Coase», que toma su nombre de RONALD COASE, que lo proclamó en Chicago en 1960, creando escuela, a las que siguieron las de la Universidad de Yale, con CALABRESI y ACKERMAN; la de Miami, con VON MANN; las de Oxford y Londres, habiendo tenido algún reflejo en la dogmática italiana.

El tema fue planteado en los años veinte, en una polémica entre KNIGHT y PIGOU sobre los problemas de ineficiencia, o rendimientos decrecientes, de las empresas con curva de oferta creciente, llegándose a la conclusión de que en determinados supuestos la discrepancia entre el coste social y el privado tenía su origen en el hecho de utilizarse un factor productivo no sujeto a derecho de propiedad. COASE, posteriormente, verificó el análisis completo del problema en sus vertientes económica y jurídica, elaborando los conceptos «esternalità» y «uso racional de los recursos», que, pese a su complejidad, se exponen en la obra recensionada en forma asequible y detallada.

A este propósito, ALPA y BESSONE transcriben y examinan fragmentos de diversas obras: la de FORTYBONT y PUJOVICH, *Property Rights and Economic Theory*, de 1972, relativa a los diversos modelos de derechos de propiedad y actuación empresarial, fundamentalmente, para concluir con que no es posible una teoría del derecho de propiedad completa sin una teoría del Estado; la de POSNER, de 1977, *Economic Analysis of Law*, que realiza el análisis en sus modalidades estática y dinámica y señala las funciones de protección a la propiedad y su categoría de incentivos para la más eficaz producción; la de CALABRESI y MELAMED, *One View of the Cathedral*, de 1972, de considerable impacto en la doctrina italiana y en la que se relacionan con gran extensión los aspectos de eficiencia económica y distribución de bienes, en especial los «meritgoods»; y la de HAROLD DEMSETZ, que sirve de cerrojo, *Toward a Theory of Property Rights*, en la que se efectúa una poco corriente historia de la evolución de la propiedad, con datos procedentes, en parte, de las tribus indias de Canadá y América del Norte, especialmente referidos a los derechos de caza, con titularidades variables según la especie venatoria, con sus cotos y sus derechos de sucesión; el alcance de las exclusividades y las consecuencias en las conductas y normas de la supervaloración de la piel en relación al de la sustancia alimenticia, que constituía el objeto primario de la caza.

Los temas aludidos, densos y difíciles para los juristas puros, se hacen transitables aun para los no versados en economía por la maestría de los textos reproducidos y glosas complementarias. Los «lacets» van superándose y al alcanzar la cumbre se divisan horizontes muy lejanos; el observatorio multiplica el panorama corriente. El esfuerzo de la ascensión merecía la pena.

El segundo Apéndice, también bastante extenso, insiste sobre el tema del *numerus clausus* en los derechos reales. Se transcriben párrafos de obras de BIAGIO BIAGI, RUGERO LUZZATTO, VENEZIAN, BORSARI y otros que se adicionan con los correspondientes comentarios que se extienden a los usos y servidumbres irregulares, a la configuración jurídica de los derechos de caza y pesca y hasta la posibilidad de dar efectos reales a pactos sobre competencia, como el establecido en la venta de un molino en el que se prohíbe al adquirente y sus sucesores utilizarlo como elemento industrial mientras actúe como molino otro inmediato. Se transcribe jurisprudencia que es una maravilla de microcirugía y se llega a dudar hasta de la utilidad actual del concepto «derechos reales». Acaso nos hallemos en momento oportuno para dar los efectos y consecuencias que proceden a la registración que facilita pública información, conocimiento completo, y de archivar conceptos propios de otras economías, en la actualidad en desfase o decadencia.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

Las agriculturas andaluzas. Grupo E. R. A. (Estudios Rurales Andaluces), Serie Estudios, Secretaría General Técnica del Ministerio de Agricultura, Madrid, 1980, un tomo de 509 págs.

La visión puramente folklórica de Andalucía es tan superficial y falsa como su planteamiento demagógico. Los que conocemos la idiosincrasia de las gentes andaluzas por su trato directo y la permanencia en sus tierras durante varios años, tenemos que rechazar tanto el pandereteo de la descripción de don Próspero Merimeé como las pinturas desoladoras de los que sólo pretenden hacer bandera de su famélica historia con fines interesados.

En Andalucía puede haber hambre y castañuelas; pero no sólo hay eso. Hay otras muchas cosas positivas y hermosas, las que más, unas descubiertas y otras por descubrir, que configurarían mejor ese trozo de España que está de Despeñaperros al Mediterráneo, vertebrado por el Guadalquivir.

Lo que pasa es que su principal medio de vida sigue siendo la agricultura, el sector más deprimido en todas partes; su crisis, naturalmente, se refleja en el nivel de los habitantes.

El libro que vamos a comentar estudia la economía andaluza, recalcando la importancia que en su caracterización tiene este sustento rural. Está escrito por un grupo de profesionales—agrónomos, economistas, geógrafos y sociólogos—, insertos en el ambiente, que con sus estudios hacen un llamamiento para resaltar que el futuro de Andalucía depende de manera decisiva de la resolución de sus problemas agrícolas, especialmente si se desarrollan al máximo las industrias rurales.

El libro está dividido en cuatro partes, estudiando las dos primeras la agricultura andaluza desde sus ópticas geográfica y sectorial; la tercera parte contempla la región con enfoque estructural, y como final, en la cuarta parte se sientan diez tesis que contienen un programa de la política agraria que los autores consideran deseable para Andalucía.

PRIMERA PARTE.—EL ESPACIO RURAL ANDALUZ

Está redactada por los geógrafos ANTONIO LÓPEZ ONTIVEROS, CANO GARCÍA, ZEIDO NARANJO y JOSEFINA CRUZ VILLALÓN, quienes delimitan y describen las grandes partes que se distinguen en la región: las campiñas del Guadalquivir, las altiplanicies del Nordeste y los espacios serranos andaluces.

El valle Bético, desde el punto de vista geográfico y especialmente agrario, es una unidad comarcal homogénea. La campiña del Guadalquivir en las sucesivas civilizaciones históricas se ha comportado como un emporio agrícola. Su significado productivo es importante dentro del contexto español, haciendo pensar en un idóneo medio físico desde el punto de vista agrario; pero esto contrasta de modo paradójico con la pobreza secular que, en relación con las estructuras agrarias béticas, enlazan con las tres plagas del momento: debilidad de la renta, paro y emigración.

En las comarcas del Nordeste andaluz (Huéscar, Baza, Guadix, Los Vélez y parte oriental de los montes granadinos) el clima mediterráneo con tendencia a la continentalidad ha degradado la vegetación natural de estas altiplanicies, que hoy constituyen extensas áreas cerealistas en secano de año y vez, con estructura de mediana y gran propiedad, contrastando con el acusado minifundio de los regadíos.

También se describen las áreas montañosas y accidentadas, en las que se destaca como unidad de relieve más importante la Cordillera Bética, que cubre dos terceras partes de Andalucía, a la que hay que sumar los 18.147 kilómetros cuadrados de Sierra Morena. Desde el punto de vista de la agricultura, las áreas montañosas son definidas como territorios marginales o con una capacidad de producción muy menguada en relación con los terrenos llanos.

A lo largo de 135 páginas se estudian en esta primera parte las características geográficas, geológicas y de cultivo de cada una de las comarcas andaluzas, dándose al medio natural toda la importancia que tiene, básica para el siguiente análisis económico y social.

SEGUNDA PARTE.—LOS SISTEMAS PRODUCTIVOS

Los cordobeses LORING MIRÓ y RUIZ AVILÉS enfocan el tema de las diversas producciones obtenidas en los terrenos de secano y regadío, con la especial atención que merece el cultivo del olivar en Andalucía, sin olvidar tampoco la ganadería.

El secano cultivado en la región supone unos tres millones y medio de hectáreas, de las que un millón corresponden al olivar, distribuidos en dos tipos de comarcas agrícolas: los «ricos» y los «pobres». El primero está formado por las campiñas de la depresión y valle del Guadalquivir, donde se encuentran las explotaciones de gran dimensión, cuyo tipo característico es el cortijo y que dan rendimientos altos en general, dada la buena productividad de la tierra. El tipo «pobre» corresponde a los secanos subdesérticos almerienses, el surco intrabético de Granada, las sierras jiennenses, la serranía de Ronda y el valle de Los Pedroches; tiene carácter minifundista y marginal, tendiendo a la desertización, ya que las pequeñas explotaciones atraviesan una larga crisis.

Los autores, partiendo de esta situación fáctica, llegan a la conclusión de que entre los potentes hacendados y los pobres minifundistas no existe en Andalucía una deseable clase media. Y atribuyen esta creencia al fracaso de las que llaman «tres revoluciones», que hubieran podido cambiar la faz rural bética: *a)* La desamortización, en la que sólo pudieron adquirir tierras los ricos y nunca los campesinos modestos; *b)* Los cambios en el sistema de rotación de cultivos, al pasar del sistema de tercios (uno labrado, otro de rastrojo para el ganado y el tercero de barbecho), que era el típico andaluz, al sistema de año y vez, como consecuencia de la mecanización, lo que no cambia la estructura agraria, ya que el territorio no aumenta su capacidad de acogida y asentamiento de la población, y *c)* La tercera «revolución agraria», también fracasada, según los autores, se produce a partir de 1950 y se concretó en tres aspectos: el consumo masivo de fertilizantes, herbicidas y pesticidas, el uso generalizado y creciente de la tracción mecánica y la introducción de nuevos cultivos a base de plantas industriales como la remolacha, el algodón y el girasol.

Consecuencia de estos fracasos son los problemas del éxodo rural y el paro; es el resultado que la utilización de la tierra produce sobre la demografía. Dramáticamente, los autores dicen que «la Andalucía que durante siglos ha sido considerada el paraíso de colonizadores desde los romanos, los cartagineses, los árabes y los castellanos, está siendo abandonada por sus pobladores autóctonos, a la vista de que se hace inhóspita».

Los regadíos andaluces son estudiados por CALATRAVA REQUENA, GÓMEZ URÍA y LOVERA PRIETO. El regadío constituye un sistema productivo más dinámico y a la vez mucho más heterogéneo que el seco, por su diversidad según las comarcas: Guadalquivir alto y bajo, litorales atlántico y mediterráneo y los huertos y pequeñas vegas penibéticas, se corresponden con estructuras productivas y realidades socioeconómicas totalmente dispares, que se contemplan detalladamente en el trabajo, con especial atención al problema del cultivo del algodón en Andalucía.

El olivar tiene, además de una enorme raigambre histórica, una importancia que no es preciso resaltar, siendo prácticamente el eje de la estructura social de las agriculturas bética y penibética. Ello justifica el especial estudio que de él realiza AGUSTÍN LÓPEZ ONTIVEROS, resaltando su crisis profunda, causada por los enormes costos de la recolección, que necesita mucha mano de obra, y por el bajo precio del aceite de oliva, que no permiten al olivarero obtener una renta decorosa de su explotación. Hay que añadir el cambio en el consumo del aceite de oliva, que antes fue un alimento básico con los cereales y leguminosas, mientras que ahora se toman más carnes, frutas y hortalizas, por lo que el aceite de oliva no sólo ha dejado de ser alimento esencial, sino que ha de soportar la competencia de los aceites de semillas, mucho más baratos. Según el autor, también es importante el problema de la existencia de un elevado oligopolio en el sector, al haber sólo un pequeño número de grandes vendedores. En base a estos diagnósticos, propone un tratamiento consistente en la reconversión y estructuración del olivar y unas adecuadas políticas comerciales de precios y subvenciones, con aumento de la exportación, así como una debida ordenación del mercado.

Esta segunda parte del libro, dedicada a los sistemas productivos, acaba con una consideración de la ganadería que, a juicio de sus autores,

GODOY LÓPEZ, GÓMEZ CABRERA y VÁZQUEZ PARLADÉ, muestra un encuadre lamentable, ya que hay un fuerte divorcio con la agricultura en el ámbito andaluz, cuando debía ser de otro modo, ya que ambas son pilares fundamentales de la alimentación humana. Analizan los censos ganaderos que muestran la evolución de la cañaba y su producción final, según los distintos sistemas de la explotación ganadera, por pastoreo, estabulación e industrializada, para llegar a la conclusión de que la ganadería andaluza se halla en crisis, apuntándose algunas soluciones.

TERCERA PARTE.—ASPECTOS ESTRUCTURALES DE LA PRODUCCION AGRARIA

Al contemplar la distribución de la propiedad y de la explotación agraria en Andalucía, GODOY LÓPEZ y ROMERO RODRÍGUEZ hablan en plural de las agriculturas andaluzas, por enormemente diversas, como lo son las distintas comarcas, por la variedad de las estructuras de explotación y la multiplicidad sectorial de producciones. Estudian con diversos cuadros y gráficos los datos obtenidos del Censo Agrario de 1972 y de la encuesta de fincas superiores a 500 hectáreas del Instituto Nacional de Estadística, resaltando la dualidad existente entre la grande y la pequeña explotación. El fenómeno de la concentración de la propiedad y consiguiente desaparición de explotaciones, que se ha manifestado en España en las últimas décadas, no aparece tan claro en Andalucía, según los citados censos.

Con estos datos analizan la evolución de la explotación familiar y de la gran empresa agraria, llegando a la conclusión de que la agricultura andaluza se encuentra en crisis. Gran parte de los empresarios familiares no obtienen de su explotación lo suficiente para mantener a su familia porque no alcanzan a remunerar los factores de producción a precios de mercado. Y las grandes explotaciones, que aplican criterios lógicamente capitalistas, no llegan a pagar una renta de la tierra, unos intereses del capital invertido y una remuneración del empresario.

En cuanto a la cuestión de si todavía es posible y necesaria una reforma agraria tradicional, los autores mantienen que a pesar de que la propiedad rústica conserva una estructura concentrada en Andalucía, las trasformaciones ocurridas en su agricultura como consecuencia del desarrollo han modificado de tal modo las condiciones económicas y sociales que el viejo problema de la propiedad de la tierra ha quedado relativizado. En consecuencia, afirman que hoy carece de sentido plantear una reforma agraria fundamentada en el reparto de tierras, y ello por varias razones:

- 1.ª Una distribución de la tierra no implica hoy un aumento de la productividad y el empleo, como ocurría en los años treinta; por tanto, el principal argumento de los reformadores republicanos, basado en la improductividad y baja ocupación del latifundio, carece hoy de sentido.

- 2.ª El argumento de una distribución más equitativa es válido, pero no sólo en el caso de la tierra, sino en los demás medios de producción, hoy día mucho más básicos e importantes; es evidente la progresiva pérdida de poder de los terratenientes, lo que invalida la argumentación de que la posesión de la tierra va unida a la detentación del poder político.

- 3.ª Una reforma agraria tradicional no sería viable; ya no hay una

fuerte presión demográfica por parte de los jornaleros campesinos capaz de contrarrestar los intereses contrarios.

La realidad financiera de la empresa agraria andaluza es analizada por DELGADO ALVAREZ y RODERO FRANGANILLO, quienes observan que la agricultura de esta región sufre una crisis que se inscribe en el marco de la crisis general española, no existiendo una sola causa, sino varias, que se relacionan entre sí. Se exponen las características de los créditos, las subvenciones y los seguros que conforman la política financiera agraria, esbozando medidas concretas con las que entienden se mejoraría la capitalización de las empresas.

El paro es un viejo conocido en Andalucía, nos dicen ANTONIO GÁMIZ LÓPEZ y ANTONIO SANCHEZ LÓPEZ al estudiar los problemas del empleo en la agricultura regional. Y actualmente, lo que es peor, se registran grandes cifras de paro a pesar de la cuantiosa e intensa emigración sufrida en el poblamiento de esta región. El empleo industrial en Andalucía permanece prácticamente estancado, y el generado en la construcción y servicios, especialmente hostelería, es inferior al descenso de los activos en el sector primario. Tras contemplar los empleos típicos de la fuerza de trabajo en la agricultura tradicional, los canales de salida de sus excedentes y las repercusiones originadas en el empleo por las transformaciones en los sistemas de cultivo, se aborda la situación actual, caracterizada por una progresiva generalización del paro. A pesar de esto, sólo se ha producido un despoblamiento en las sierras, especialmente en Sierra Morena, quedando mientras tanto en la mayor parte de las restantes comarcas andaluzas considerables contingentes de fuerza de trabajo. Los autores de este capítulo entienden que la crisis económica va a acentuar algunos problemas como el bloqueo de la emigración definitiva, la reducción de las rentas y de las oportunidades de empleo en actividades no agrarias y la disminución de actividades inversoras en las zonas rurales. Esto nos coloca ante el hecho de que la fuerza de trabajo existente en las áreas agrícolas rebasa con mucho los niveles actuales de demanda. Por ello presentan también su esbozo de política agraria, con soluciones que conjugan la modernización de la agricultura con la generación de puestos de empleo, tan necesaria en la región.

CUARTA PARTE.—HACIA UNA POLITICA AGRARIA ALTERNATIVA PARA ANDALUCIA

Como corolario de las diversas opiniones expresadas en los capítulos precedentes por cada uno de sus respectivos autores, en esta última parte del libro exponen, ya en colectivo, lo que ellos llaman «diez tesis sobre Andalucía y su política agraria»:

En la tesis primera consideran a Andalucía como dependiente de otros centros hegemónicos. Dependencia y subdesarrollo se implican mutuamente y los rasgos más sobresalientes de la situación en esta región son la pérdida de recursos humanos, desequilibrio de sectores económicos con excesivo peso de la población agraria, trasvase de capitales, infrautilización de recursos y comercio dependiente.

El espacio rural andaluz es el que soporta de modo más agudo actualmente, siempre según la opinión de estos autores, las plagas de la debi-

lidad de la renta, el paro y la emigración. Por eso propugnan en su tesis segunda que hay que salvar y dignificar dicho medio rural.

En la tesis tercera se considera que la respuesta válida sólo puede ser la planificación agrícola pactada entre los diversos grupos que operan en el sector, considerando como objetivos la producción, el mercado, el empleo y las rentas.

La tesis cuarta trata de enfocar el tema de la reforma agraria, diferenciando los dos tipos de explotación existentes en Andalucía, la agricultura con abundancia de tierras y capital del valle Bético, y por otro lado la pequeña explotación marginal. Se consideran deseables, para estos autores, las siguientes actuaciones:

a) En el minifundio, realizar una política de concentración y racionalización de la agricultura familiar.

b) Las explotaciones latifundistas improductivas deben ser corregidas fiscalmente y, en último término, expropiadas.

c) Los latifundios de sierra deben ser objeto de un tratamiento agrario específico, para contemplar sus posibilidades de recreación.

d) Las tierras regadas merecen un tratamiento preferente, porque en ellas reside el mayor potencial productivo de la agricultura andaluza.

En la tesis quinta, respecto al empleo, se afirma que el desarrollo capitalista en la agricultura implica importantes consecuencias, entre las cuales está una menor generación de empleo por unidad de capital aportado a la explotación; para corregir esta dinámica se debe acudir a una estricta planificación de cultivos y a la potenciación de un fuerte complejo agroindustrial.

La agricultura marginal es tratada en la tesis sexta, y en las séptima y octava se propugnan la mejora y puesta al día de la comercialización y la política financiera del sector agrario, considerando sus autores que es indispensable una fuerte regionalización de las fuentes crediticias.

En la tesis novena, haciendo alarde de futurología, se habla de las posibles consecuencias para la región andaluza de la adhesión de España a la Comunidad Económica Europea.

Y en la décima se pretende, echando mano de la Constitución, la total desarticulación del Ministerio de Agricultura, que debe transferir sus reales a las regiones. Por lo visto, ésa es ahora la panacea para todos los problemas.

En resumen, el libro es un conjunto de meritorios trabajos. Pero al ser de distintos autores, sus opiniones no siempre son acordes. Tal sucede, por citar algún ejemplo, con la reforma agraria, contemplada de modos muy diferentes en la tercera parte del libro y en la tesis cuarta o en los inseguros juicios que algunos esbozan sobre la labor del IRYDA, llegándose en alguno de los artículos a decir que los lotes están en precario, cuando todos sabemos que hay verdaderos títulos de propiedad, otorgados ante Notario e inscritos en los correspondientes Registros. Pero estos detalles, la verdad, son la excepción y resultan inevitables cuando hay una larga lista de autores que se confiesan pertenecientes a diversas profesiones e instituciones y con orientaciones ideológicas distintas.

En general, salvo alguna exageración aislada, el libro capta la realidad económica y social del ámbito agrícola de Andalucía, y las soluciones propuestas están llenas de buenos deseos, aunque nos tememos que no sean

tan sencillas. Para que éstas fuesen realmente viables y efectivas, hay que contar con la enorme complejidad del entorno social en el que habrían de operar. Todos sabemos que la agricultura es un campo francamente difícil.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

El fideicomiso en México y su viabilidad en España. Jornadas de estudio organizadas por el Banco Nacional de México, S. A., y el Banco de Bilbao, Madrid, 1979.

Cuando en el año 1979 recibí una invitación para participar en las Jornadas sobre el «fideicomiso» en su proyección bancaria, sentí una especie de complejo jurídico por no encajar plenamente la figura dentro de esos ámbitos. Y quede bien claro que al filo del año 1955, cuando aún estaba haciendo oposiciones, había leído y ahora lo veo subrayado el trabajo «antecedente» de estas Jornadas de JOAQUÍN GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE: «Negocios fiduciarios en el Derecho mercantil». De ahí que más que de la aplicación de la figura al campo bancario o mercantil, lo que me producía zozobra era el nombre, que frente al ciudadano no debe ser muy alentador. Yo, que he militado territorialmente en casi todos los «países» de diferente lenguaje del castellano en esta España variopinta, he observado cómo hay ciertos términos jurídicos de difícil traducción o conversión a la lengua vernácula. Uno de ellos es el fideicomiso, con raíces auténticamente latinas, y otro es la enfiteusis, con auténticas vinculaciones medievales. Y pienso que si difícil es la traducción, más lo debe ser la comprensión, pues sólo la palabreja, dicha con cierta seriedad, impone respeto y admiración hacia el que la pronuncia. Sería auténticamente desastroso sacar un micrófono a la calle, mexicana o madrileña, y comenzar a preguntar lo que es la enfiteusis o el fideicomiso.

Por todo ello adelanto mi admiración por esa decisión bancaria (mexicana y española) de organizar unas Jornadas de Estudio sobre el fideicomiso, no ya sólo con el afán de divulgación, sino con la intención de precisión y aplicación de la figura dentro del contexto del negocio fiduciario español. Y a mi admiración se une el aplauso por el esfuerzo que significa haber reunido en un volumen, repartido en forma gratuita por el Banco de Bilbao y el Mexicano, las conferencias e intervenciones de los prestigiosos autores que en ellas colaboraron. Quizá la esencia de todo ello venga resumida en forma palmaria por JOSÉ ÁNGEL SÁNCHEZ ASIAIN, Presidente del Consejo de Administración del Banco de Bilbao, en esa especie de prólogo-presentación que abre la publicación: «El brillante análisis de la experiencia mexicana realizado por las ilustres personalidades que nos visitaron, demuestra que es posible la superación de los más rígidos arquetipos y de los más viejos dogmas, si se concibe el Derecho como un instrumento vivo, atento siempre a las necesidades de una sociedad en continua evolución. En efecto, la introducción del fideicomiso anglosajón en un Derecho de clara estirpe latina, supone la puesta en práctica de una concepción realista e imaginativa del Derecho, que convierte al jurista en un experto en el imperativo del cambio social».

Efectivamente, creo que acierta JOSÉ ÁNGEL SÁNCHEZ ASIAÍN en su preciosa presentación, ya que al viejo jurista (el de la concepción «plana», de que hablaba GARCÍA DE ENTERRÍA) no le falta imaginación para, sobre el viejo solar de las clásicas instituciones, sacar nuevas posibilidades que presten servicios públicos al ciudadano. El viejo jurista se siente complacido al ver la «nueva hoja de servicios» de aquella institución que tuvo su momento. El viejo jurista solamente padece cuando ve que las torpes manos de un legislador ignoran la institución que podía haberle prestado la solución que él pretende por caminos distintos, difíciles y que chocan a veces con la uniformidad del ordenamiento jurídico.

La publicación, deliciosamente realizada, tiene dos puntos claves de apertura y clausura, coincidentes con lo que toda jornada lleva consigo: la iniciación y el término de la misma. En la primera intervienen EMILIO DE IBARRA Y CHURRUCA, Consejero Delegado del Banco de Bilbao, y FRANCISCO ALCALÁ QUINTERO, Embajador de México en España. El cierre, la clausura, corre a cargo de JOAQUÍN GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Madrid. Siete son los temas y nueve los conferenciantes o ponentes. A pesar de que suele resultar penoso para el recensionista, en esta clase de publicaciones, el ir desmenuzando los diferentes temas que se ofrecen, es necesario abordarlos en forma individual, ya que cada uno tiene la suficiente garra para permitir un comentario especial. Lo que sí lamento es mi ausencia de esas Jornadas, que me tuve que perder por un viaje «por la otra orilla», a cumplir con un deber de cortesía hacia los argentinos que me habían otorgado un premio. De no haber sido esa coincidencia podría ahora hablar con más calor humano de las Jornadas y quizá en ellas hubiera planteado nuestro eterno problema hipotecario: reflejo registral del negocio fiduciario.

Voy a dejar para la última parte las intervenciones de apertura y cierre, y por orden cronológico de aparición en la publicación abordaré los temas de que la misma se compone:

I. EL FIDEICOMISO. ALGO MAS QUE UN SERVICIO BANCARIO

Este primer tema lo desarrolla RUBÉN AGUILAR MONTEVERDE, Director General Adjunto del Banco Nacional de México, que previamente, como todos los conferenciantes, es presentado por EMILIO DE IBARRA. Afirma el ponente que sólo en los países libres, donde el derecho de propiedad se reconoce, es posible la figura del fideicomiso, basado en la confianza que el propietario de algún bien deposita en otra persona física o moral para lograr, mediante una adecuada administración, objetivos claramente definidos.

El fideicomiso, para ser realmente trascendente, exige una madurez, una solidez y una permanencia tal de parte del fiduciario, que con mucho rebasa los límites de la persona humana. De ahí que la «confianza», esencia del fideicomiso, sea por ahora ejercida eficazmente por instituciones bancarias o financieras. La delicada misión del «fiduciario», al que le vinculan las instrucciones de fideicomitente, hace la función bancaria de carácter especial y delicada. Explica, en forma muy convincente y clara, las diversas modalidades del fideicomiso: el de la propiedad entregada por extranjeros, el fideicomiso patrimonial del padre de familia, el fideicomiso

de fondo de pensiones (la empresa crea un fondo común para asegurar el futuro de sus empleados al jubilarse y recurre al Banco para la administración de ese fondo), fideicomisos para manejar ciertos proyectos de interés social, etc.

II. EL FIDEICOMISO EN MEXICO

A cargo de José Luis de la Peza, Director del Banco Nacional de México, que fue presentado por Tomás Lamamie de Clairac, estuvo el desarrollo de esta ponencia. La calidad de jurista del conferenciante permite el diseño de la institución del fideicomiso y su aplicación al campo bancario. Dos etapas históricas, 1926 y 1932, marcan los dos intentos legislativos de regulación de la figura, siendo el segundo el que plasma la buena ruta, siguiendo la pauta que todo fideicomiso lleva consigo: el poder frente al deber, en la limitación finalista, pero meramente obligacional de los poderes reales sustantivos del fiduciario. Recorre, en este sentido, la legislación mexicana, da cifras importantes del éxito obtenido y de las implicaciones fiscales que ello lleva consigo. Al viejo modo de los juristas destaca los elementos personales, los objetivos y los formales de la institución, para luego pasar al examen de su naturaleza y comparar la figura con la romana del negocio fiduciario y del *trust* anglosajón. Para el conferenciante está claro que de la construcción romana se distancia en cuanto el fiduciario está mediatizado por el fin que se persigue y no existe en el mexicano el desdoblamiento de la propiedad del anglosajón. Termina con una evolución histórica de la figura.

III. LA UTILIDAD DEL EMPLEO DEL FIDEICOMISO Y SUS PRINCIPALES CAMPOS DE PROYECCION

El Subdirector y Delegado Financiero del Banco Nacional de México, Licenciado Eduardo Alvarez Morales, presentado igualmente por Lamamie de Clairac, interviene para perfilar a través de su ponencia las aplicaciones concretas que el fideicomiso tiene en México. Después de hacer unas consideraciones generales en torno a la rentabilidad de los negocios, examina las figuras de aplicación: a) Fondos de pensiones. La operación consiste en la formación de una cartera de inversión que permite en su día una retribución diferida a la edad de jubilación del trabajador. b) Primas de antigüedad. La prima supone el pago de cierta cantidad al trabajador cuando cesa la relación laboral. Para hacer frente a esos pagos se permite a las empresas crear una reserva, cuyas aportaciones van a un fondo de fideicomiso, que al igual que los productos obtenidos por la inversión, son deducibles de los impuestos. c) Fondos de ahorro. Son fondos de previsión social en forma de prestación adicional que la empresa otorga a sus trabajadores, estando éstos también obligados a la aportación de cantidades iguales al fondo. La aportación al fideicomiso supone una eficaz administración del fiduciario persiguiendo el aprovechamiento óptimo de la inversión. d) Planeación patrimonial familiar, que comprende las figuras de los fideicomisos de inversión, testamentario y el fideicomiso con base de póliza de seguro de vida. e) Fideicomisos asistenciales y en forma de instituciones de beneficencia. f) Aplicaciones del fideicomiso en el

campo inmobiliario para desarrollos urbanos, complejos turísticos y fideicomisos de garantía.

El ponente también estudia la figura del Comité técnico de distribución de fondos, cuerpo colegiado designado en el momento de la constitución del fideicomiso, y que tiene como misión la de coadyuvar con el fiduciario en el desempeño de su cometido y en la distribución de fondos que se establezca.

IV. NEGOCIO FIDUCIARIO Y FIDEICOMISO EN ESPAÑA

Dos Notarios de Madrid, CARLOS HUIDOBRO GASCÓN e IGNACIO SOLÍS VILLA, responden a la llamada de la figura y ofrecen sendas ponencias sobre el tema. El presentador de los ponentes, JESÚS CADENAS, hace referencia a la problemática que ofrecen las figuras del negocio fiduciario y el fideicomiso y de su posible incorporación al Derecho español bancario.

CARLOS HUIDOBRO, en su doble calidad de Notario ejerciente y Registrador de la Propiedad excedente, plantea el problema en una serie de dimensiones a través de figuras concretas, como son la posibilidad o no de que la persona jurídica sea mandataria o representante y de si la misma puede ejercer el cargo de albacea, el de comisario o el de contador-partidor, ya que si bien el Código estaba pensando en personas físicas, nada se opone a que lo sean las jurídicas. Después afronta el tema del fideicomiso y de su posibilidad en nuestro Derecho a través de la equidad, al no existir en nuestro Derecho las dos jurisdicciones romana e inglesa, que son fundamentales para la regulación y ordenamiento del fideicomiso. Recorre la legislación civil y foral para demostrar el criterio restrictivo de la norma, y señala cómo en las leyes que regulan los fondos de inversión la propiedad sigue perteneciendo a los partícipes.

IGNACIO SOLÍS, también en su doble condición de Notario y Profesor de Derecho Civil, parte de una concepción del negocio fiduciario basada en la teoría del doble efecto, que implica una desconexión total entre el negocio de transferencia y el negocio obligacional que subyace y que sólo produce la vinculación obligacional con la posible indemnización de daños y perjuicios. Esta concepción provoca en el campo de la práctica un sinfín de problemas: la quiebra del fiduciario o del fiduciante, los frutos y las mejoras, etc. Partiendo de la distinta concepción causal o abstracta del negocio, va señalando las dificultades que encierra la teoría del doble efecto y la aplicación a casos como la adjudicación para pago de deudas y la venta en garantía.

V. SEGURIDAD SOCIAL Y FONDO DE PENSIONES EN RELACION CON EL FIDEICOMISO

El Catedrático de Derecho del Trabajo, MANUEL ALONSO GARCÍA, presentado previamente por ALFARO RENGIFO, desarrolló la ponencia sobre el tema señalado. Para este autor, el fideicomiso tiene como verdadera esencia que el fiduciario no puede enajenar ni gravar los bienes objeto del fideicomiso, permaneciendo como obligación central de aquél la de conservarlos para hacer entrega al fideicomisario. Sus facultades son de mera administración, pudiendo celebrar los actos y contratos que respondan

a la misma, pero no los que generen actos de disposición. Es decir, nos encontramos con un auténtico mandato. Sentados estos putos va enfocando su ponencia hacia la actual legislación de la seguridad social, sentando como principio general que los fondos de pensión o cualquier otra dimensión protectora a que la institución del fideicomiso pueda servir responden al sistema «complementario» y nunca respecto del catálogo de prestaciones del sistema mínimo u obligatorio.

VI. PROBLEMAS FISCALES QUE PLANTEA LA FIGURA DEL FIDEICOMISO Y POSIBLES SOLUCIONES

JOSÉ LUIS GÓMEZ DEGANO, Director General de lo Contencioso del Estado, y ALFONSO GOTA LOSADA, Inspector Financiero y Tributario, defienden la ponencia del aspecto fiscal que ofrece el fideicomiso, siendo presentados por FRANCISCO FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ.

JOSÉ LUIS GÓMEZ DEGANO encuadra el fideicomiso mejicano a través de una serie de notas, como las de ser un negocio típico, de carácter muy amplio, de gran flexibilidad, basado en la confianza, por lo que sólo pueden ser fiduciarios ciertas entidades bancarias, y es negocio en el que la eficacia y finalidad traslativa del mismo está tratada con cierta vaguedad. Estas notas le permiten ofrecer, en su primera parte, las posibles repercusiones que los Impuestos de Transmisiones y Actos Jurídicos Documentados pueden tener. La segunda parte de su ponencia se destina a abordar claramente los tres puntos que el fideicomiso mejicano plantea frente a los impuestos dichos: validez o eficacia del fideicomiso, que afirmada por el ponente daría lugar a la sujeción a la ley fiscal española; la calificación fiscal del fideicomiso plantea al ponente ciertas dificultades y entiende que no puede pronunciarse en forma unitaria, sino de las diferentes clases que ofrece en su regulación; respecto a su tributación distingue los *inter vivos*, los que tienen fines asistenciales, de cultura o beneficencia, el de garantía, el fondo de pensiones y formas similares, los testamentarios y los con base de pólizas de seguros. De todo ello saca dos conclusiones: el escollo que la legislación tributaria representa para la implantación de la figura, y la segunda es la procedencia de una tributación justa que tenga presente el verdadero carácter de *oficium* de la gestión, en provecho de terceros, de la entidad fiduciaria.

ALFONSO GOTA LOSADA sigue un tanto la trayectoria expuesta anteriormente y va desmenuzando de cara a nuestro sistema impositivo los diferentes casos o supuestos de fideicomisos que se admiten en el Derecho mejicano. Resume su postura afirmando que es favorable a la admisión de la figura, pero advirtiendo que hoy nuestro Derecho fiscal no está en condiciones de tratar a los fideicomisos, ya que para el mismo serían una figura extraña. Habría que modificarse nuestro Derecho privado para que encontrara en nuestro Derecho fiscal su adecuada acogida.

VII. HACIA UN RECONOCIMIENTO LEGISLATIVO EN ESPAÑA DEL FIDEICOMISO BANCARIO

FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Madrid, fue conminado por el presentador, RAFAEL ACOSTA,

a ofrecer su ponencia como el viejo pretor romano para saber la fórmula que posibilite la figura en Derecho español. En sus consideraciones generales plantea la existencia de otras instituciones que cubren los «servicios» del fideicomiso, la tensión que se crea entre esta institución y el Derecho sucesorio, aunque todo ello no puede ser obstáculo para «vencer la inercia que tantas veces nos domina a los juristas». Su ponencia arranca de lo que podríamos llamar delimitación del concepto para luego ir examinando los elementos personales, las limitaciones a la autonomía de la voluntad, la forma de constitución del fideicomiso, la titularidad de los bienes dados en fideicomiso, las obligaciones jurídicas de las partes y la extinción del contrato. Con todo ello hace una seria aportación a tener en cuenta por el legislador, caso de que opte algún día por incorporar la figura al ámbito bancario.

Habíamos apuntado al comienzo que las Jornadas tuvieron una apertura a cargo de EMILIO DE IBARRA Y CHURRUCA, Consejero Delegado del Banco de Bilbao, quien destacó el significado de las Jornadas calificándolas de «camino de políticas de anticipación» y de preparación de retos próximos a asumir, siendo también pórtico de futuras actuaciones en lo que al fideicomiso y su admisión se refiere. El comienzo de las Jornadas tuvo el colofón o cierre a cargo de JOAQUÍN GARRIGUES, que en su aportación señalada al comienzo permite calificarle de pionero del tema cuestionado. Señala con singular maestría las diferencias entre el negocio fiduciario y el fideicomiso bancario. En el primero, el que transmite los bienes lo confía todo a la confianza sobre la otra parte y, en consecuencia, abría la puerta al abuso, porque la ley no tutela el derecho del *tradens*. En el fideicomiso bancario, la confianza es una confianza protegida, sostenida por la ley. Hace historia romana y anglosajona de las figuras y nos brinda la cita de cómo los países americanos de habla hispana, influidos por el Código español, admiten el fideicomiso bancario por influencia de un jurista francés, LEPAULLE, que llega a México y colabora en la primera Ley de 1926.

Jugando con el concepto de la confianza y la figura del depósito, va punteando los obstáculos legales, tanto civiles como fiscales, para hacer votos por una posible ley que dé solución definitiva al fideicomiso bancario sobre la base de esa licitud y honestidad que como divisa caracteriza a la Banca española.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ
Registrador de la Propiedad

MARTÍNEZ LAFUENTE, ANTONIO: *La condonación de las sanciones tributarias*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1980, 305 págs.

1. ANTONIO MARTÍNEZ LAFUENTE es suficientemente conocido entre los especialistas de Derecho financiero para intentar aquí su presentación; su condición de Abogado del Estado y sus colaboraciones en revistas de la especialidad, en las que con frecuencia ha dilucidado con imparcialidad y conocimiento importantes cuestiones de aplicación de los impuestos, cuya gestión le compete; su *Manual del Impuesto sobre Transmisiones*

Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, cuyo éxito tan fácilmente se explica por su certera combinación entre la sencillez de su exposición y el tratamiento de las cuestiones de verdadera relevancia del citado Impuesto; su acción renovadora y estimulante en su actual destino en el Servicio de Estudios de la Dirección General de lo Contencioso, y que viene traduciéndose en la organización de jornadas de estudio y la aparición de importantes publicaciones, bien conocidas por los cultivadores de nuestra disciplina. Todas ellas son circunstancias en las que no es necesario insistir y a las que el profesor ALBIÑANA hace una elogiosa referencia en el prólogo de la obra que reseñamos.

Doctor en Derecho en la Universidad Complutense de Madrid en el pasado curso 1979-80, el Instituto de Estudios Fiscales publica ahora, en su relevante colección de «Estudios Jurídicos», la tesis doctoral que obtuvo la máxima calificación ante un tribunal presidido por el profesor SAINZ DE BUJANDA, y del que formaban parte los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA, PÉREZ DE AYALA, ALBIÑANA y RODRÍGUEZ BEREIJO.

Un acierto inicial de la tesis—ignoro si del director de la misma o del autor—radica en la elección misma del tema. En medio de tesis doctorales cada vez más extensas, más abstractas y con una menor medida de investigación original, debe agradecerse al autor de la obra que se reseña que haya incurrido sistemáticamente en todos y cada uno de los «defectos» contrarios. Perfectamente ceñido a un tema de la relevancia práctica que se sabe (y se subrayará seguidamente), el autor ha llevado así a cabo su personal indagación de la problemática jurídica—ciertamente rica, conforme apreciará el lector—del tema, empezando y finalizando allí donde lo exigían las propias necesidades del estudio emprendido, sin hinchar inútilmente las dimensiones de su estudio y deteniéndose suficiente—y aun morosamente—cuantas veces resultaba conveniente. De esta forma, la obra constituye una concisa exposición—a lo que ayuda el seco estilo literario de su autor—de un tema, el interés de cuyo estudio en profundidad no necesita descubrirse al auténtico conocedor de la realidad aplicativa de nuestro ordenamiento tributario.

2. El tema objeto de estudio es así la condonación de las sanciones tributarias, tal como se encuentran recogidas en los tres preceptos de la Ley General Tributaria (arts. 87, 88 y 89) dedicados al tema; y como es lógico, el estudio se centra en la modalidad de la condonación automática, mucho más importante que la graciable, de interés más reducido. Tras las obligadas páginas de situación e introducción al tema (precisiones conceptuales, la condonación en el Derecho privado, etc.) (caps. I, II), se abordan—lo que resulta especialmente conveniente aquí—los antecedentes históricos de la cuestión, especialmente a partir del Reglamento de la Inspección de 1926, fecha desde la que el tema adquiere sus perfiles actuales, por más que de entonces acá se produzcan diversas modificaciones normativas (cap. III, págs. 79-107). El núcleo de la obra está constituido por los capítulos IV y V, en los que se aborda, respectivamente, la condonación de las sanciones de las simples infracciones (págs. 107-152) y de las sanciones por infracciones tributarias de omisión y defraudación (páginas 153-209); seguidamente, se examinan diversos e interesantes supuestos de exclusión de la condonación (cap. VI, págs. 209-234). En los últimos capítulos se examina la modalidad de la condonación graciable (cap. VII,

páginas 235-266), así como diversas figuras afines al objeto de la obra (capítulo VIII, págs. 267-290).

En la práctica, la realidad más frecuente es la condonación automática de las sanciones derivadas de infracciones de omisión o defraudación, y que determinan, como es sabido, la reducción en un 50 por 100 de su cuantía al prestarse por el contribuyente la conformidad a la liquidación contenida en las actas de inspección. En esta realidad concentra MARTÍNEZ LAFUENTE su atención y examina sistemática y detalladamente su régimen jurídico en toda su rica y variada problemática, y llega al cabo de su minucioso análisis a la conclusión de que dicha condonación sólo se justifica en la medida en que la conformidad del contribuyente ayuda a eliminar la incertidumbre existente en frecuentes supuestos de la gestión tributaria. En consecuencia, se piensa que aquella conformidad sólo puede prestarse a elementos de hecho, nunca al resultado de la aplicación de las normas a tales supuestos fácticos. Se plantea luego el autor, en torno al razonamiento central que se ha expuesto, la conveniencia de una revisión de esta institución en términos tales que podrían incluso aconsejar su desaparición pura y simple.

Se suma así nuestro autor a voces recientes que han propugnado, con motivo de la discusión de la reciente Ley 34/1980, de reforma del procedimiento tributario, la supresión de esta institución de la condonación de las sanciones tributarias, con argumentos sin duda distintos, pero que entroncan en una línea doctrinal que viene reivindicando un nuevo planteamiento jurídico de las normas del procedimiento de inspección y que podrían cifrarse en la limitación de sus facultades a la comprobación de elementos de hecho, dejando la aplicación de la norma a los mismo órganos de gestión. No es difícil apreciar cómo esa línea de pensamiento, aplicada en esta ocasión a la cuestión de la condonación de las sanciones tributarias, llega a idénticas conclusiones que quienes le precedieron en su defensa frente a unas normas reglamentarias y unas prácticas administrativas especialmente tenaces en la defensa de sus posiciones.

El autor, pulcramente atenido a un estricto análisis del tema, pese a propugnar la desaparición de la condonación automática de las sanciones tributarias, es, sin embargo, prudente en su discurso y, probablemente por decisión propia, no aventura afirmaciones más allá de los confines del tema. Pero cuando no se está tan constreñido como él, no está de más ilustrar algunas dimensiones de tema tan relevante. Así, por ejemplo, el peso decisivo que ha tenido la regulación de la condonación de las sanciones tributarias en el escaso acceso de las divergencias entre Administración y contribuyentes sobre la interpretación de normas tributarias; entiéndase bien, me refiero a cuestiones de interpretación de normas tributarias por los Tribunales de justicia, no a la interposición de recursos para demorar la percepción de los tributos por la Administración. Atrapado el contribuyente que sostiene de buena fe un criterio divergente del de la Administración entre la reducción de la sanción tributaria—sólo posible si prestando su conformidad al acta de inspección, renuncia a recurrir con posterioridad contra la liquidación—, que supone el allanarse al criterio de la Administración, y el acudir a los Tribunales en demanda de una solución al litigio, no es difícil prever cuál suele ser habitualmente la conducta del contribuyente. Si a ello se añade que las normas

reguladoras del procedimiento de inspección son lo suficientemente confusas y ambiguas que permiten tan fácilmente una interpretación *pro domo sua* a los órganos de la Administración a la hora de aplicar el mecanismo de la condonación, se deducirá que la figura de la condonación del artículo 88 de la Ley General Tributaria constituye en nuestro ordenamiento uno de los instrumentos más eficaces en manos de la Administración frente a los contribuyentes.

Y no sería difícil ilustrar con algún ejemplo singularmente convincente cuanto aquí se dice, como, por ejemplo, el célebre tema de las sanciones del artículo 21, 2, del Decreto-ley 18/1976, de 8 de octubre. Las más que razonables dudas que suscitaba la legalidad de estas sanciones—ratificadas incluso a finales de 1979 por diversos pronunciamientos de los Tribunales Económico-Administrativo Provinciales—encontraban un rígido obstáculo para su justiciabilidad en la regulación de la condonación automática de las sanciones tributarias; la Administración entendía que pese al proclamado carácter no condonable de las mismas, debían incluirse en la liquidación, a la que debía prestarse la conformidad total determinante de la condonación de la sanción sí condenable (la de omisión o defraudación, según los casos, de la Ley General Tributaria); ante interpretación tan singular de la figura de la condonación, de las normas sobre el procedimiento de inspección y del artículo 58 de la Ley General Tributaria, sólo en casos excepcionales se decidía el contribuyente a acudir a los Tribunales o, paradójicamente, debía acudir a los Tribunales Económico-Administrativos Provinciales en demanda de... condonación graciable de tales sanciones (!).

3. Es de esperar por todo ello que el libro de MARTÍNEZ LAFUENTE, por la oportunidad del tema, por la calidad intrínseca de su investigación, contribuya a crear el estado de opinión suficiente para una modificación en profundidad de este tema de la condonación de las sanciones tributarias, y no un simple retoque que garantice su supervivencia durante unos cuantos lustros, como tan usual es en nuestro ordenamiento. Desaprovechada la ocasión de la reciente Ley 34/1980, se perfila en el horizonte la anunciada «adaptación» de la Ley General Tributaria como una ocasión privilegiada para un nuevo planteamiento del tema. Si así sucediera, no me cabe duda alguna que el libro de ANTONIO MARTÍNEZ LAFUENTE habría sido un factor decisivo—quizá el factor decisivo en el remodelamiento de la institución—. No es ésta la última de las calidades que concurren en la obra que se reseña.

FERNANDO CERVERA TORREJÓN
Profesor Agregado de
Derecho Financiero y Tributario

SANTINI, GERARDO: *Il commercio. Saggio di economia del Diritto*.
Ed. «Il Mulino», Bologna, 1979.

El ensayo, del que pasamos a ocuparnos mediante una «recensión de recensiones», ostenta un subtítulo calificado de ruptura, de vanguardia o no conformista, y parece devolvernos a la Bolonia en la que hace casi

un milenio se encendió aquella antorcha de cultura jurídica que ha perdurado siglos y sigue todavía viva, iluminando. *Bononia docet*, pero también despierta inolvidables recuerdos, imágenes de indeleble esplendor cromático.

Su cielo en invierno es tan plomizo, que el azul llega a parecer una fantasía. Por su antiquísimo trazado los soportales se deslizan en sinfonía que parece infinita. Sólo ocasionalmente la monotonía se interrumpe con puestos de flores o exuberancias mercantiles: aquí unas mesas ofrecen libros bajo un precavido rótulo: *si prega ai signori latrì di libri di fare via*. No lejos, los muros del Archigymnasio todavía proclaman nombres y emblemas de los que ostentaron capitanías jurídicas de naciones peninsulares y ultramontanas en siglos de esplendor. En otros, centrales, nombres de miembros de unidades militares que se negaron a luchar y fueron exterminados reclaman, en relaciones inacabables, honor y gloria, mientras, no lejos, vergonzantes y olvidadas, en capilla de la Virgen de Loreto, poblada de telarañas y mustias flores, otras extensísimas nos hablan de los que murieron combatiendo en el espacio aéreo. Más allá, el Colegio Español exhibe orgulloso su ranciedad, su linaje, límpida prosapia que retornó a pretéritos y esplendorosos niveles bajo el dilatado rectorado de Evelio Verdura. Los «corteos» constantes, forzados, tristes, oficialistas, extraparlamentarios o de la contracultura, hacen inolvidable quién detenta el poder desde la última guerra. Hasta «Vocatio», con sede en la ciudad y cuya misión religiosa parecía limitada a acoger clérigos afectos de «mal de femme» y reclamar para la Iglesia latina idénticas normas que la oriental, parece desmadrarse y adoptar como divisa el *coito, ergo sum*. Los contrastes intelectuales, morales y hasta emocionales son profundos y en ocasiones se siente el límite del *rien ne va plus*. Pero pese a todo, las raíces boloñesas crecen y crean constantemente.

Con la postguerra y en un intento de lucha contra una cultura jurídica a la que supone en crisis por haber perdido todo contacto con la realidad y vivir reclusa en una *turris eburnea* de tradiciones e institutos desplazados o superados, aparece el movimiento *Il Mulino*, con su revista y editorial, y a cuyas modernas promociones pertenece SANTINI y se encuadra su citada obra. Su singularidad es tan considerable, que en un mismo número de la *Rivista Trim. di Diritto e Proc. Civile*, el 3 de 1980, se insertan dos amplias reseñas firmadas por FRANCESCO GALGANO y GIUSEPPE AULETTA, Ordinarios de las Universidades de Bolonia y Catania, y el primero, además, Director, y también el más destacado colaborador del monumental *Tratatto di Diritto commerciale e di Diritto pubblico dell'economia*, del que al redactar estas notas han aparecido los tres primeros volúmenes, de los que nos hemos ocupado en esta sección.

El acontecimiento, excepcional, invita a transformar la habitual reseña directa del libro en un resumen de los comentarios de tan destacados maestros. Ellos llevarán a término en forma más valiosa el objetivo de la reseña, como medio de circulación de las ideas esenciales de la obra y de señalar sus aspectos más estimulantes, los que invitan a la reflexión.

GALGANO anota que las particiones tradicionales del Derecho se realizaban según criterios temáticos: derecho de navegación, industrial, de economía..., pero que el ensayo de SANTINI se articula con pleno criterio metodológico y de conformidad a las categorías del saber jurídico. A las clásicas formas de filosofía e historia del Derecho se habían agregado

la sociología y la política del Derecho, la cibernética y la etnología jurídicas. Ahora se adiciona la economía del Derecho, que no es un «análisis económico del Derecho», instrumento de política jurídica que ofrece estructuras y utillaje para las grandes decisiones, sino un análisis de los fenómenos partiendo de los operadores económicos privados, del mercado, y que se encamina a poner de manifiesto el Derecho por ellos utilizado, el vivo, posiblemente muy distinto del codificado, jurisprudencial o científico, pero que acaso en el futuro sea acogido por la ley, la jurisprudencia y la ciencia. La actividad del jurista, polarizada excesivamente en el momento judicial, queda encuadrada en función auxiliar de la actividad económica. El jurista crea Derecho. Es la jurisprudencia preventiva, según denominación forjada en Alemania.

SANTINI distingue, pues, la auto-organización del ámbito privado y la hetero-organización que impone la ley, y aunque estudia ambas, se centra fundamentalmente en aquella, y en especial en la actividad distributiva, el comercio. ASCARELLI hablaba de la planificación privada, oponiéndola a la pública o legal. GALGANO observa que los modelos contractuales de las grandes empresas, con sus poderosos intereses, ofrecen otra modalidad de hetero-planificación, que desborda el dualismo público-privado, que intentaba monopolizar los polos autoridad-libertad.

La economía del Derecho quiere ser una revalorización de la esencia histórica del Derecho mercantil, propio de una sociedad económica cuyo ámbito es más dilatado que el político. Por ello, SANTINI se refiere al comercio, considerado como «el viejo corazón» del Derecho mercantil, esfera intermedia entre producción y consumo, que en frecuentes acontecimientos impulsa y dirige aquella y cuya función protagonista aparece en múltiples ocasiones en la historia.

GALGANO apunta que el estudio se acoge al curso de las nuevas filosofías económicas occidentales, que repudian las visiones keynesianas, estatistas, del sistema económico. Su campo es el del neoliberalismo y su economía del Derecho tiene todo el sabor de una *deregulation*, y así, aceptando las tesis de la neutralización de las formas jurídicas, sus inclinaciones propenden más hacia la esfera dispositiva de la norma que hacia la imperativa; más a la validez que a la invalidez de los contratos y a la admisibilidad, frente a la inadmisibilidad, de las formas negociales atípicas. GALGANO, agudo observador-intérprete, observa que en la transición del capitalismo comercial al industrial, muchos sistemas legislativos han quedado inalterados, pendientes de renovación. La actividad productiva aparece desplazada de los Códigos. Y para construir el nuevo Derecho, como lo efectúa SANTINI, hay que empezar a trabajar recopilando las normas de la vida contractual, no las legales, sino las que de hecho gobiernan inmensos espacios que la ley ha dejado vacíos. Es lo que cristaliza en la «economía del Derecho».

AULETTA, por su parte, resalta la novedad de la perspectiva: aplicar categoría y métodos de la ciencia económica al estudio del Derecho y situar en primer plano los resultados que la actividad económica pretende conseguir (momento sustancial) para determinar los medios jurídicos adecuados para alcanzar tales objetivos (momento formal o instrumental). A la economía del Derecho corresponde señalar al jurista esta labor de ingeniería jurídica: forjar, si no existen, o determinar la idoneidad de los instrumentos que obran en el arsenal. Es a la política del Derecho a la

que corresponde su control social para que la actividad económica se mantenga en el cauce del interés general.

El momento final de la circulación mercantil es el universo, al que SANTINI circunscribe su campo de operaciones. Es el mundo en el que la empresa desemboca en el mercado, símbolo del comercio. Es el sector en el que se disfruta de mayor libertad contractual, donde empresa y cliente entran en contacto directo, lugar que no sólo ha ocupado posición privilegiada en el desarrollo capitalista, sino que continúa siendo uno de sus momentos esenciales. El examen se realiza bajo tres perspectivas: mercado, como lugar de intercambios; *ruoli*, actores, protagonistas, operarios del comercio, con las diversas funciones o papeles que la norma o la tradición les asignan, y cambios o actos que realizan estos sujetos en el ámbito indicado.

El mercado queda definido como punto donde tiene lugar la contratación y se elabora el derecho contractual, examinándose su estructura, sus funciones de garantía, de la exacta ejecución de los contratos, aceleración de circulación de bienes, transferencia de posiciones contractuales y otras varias. No falta una interesante reseña de la evolución histórica del mercado y sus diversos tipos: desde el elemental hortifrutícola hasta las lonjas de grandes mayoristas con mercancías y contratos tipo y amplias unidades de base. Desde aquella cima se desciende hasta el campo de los detallistas en grandes almacenes, supermercados, minimercados, almacenes de precio único, centros especializados...

Bajo la perspectiva de los actores se examina la organización interna del sistema distributivo. Estima en cinco los principales: mayorista, detallista, mediador, comisionista y agente, y respecto a cada uno de ellos delimita funciones concretas establecidas por usos y tradiciones que ocasionalmente han sido recogidas por la ley. También sus luchas en orden a la racionalización de la actividad económica y para su preponderancia, que dan lugar a integraciones horizontales, con comercialización simbiótica; ventas en común; denominaciones de origen, con *ruoli* a idéntico nivel, y las verticales, a escala diversa y con finalidades de absorción o subordinación directa o indirecta, deteniéndose en el *franchising*, que es analizado detalladamente.

El espacio de los cambios es aquel en el que la autonomía se mueve más desahogadamente. Tiene particularidades dignas de particular enfoque, como las ventas automáticas o mediante *self-service*, o aquellas en las que la calidad ocupa papel preponderante, que contrasta con los puestos de venta estandarizados, de modelos usuales y precios fijos, en los que la cantidad es la reina. Las modalidades del precio, del lugar de entrega, los defectos de la mercancía, la asistencia postventa y otros muchos aspectos complementarios del cambio son aludidos, con mayor o menor amplitud, por SANTINI.

Pero bajo la aparente libertad, con escaso control social y distante de sistemática, no siempre las normas vigentes son las propias de fuerzas en equilibrio, ideal del mercado y del cambio. En ocasiones se practican otras dimanantes de posiciones de prevalencia económica, que no siempre son transitorias, sino de uso permanente. De ahí la conveniencia del control social que restablezca el equilibrio. En ocasiones es la actuación privada la que consigue tal objetivo, con asociaciones o mediante poderosas fuerzas competitivas. En otras, la actuación judicial y, finalmente, las

normas nacidas de los mismos usos. Aunque hay que tener muy presente que la estadística, el número de ocasiones en que tiene lugar una práctica, no es suficiente para considerar su adecuación a situaciones de equilibrio. Puede expresar perfectamente una consolidada posición preponderante.

A AULETTA le parece evidente la fecundidad del ensayo de SANTINI en dos temas cruciales: empresa y contrato. Respecto a aquélla recorre el camino de SANTINI en relación con desagregaciones y agregaciones. Actividades accesorias, como contabilidad, publicidad, asistencia a la clientela, etcétera, pueden encomendarse a empresas subordinadas, exclusivas de la principal o en comunidad con otras mediante el instrumento accionario. Estas empresas subordinadas incluso pueden realizar las mismas prestaciones a terceros y conseguir beneficios adicionales a la principal o principales. Los estratos de dependencia e independencia son susceptibles de una amplia gama.

En el campo de la distribución se extiende cada vez más acentuadamente el desarrollo de empresas auxiliares, aunque hay que diferenciar las empresas distribuidoras de las auxiliares. Aquéllas asumen gastos y riesgos de distribución sin conservar el poder de que disponen, en forma más o menos reducida, las auxiliares. Pero la realidad económica ofrece un variado muestrario.

La integración vertical conduce al problema de las vías en que debe realizarse el control social; en muchas ocasiones se plantea el problema de la falta de correspondencia entre poder y riesgo, tema éste favorito de BIGIARI y su escuela. Se planteaba en la empresa individual, con referencia al hipotético empresario oculto; en la social, con la falta de proporción entre la inversión efectiva del grupo de control y el patrimonio realmente controlado, y en la gran empresa, con posibilidad de abundante financiación pública, con el consiguiente desequilibrio entre patrimonio de gestión y capital de riesgo y aun su desplazamiento del control del mercado financiero. Pero también hay que plantearlo en la integración vertical, en la que la empresa dominante puede decidir por las subordinadas y los riesgos quedan diluidos entre estas últimas.

El control social, ciertamente, tiene en los casos citados un planteamiento particular, pero no es el único dimanante de la indicada integración, en el que varias empresas pueden tener un objetivo común con la consiguiente proporcional distribución de beneficios, regla que puede quedar alterada por la preponderancia de una o varias de las empresas y reducida o eliminada la parte de beneficios correspondientes a otra u otras subordinadas, sin posibilidad de defensa dada la debilidad de su condición.

Por último, en el ámbito de los contratos, la labor de desagregación y agregación que efectúa SANTINI es susceptible de muy fecundas consecuencias. El operador para concluir un contrato examina desde perspectivas variadas la problemática a resolver, y si las cláusulas típicas no le bastan confronta las propias de contratos similares, como venta y suministro, y elabora una disciplina singular, adecuada al caso concreto. Estas soluciones son susceptibles de adquirir tipicidad, vitalidad propia; combinan instrumentos para efectuar sus construcciones de ingeniería jurídica, y sus efectos a veces son reconocidos y sujetos al control social. En muchas ocasiones el concepto de causa, bajo el perfil de la realización de intereses merecedores de tutela, según el ordenamiento jurídico, pasa

a ser, a nivel de contrato, un adecuado instrumento de control. En otras éste tiene lugar mediante disciplina de precios imperativos, estimación de «vejatorias» de ciertas cláusulas u otros remedios que en ciertos casos no pasan de constituir técnicas muy rudimentarias.

Los problemas a que da lugar la agregación, a nivel de contrato específico, y los de desagregación, tanto en los sistemas verticales como en los horizontales, ofrecen un panorama inmenso, casi un océano inexplorado, en el que caben soluciones muy variadas para las más hipotéticas posturas. SANTINI descorre un velo que permite otear un horizonte de brumas, aquel ámbito estimulante que invita a pensar, diseñado en filigrana, que había pronosticado AULETTA.

7

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ