

REVISTA CRITICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

**D. Jerónimo González Martínez**

---

Año LXXI • Mayo-Junio 1995 • Núm. 628

---



## CONSEJO DE REDACCION

### PRESIDENTE:

D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León.

### CONSEJEROS:

D. José Poveda Díaz.  
D. Carlos M. Hernández Crespo.  
D. Juan Vallet de Goytisoló.  
D. Aurelio Menéndez Menéndez.  
D. Eugenio Fernández Cabaleiro.  
D. Manuel Amorós Guardiola.  
D. José Antonio Nortes Triviño.  
D. José María Chico Ortiz.  
D. Fernando Muñoz Cariñanos.  
D. José Manuel García García.  
D. Juan Manuel Rey Portolés.  
D. Antonio Pau Pedrón.  
D. Juan Pablo Ruano Borrella.  
D. José Luis Laso Martínez.  
D. Alfonso Barcala Trillo Figueroa.  
D. Joaquín Rams Albesa.  
D. Francisco Corral Dueñas.  
D. Juan Sarmiento Ramos.

### COMISIÓN EJECUTIVA:

D. José Poveda Díaz.  
D. Juan Pablo Ruano Borrella.  
D. Manuel Amorós Guardiola.

### CONSEJERO-SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Francisco Corral Dueñas.

Dirección: Príncipe de Vergara, 72.—28006 Madrid.—Teléf. 411 26 28

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

I.S.S.N.: 0210-0444

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

Depósito legal: M. 968-1958

# S U M A R I O

Págs.

## ESTUDIOS

«El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa <i>in contrahendo</i> », por ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ .....	747
«Marco jurídico del uso del agua en los regadíos españoles», por EMILIO PÉREZ PÉREZ .....	789
«Objeto social y poder de representación en la sociedad anónima», por HELIODORO SÁNCHEZ RUS .....	829
«Un primer estudio sobre el nuevo régimen legal y estatutario de transmisión de las participaciones sociales. Examen de los artículos 26 a 34 de la nueva Ley», por LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO .....	873
«La explotación agrícola en invernadero y sus elementos», por CARLOS VATTIER FUENZALIDA .....	909

## DICTAMENES Y NOTAS

«El negocio de subapoderamiento como negocio accesorio de otro principal de apoderamiento (Crítica a la Resolución DGRN de 10 de febrero de 1995)», por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA .....	923
«Una nueva afección inmobiliaria: acotaciones en torno a la obligación de retener el 10 por 100 del precio acordado en las transmisiones de bienes inmuebles por sujetos pasivos no residentes», por FRANCISCO DE PAULA POLO ORTÍ .....	935
«La característica esencial de la hipoteca como accesorio del crédito y su independencia mediante cesión pasiva sin consentimiento del acreedor», por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE .....	955

**ACTUALIDAD JURIDICA**

Información legislativa y de actividades, por LA REDACCIÓN .....	969
--	-----

**JURISPRUDENCIA**

I. Sentencias del Tribunal Constitucional, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS .....	977
II. Resoluciones de la Dirección General, por SALVADOR MÍNGUEZ SANZ, EUGENIO RODRÍGUEZ CEPEDA y M. <sup>a</sup> EMILIA ADÁN GARCÍA .....	985
III. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Derecho Civil:	
a) Derechos Reales, por ELENA MÚGICA ALCORTA .....	1011
b) Obligaciones y contratos, por JOSÉ QUESADA SEGURA .....	1022
c) Arrendamientos, por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ .....	1030
e) Sucesiones, por FRANCISCO CASTRO LUCINI .....	1036

**INFORMACION BIBLIOGRAFICA**

«Estudios de Derecho Agrario», de JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS .....	1055
«Medio siglo de legislación agraria en España», de ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS .....	1057
«Préstamos y créditos y el control de cambios», de JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD, por ELENA MÚGICA ALCORTA .....	1060
«La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa (Análisis doctrinal y jurisprudencial)», de JOAQUÍN M. <sup>a</sup> LARRONDO LIZARRAGA, por ELENA MÚGICA ALCORTA .....	1064
«Las falsedades documentales», de LUIS BENÉYTEZ MERINO y otros, por IGNACIO SERRANO BUTRAGUEÑO .....	1068
«La multipropiedad», de G. ALPA y M. IASIELLO y otros, por JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ .....	1071
«Estudios de Historia de la Universidad Española», de A. ALVAREZ DE MORALES, por JOSÉ M. <sup>a</sup> CHICO Y ORTIZ .....	1073
«Validez y eficacia de los actos administrativos», de MARGARITA BELADÍEZ ROJO, por JOSÉ M. <sup>a</sup> CHICO Y ORTIZ .....	1076
«La protección inmobiliaria del consumidor en la Comunidad Europea», de LUIS M. <sup>a</sup> CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, publicado en la <i>Revue Europeenne de Droit de la Consommation</i> , núm. 216, de 1994 .....	1079
<b>REVISTA DE REVISTAS</b> , por LA REDACCIÓN .....	1081

# ESTUDIOS



# «El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*»

**SUMARIO:** I. EL SIGNIFICADO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.—II. LA BUENA FE COMO FUENTE DE DEBERES PRECONTRACTUALES.—III. LA NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.—IV. EL CRITERIO PARA DETERMINAR LA MEDIDA DEL RESARCIMIENTO: EL INTERES NEGATIVO Y EL INTERES POSITIVO.—V. LA IMPUTABILIDAD Y LA CARGA DE LA PRUEBA.—VI. LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL.—VII. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL CUANDO EL CONTRATO NO SE CELEBRA: 1. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL POR RUPTURA INJUSTIFICADA DE LAS NEGOCIACIONES. 2. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL CUANDO UNA DE LAS PARTES, HABIÉNDOSE ALCANZADO UN ACUERDO, SE NIEGA A SUSCRIBIR EL DOCUMENTO QUE SE REQUIERE PARA LA PROPIA EXISTENCIA DEL CONTRATO.—VIII. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL CUANDO EL CONTRATO ES INVALIDO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL POR DOLO CAUSAL. 3. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL POR ERROR IMPUTABLE A LA OTRA PARTE. 4. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN CASO DE NULIDAD DEL CONTRATO POR RECAER SOBRE UNA PRESTACIÓN ORIGINARIAMENTE IMPOSIBLE. 5. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN CASO DE NULIDAD DEL CONTRATO POR CONTRAVENIRSE UNA PROHIBICIÓN LEGAL. 6. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN CASO DE REPRESENTACIÓN SIN PODER O HABIÉNDOSE TRASPASADO SUS LÍMITES.—IX. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL CUANDO EL CONTRATO ES VALIDO: 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. LA VÍCTIMA DEL ERROR IMPUTABLE A LA OTRA PARTE O DEL DOLO NO ANULA EL CONTRATO, LIMITÁNDOSE A SOLICITAR LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. 3. LA RESPONSABILIDAD POR DOLO INCIDENTAL: A) La responsabilidad del vendedor que conocía los vicios o defectos y no los manifestó al comprador. B) La responsabilidad del vendedor que no hace constar en la escritura que la cosa vendida está gravada con carga o servidumbre no aparente. C) La responsabilidad del vendedor de mala fe en caso de evicción. D) La responsabilidad del cedente de mala fe en la cesión de créditos. E) La responsabilidad del comodante por no comunicar dolosamente al comodatario los vicios de la cosa prestada. F) La responsabilidad

del depositante por los perjuicios que la cosa depositada produzca al depositario.—X. LOS CASOS DUDOSOS DE RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL: 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE UN DEBER DE PROTECCIÓN. 3. LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE UN DEBER DE CUSTODIA. 4. LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE UN DEBER DE SECRETO.—XI. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL Y LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR.—XII. CONCLUSIONES.

## I. EL SIGNIFICADO DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Para referirse a la responsabilidad precontractual se utilizan también otras expresiones, como la que a mediados del siglo XIX le diera JHERING (1), la *culpa in contrahendo*, o la culpa o responsabilidad en la formación del contrato. Estas expresiones, y algunas otras, se pueden utilizar indistintamente, pues tienen el mismo significado, aunque, tal vez, la más adecuada sea la de responsabilidad precontractual al hacer hincapié en el momento en que se realiza el acto dañoso que da lugar a la indemnización.

En virtud de la responsabilidad precontractual se hace responsable a quien en la fase de tratos preliminares ha llevado a cabo un comportamiento lesivo y contrario a los imperativos de la buena fe. Esta peculiar responsabilidad se refiere a la infracción de las reglas de lealtad y diligencia que impone la buena fe en el período de formación del contrato.

A través de la responsabilidad precontractual se exige a las partes que en la formación del contrato deban comportarse de acuerdo con la buena fe, dándose una respuesta jurídica adecuada cuando esto no tiene lugar.

No existe en el Código Civil español (en lo sucesivo, CC) un precepto que, con carácter general, sancione las actuaciones que preceden a la celebración del contrato, a diferencia de lo que acontece en el CC italiano de 1942, cuyo artículo 1.337 impone expresamente a las partes la obligación de comportarse de acuerdo a los dictados de la buena fe en el período de formación del contrato (2), y en el CC portugués de 1966, que establece en el artículo

---

(1) JHERING, «Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen», *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Recht (Jhering-Jahrbücher)*. IV, 1861, p. 1 ss. Reimpresión con el estudio de STAUB (*Die positiver Vertragsverletzungen*, Berlin, 1904), con epílogo de EIKE SCHMIDT, Bad Homburg, v.d.H., Berlin-Zürich, 1969. Las citas que hagamos coinciden con las páginas de reimpresión.

(2) Sobre este precepto: ALBERICI, *Il dovere precontrattuale di buona fede*, *Rass. Dir. Civ.*, 1982, pp. 1091 ss.; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, y *Culpa in contrahendo*, *Contrato e impresa*, 1987, p. 287 ss.; BESSONE, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, *RTDPC*, 1972, I, p. 962 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1984, p. 859 ss.; CALUSI, *In tema di trattative e responsabilità precontrattuale*, *RTDPC*, 1956, I, p. 474 ss.; CARRESI, «Il contratto», en *Trattato di*

227 que quien negocia con otro para concluir un contrato debe proceder según las reglas de la buena fe, respondiendo por los daños que culposamente cause a la otra parte (3). Aunque fuera del BGB, la Ley alemana sobre regulación de las condiciones generales de los negocios (AGB-Gesetz), de 9 de diciembre de 1976, reconoce con carácter general la existencia de una responsabilidad surgida de la violación de deberes precontractuales, considerando ineficaz la cláusula que excluya o limite la responsabilidad derivada de los daños producidos si concurre culpa grave (§ 11.7) (4). No obstante, en nuestro CC aparecen algunos preceptos en los que está presente tal responsabilidad, como tendremos ocasión de reflejar más adelante (5).

Hay que subrayar que en el ámbito del Derecho público se contempla la responsabilidad precontractual en el Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto de 25 de noviembre de 1975. El artículo 47, con referencia a los actos previos al contrato, impone a la parte que haya sido culpable de la anulación el deber de indemnizar los daños y perjuicios que haya sufrido la otra.

---

*Diritto civile e commerciale* (dirigido por CICU y MESSINEO y continuado por MENGONI), 2. Milano, 1987, p. 693 ss.. CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale*, Enc. Dir., XXXIX, Milano, 1988, p. 1265 ss.. DELL FANTE, *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà*, Rass. Dir. Civ., 1983, p. 122 ss.: GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, p. 39 ss.; LOY y TESSITTORE, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975; MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, RD Comm., 1956, II, p. 360 ss.; RASI, *La responsabilità precontrattuale*, RDC, 1974, II, p. 496 ss.; RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II. *Le regole di comportamento*, Milano, 1974; SACCO, «La preparazione del contratto», en *Trattato di Diritto privato* (dirigido por RESCIGNO), 10, Torino, 1984, p. 119 ss.: VIGOTTI, *La responsabilità precontrattuale*, Nuova giur. civ. e comm., Napoli, 1984.

(3) Sobre este artículo ALMEIDA COSTA, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatorias de un contrato*, Revista Legislação e de Jurisprudência, separata, 1984, MOTA PINTO, *A responsabilidade pre-negocial*, Bol. de Fac. de Dir., Coimbra, 1966, XIV, p. 143 ss.

(4) Sobre el parágrafo 11, 7 AGB-Gesetz: HEINRICH, AGB-Gesetz, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, 1985, p. 2314; HENSEN, en ULMER-BRANDNER-HENSEN, *AGB-Kommentar*, 4.<sup>a</sup> edición, Köln, 1982, p. 432 ss. (hay una 6.<sup>a</sup> edición, Köln, 1990); KOTZ, AGB-Gesetz, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1, München, 1984, p. 1759 ss., STEIN, AGB-Gesetz, en SOERGEL, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3-II, Stuttgart-Berlin-Köln, 1991, p. 1790 ss.; WITZ, *Droit privé allemand*, 1, París, 1992, p. 346 ss., con exhaustiva información doctrinal y jurisprudencial.

(5) La situación legal existente en el Derecho francés es análoga a la española. Existe una regla general de responsabilidad extracontractual (art. 1.382 CC) y ninguna referencia específica en el Código Civil a los deberes de conducta en el período de formación del contrato. El estudio monográfico más completo sobre la responsabilidad precontractual en el Derecho francés es el de SCHMIDT, *Negotiation et conclusion de contrats*, París, 1982, con amplia información doctrinal y jurisprudencial. También tiene un notable interés la exposición de GHESTIN, *Traité de Droit civil. La formation du contrat*, París, 1993, p. 293 ss. y 551 ss.

## II. LA BUENA FE COMO FUENTE DE DEBERES PRECONTRACTUALES

Existe un evidente entronque de la responsabilidad precontractual con el principio de la buena fe. Por el hecho de entrar en contacto y de relacionarse, las partes asumen el deber de comportarse de buena fe. En el Derecho italiano y en el Derecho portugués lo establecen, respectivamente, como hemos visto, los artículos 1.337 y 227 CC.

La operatividad de la buena fe en la fase de preparación del contrato encuentra múltiples justificaciones en nuestro Derecho. En primer lugar, la aplicación analógica del artículo 1.258 CC extendiéndolo a la etapa prenegocial (6). En segundo lugar, cabe ponderar también la aplicación directa de la cláusula general contenida en el artículo 7.1 CC, en relación con los derechos ejercitables en la etapa precontractual. Por último, se puede acudir a la eficacia de la buena fe como principio general del Derecho (art. 1.4 CC), que obliga a las partes no sólo a comportarse lealmente y con diligencia en el desenvolvimiento de las relaciones obligatorias ya constituidas, sino también a adoptar un comportamiento legal y diligente en la fase previa a la constitución de dichas relaciones.

La buena fe es una misma noción *in contrahendo* y *post contrahendo*, que reviste carácter objetivo en cuanto impone a las partes que tratan o negocian un arquetipo de conducta social. La buena fe objetiva es externa al sujeto y le impone una serie de deberes de rectitud y diligencia. Partiendo de tales deberes, el juez puede someter a examen crítico la conducta de las partes utilizando la buena fe como criterio de valoración.

La buena fe aplicable a la fase precontractual ha de entenderse como un criterio de valoración de la conducta de quienes están inmersos en la etapa preparatoria de un contrato. Como tal, resulta fuente de creación de determinados deberes de conducta.

Entre los deberes típicos de la fase preconstitucional se encuentran los deberes de información, de lealtad y de protección, que se manifiestan en los diversos supuestos que dan lugar a la responsabilidad precontractual, como vamos a mostrar al analizarlos.

El comportamiento que vulnera algunos de los deberes que la buena fe impone en el período de tratos preliminares es antijurídico, y por ello permite aplicar las normas de la responsabilidad contractual si se estima que entre las partes existe una relación obligatoria análoga a la que se deriva del contrato, o sobre la responsabilidad extracontractual por la exis-

---

(6) ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, RCDI, 1971, pp. 889 y 916; LASARTE, *Principios de Derecho civil*, 3, Madrid, 1994, p. 66; LUNA, *Elementos de Derecho civil*, II-2, Barcelona, 1987, p. 95.

tencia de un daño que deriva de un comportamiento antijurídico y culpable (art. 1.902 CC).

### III. LA NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Uno de los problemas más debatidos que plantea la responsabilidad precontractual es el relativo a la determinación de su naturaleza. Se cuestiona si se trata de una modalidad de responsabilidad contractual o, por el contrario, de la extracontractual. Cabe incluso preguntarse si se trata de una responsabilidad *sui generis*, no encuadrable ni en la contractual ni en la extracontractual.

Es necesario decidir cuál de las regulaciones de los dos grandes tipos de responsabilidad debe ser aplicada a los casos de *culpa in contrahendo*, teniendo en cuenta que subsisten diferencias relevantes en la disciplina jurídica de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual (carga de la prueba de la culpa o negligencia, plazo de la prescripción de la acción indemnizatoria, extensión de la indemnización y competencia de los tribunales).

La teoría que encuentra el fundamento normativo de la responsabilidad precontractual en el artículo 1.902 CC es la dominante en nuestro Derecho, que establece el principio general *neminem laedere*.

La presencia del artículo 1.902 CC y la aludida falta de disposiciones como las contenidas en los artículos 1.337 y 1.338 CC italiano han determinado que la doctrina mayoritaria en nuestro Derecho no haya tenido que realizar un gran esfuerzo teórico para justificar la naturaleza aquiliana de la responsabilidad precontractual.

La violación de cualquiera de los deberes precontractuales, derivados del principio de la buena fe, define la antijuridicidad de la conducta, con la obligación de reparar el daño causado de acuerdo con el artículo 1.902 CC. Al imponerse un comportamiento según la buena fe y vulnerarse alguno de los deberes que de la misma derivan, el resultado lesivo es injusto, siendo plenamente aplicable el artículo 1.902 CC.

La noción tan extraordinariamente amplia de ilícito civil que aparece en el artículo 1.902 CC, sin tipicidad del daño, hace innecesario acudir a las reglas de la responsabilidad contractual, siendo evidente que no hay contrato en el período contractual ni una auténtica relación obligatoria semejante a la que deriva del contrato.

Es, desde luego, indudable que el solo hecho de ponerse en relación dos personas a fin de negociar la conclusión de un contrato establece entre ellas una cierta conexión y crea un estado de recíproca confianza que no debe

ser defraudado, ya que una y otra se deben un mínimo de lealtad en el trato; sin embargo, atribuir carácter contractual a esa relación parece un tanto excesivo; decir que por ese solo hecho nace una relación contractual, en cuanto ambas partes convienen entre sí, previamente a la perfección del contrato a que sus conversaciones se dirigen, otro contrato preliminar por el que recíprocamente se obligan a guardarse la fe y lealtad debidas, parece atribuir a tal relación una trascendencia que está muy lejos de ajustarse a la realidad de los hechos. Ciertamente que tal obligación existe, pero no porque así se haya convenido por las partes, cuya voluntad, en realidad, no ha querido todavía producir vínculo alguno, sino tan sólo por una norma de carácter general que en todo caso excluye la mala fe y el fraude en las relaciones humanas. Cuando culposa o dolosamente se infieren a otros perjuicios con ocasión de la frustración de un contrato proyectado o de la nulidad de uno ya perfecto, surge una responsabilidad culposa que da derecho a exigir el resarcimiento. Esta responsabilidad nunca podrá ser de tipo contractual por la sencilla razón de que ninguna vinculación de tal carácter ha podido producirse: nos encontramos, por tanto, ante un caso de culpa extracontractual o aquiliana derivada del hecho ilícito (7).

No puede considerarse decisivo, a efectos de que la *culpa in contrahendo* tenga naturaleza contractual, que exista un contacto entre dos esferas de intereses para que nazca una relación obligatoria, pues también a efectos de la responsabilidad aquiliana, ligada a la violación del genérico deber de *alterum non laedere*, es siempre necesario un contacto que someta la esfera de interés de un sujeto a la concreta posibilidad de injerencia por parte de otra persona.

El mayor inconveniente para admitir la existencia de una relación obligatoria en el período de formación del contrato es que todo el contenido de la misma está, en principio, indeterminado y a reserva de su fijación tras un juicio de buena fe. Tal imprecisión nos acerca poderosamente al campo que, por antonomasia, sanciona la causación de daño a cualquier sujeto de la colectividad, es decir, la extracontractual.

Debido al cómodo expediente que representa el artículo 1.902 CC, cabe pensar que en las instancias jurisdiccionales se ha de tender con mayor probabilidad a tomar este precepto como fundamento indemnizatorio en casos de invalidez contractual o de interrupción de negociaciones (8).

Se puede hablar de una obligación para las partes de comportarse de buena fe durante el período de formación del contrato, postulando la extensión a dicho período de la exigencia de buena fe que establece el artículo

---

(7) COSSÍO, *Instituciones de Derecho civil*, I, rev. por COSSÍO MARTÍNEZ y LEÓN ALONSO, Madrid, 1991, pp. 436-437.

(8) ASÚA, *La culpa «in contrahendo»*, Bilbao, 1989, pp. 258 y 360.

1.258 CC. Las violaciones de ese deber general de buena fe deberán ser reconducidas al artículo 1.902 CC a falta de una normativa legal y de unas decisiones jurisprudenciales que permiten clarificar el tema (9).

Otro importante sector doctrinal propugna, sin embargo, que los tratos preliminares dan lugar a una relación obligatoria *sui generis* que sería la relación precontractual, a la que autores alemanes también han denominado relación contractual de carácter preparatorio o relación derivada de un contacto social o negocial (10). En nuestra doctrina (11) se considera que los tratos preliminares son el elemento objetivo de una relación jurídica precontractual, el cual está constituido por el conjunto de actos, conversaciones, contactos, etcétera, que forman la etapa *in contrahendo*. Actividad o proceso que forman lo que en la técnica germánica se denomina contacto social, instaurado entre las partes a los efectos de preparar el contenido del posible negocio.

El contenido de la relación precontractual es determinado por el principio de la buena fe en sentido objetivo, que impone a las partes una serie de deberes de conducta que tienen carácter relativo en el sentido de que sólo

---

(9) MANZANARES, *La naturaleza de la responsabilidad contractual o culpa «in contrahendo»*. ADC, 1985, p. 1009.

(10) La teoría del contacto social (*Sozialer Kontakt*) fue formulada por DÖLLE (*Ausgesetzliche Schuldpflichten*, Zgesstw, 103, 1943, pp. 67 ss.). El contacto social es aquel que se establece entre personas que se relacionan en el ámbito jurídico sin llegar a hacerlo mediante un contrato. Los tratos que preceden a la celebración de un contrato constituyen un supuesto de contacto social, el cual genera una situación de confianza, de la que nacen determinados deberes (*Schuldpflichten*), que encuentran apoyo en los párrafos 157 y 242 BGB.

Sobre la doctrina del contacto social y su crítica, CANARIS, *Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung und Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen Verträgen*. JZ, 1965, p. 479, nota 40, y KRAMER, *München Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2, München, 1985, p. 37.

LARENZ (*Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München, 1982, pp. 100 ss.) se refiere a la existencia de una relación obligatoria legal sin deber de prestación primario que deriva de un contacto negocial (*geschäftlichen Kontakt*). También HEINRICHS, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., p. 317.

En nuestra doctrina, PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil*, II-I, Barcelona, 1978, pp. 226-227), siguiendo a Díez-PICAZO, observa que, aunque todavía entre los interesados no hay una verdadera relación jurídica antes de la perfección del contrato, es evidente que hay una relación social o un contacto social, como dicen los autores alemanes.

DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1993, pp. 275-276) destaca la solidez que presenta la tesis de la existencia de la relación precontractual, nacida del contacto social. El hecho de ponerse en contacto dos personas a fin de negociar la conclusión de un contrato establece entre ellas una cierta conexión y crea un estado de recíproca confianza que no debe ser defraudado, pues una y otra se deben un mínimo de lealtad en los tratos.

(11) ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, cit., p. 863.

éstas deben observarlos y exigirlos. La aplicación del principio de la buena fe presupone un especial vínculo obligatorio: nos indica que estamos ante un deudor y un acreedor.

En el marco de los tratos preliminares, las obligaciones que se presentan como expresión de la buena fe tienden a la promoción y satisfacción de las expectativas de un determinado sujeto y, por tanto, se diferencian de las originadas en el artículo 1.902 CC, que se dirigen únicamente a proteger, no a realizar el interés ajeno.

El argumento más utilizado para defender la teoría contractualista es que el deber de comportarse según la buena fe en el período formativo del contrato implica un verdadero deber *inter partes* y no un deber absoluto frente a todos, lo cual explica que los daños derivados de su incumplimiento generen responsabilidad contractual.

La responsabilidad precontractual exige reglas propias. De un lado, su base inmediata en la buena fe, de contenido idéntico a la contractual, la alejan de la responsabilidad por hecho ilícito, manifestación genérica del *alterum non laedere* (12).

La responsabilidad precontractual no se basa en la violación del deber genérico *alterum non laedere*, sino en el quebrantamiento de la lealtad y confianza que las partes se deben recíprocamente por el hecho de entrar en negociación. El apoyo exclusivo en el principio que impone la responsabilidad extracontractual (art. 1.902 CC) parece demasiado vago y tendría el inconveniente de que la acción prescribiría en el breve plazo de un año (art. 1.968.2.º CC). No parece lo más apropiado salir de la responsabilidad contractual para quedar sólo bajo el principio general que prohíbe causar daño a otro, en los términos genéricos a los que se refiere el artículo 1.902 CC. La responsabilidad precontractual ha de representar una protección más concreta a quien sufre un daño ocasionado por una conducta desleal, dolosa o gravemente culposa frente a la otra parte (13).

La teoría que justifica la responsabilidad precontractual como responsabilidad aquiliana no explica el entronque del supuesto con la idea de daño resarcible. La responsabilidad aquiliana presupone un acto antijurídico (lo que se ha llamado falta o delito civil), que no puede encontrarse en el terreno en que las partes se mueven con libertad. En otro sentido, puede decirse que el daño resarcible (*ex art. 1.902 CC*) ha de ser un daño injusto por constituir una injusta lesión de bienes o intereses que se encuentren jurídicamente protegidos. Si se aludiera al principio

---

(12) ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, cit., p. 904

(13) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II-I, cit., pp 228-229; LUNA, *Elementos de Derecho civil*, II-2, cit., p. 229

*neminem laedere*, habría que explicar por qué se puede hablar de lesión (14).

La doctrina contractualista es dominante, sobre todo, en Alemania (15). La existencia de deberes precontractuales que derivan de una relación obligatoria de carácter legal (*ein gesetzliches Schuldverhältnis*), cuya vulneración se sanciona según las normas contractuales, constituye un lugar común de la doctrina y la jurisprudencia alemanas, reconociéndose a este principio el carácter de costumbre jurídica.

Se configura la relación preparatoria como relación de confianza: el que se halla en situación *in contrahendo* confía en que la otra parte no violará ninguno de los deberes precontractuales que le corresponden, deberes que en cada caso concreto se determinarán según las exigencias de la buena fe.

Se advierte claramente la influencia de la doctrina de JHERING en favor de la naturaleza contractual de la responsabilidad por *culpa in contrahendo*. JHERING, basándose en las fuentes romanas, llegó a la conclusión de que en aquellos casos en los que el contrato es nulo (venta de una *res extra commercium* o de una herencia inexistente) se puede, con apoyo en el mismo contrato, exigir una reparación por los daños sufridos. La aparente contradicción entre la *actio ex contractu* y la nulidad se supera considerando que el contrato celebrado, aunque sea nulo, produce diversos efectos, entre los que destaca la indemnización de los daños sufridos por el contratante que ha confiado en la validez del contrato. La acción se interpondrá frente al que incurrió en *culpa in contrahendo* (16).

Además de la influencia de la doctrina de JHERING, dos factores han contribuido decisivamente para que se considere aplicable la normativa que disciplina la responsabilidad contractual. De una parte, el régimen de la responsabilidad extracontractual configurado por el BGB (§§ 823 y sigs.) ha sido determinante para que la *culpa in contrahendo* se haya incardinado en el ámbito contractual: fue preciso buscar un principio que permitiese encon-

(14) Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, cit., p. 275.

(15) Sobre esta cuestión, con exhaustiva información sobre la jurisprudencia decididamente favorable a aplicar la normativa contractual, incluso cuando surge la responsabilidad por incumplimiento de un deber de protección, BATTES, en ERMAN, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, I, Munster, 1981, pp. 660 ss.; BROX, *Allgemeines Schuldrecht*, Munchen, 1991, pp. 55 ss.; EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen Gesetzbuch*, 2, Munchen, 1985, pp. 567 ss.; ESSER y SCHMIDT, *Schuldrecht*, I, Heidelberg, 1984, p. 435 ss.; GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, Tübingen, 1989, pp. 172 ss.; HEINRICH, en PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, cit., p. 317; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, cit., pp. 100 ss., LÖWISCH, *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Recht der Schuldverhältnisse*, 2, Berlin, 1989, pp. 14 ss.; MEDICUS, *Schuldrecht*, I, Munchen, 1993, pp. 55 ss., y «Die culpa in contrahendo zwischen Vertrag und Delikt», en *Festschrift für Max Keller zum 65 Geburtstag*, Zürich, 1989, pp. 206 ss.; WIEDEMANN, en SOERGEL, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2-I, Stuttgart-Berlin-Köln, 1990, pp. 598 ss.

(16) JHERING, *Culpa in contrahendo*, cit., p. 27.

trar fundamento indemnizatorio para daños que no encontraban acomodo en los parágrafos 823 y 826 BGB. Según esta normativa sólo serán indemnizables los perjuicios patrimoniales si se han irrogado vulnerando una ley protectora (§ 823.2.º) o mediante una actuación dolosa (§ 826), pero no aquellos en cuya producción sólo ha intervenido negligencia. Los denominados daños primariamente patrimoniales, no contemplados específicamente en el parágrafo 823.1.º, que han sido provocados de forma negligente, quedan fuera del resarcimiento por vía extracontractual. De otra parte, en el ámbito extracontractual la responsabilidad del principal por daños causados a terceros por sus auxiliares se rige según el criterio establecido por el parágrafo 831. En virtud del mismo, el responsable de una actividad o el que se sirve de otro para realizar una función, si bien está obligado, en principio, a reparar el daño causado por su auxiliar, puede exonerarse de tal obligación si demuestra que en la elección y supervisión del mismo empleó la diligencia al uso. Este criterio es distinto del previsto en el parágrafo 278 para el ámbito contractual, pues este precepto establece que el deudor no puede de ninguna manera exonerarse de la responsabilidad derivada de los daños causados por las personas de las que se ha servido para realizar la prestación. Pretendiéndose evitar la exoneración del *dominus negotii* —posible consecuencia del § 831— por actuaciones negligentes de sus auxiliares ante los daños sufridos por un eventual cliente en la fase de preparación del contrato, la doctrina y la jurisprudencia alemanas han recurrido a una responsabilidad similar a la contractual para solucionar esta problemática, secuestrándola a la disciplina extracontractual y aplicando, en definitiva, el parágrafo 278 BGB (17).

Estos dos argumentos no son decisivos, sin embargo, en nuestro Derecho, ya que el Ordenamiento español cuenta con una noción general del ilícito civil, sin tipicidad del daño, suficientemente amplia como para albergar las diferentes violaciones del deber *alterum non laedere* (art. 1.902 CC). Con ello desaparece la principal razón que ha llevado a los autores y tribunales alemanes a entender la *culpa in contrahendo* como una forma de responsabilidad contractual.

También es preciso destacar que tanto nuestra jurisprudencia como nuestra doctrina han objetivado en buena medida la responsabilidad extracontractual del empresario por los daños causados por sus dependientes, entendiendo además en sentido muy amplio la noción de dependencia (art. 1.903.4.º CC). Es evidente la progresiva relajación sufrida por el concepto de dependencia y el rigor exigido en la prueba exculpatoria del empresario,

---

(17) Sobre estos motivos, MEDICUS, *Die culpa in contrahendo zwischen Vertrag und Delikt*, cit., pp. 206-209, y *Verschulden bei Vertragsverhandlungen*, en *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, I, Köln, 1981, pp. 409 ss.

de tal manera que el Tribunal Supremo ha hecho prácticamente inviable esta excepción al pedir tan rigurosas pruebas de diligencia que ésta casi nunca juega como circunstancia exculpatoria, con lo que la responsabilidad (*ex art. 1.903.4.º*) se constituye realmente como un supuesto de responsabilidad objetiva (18), que es la existente en materia contractual (19).

No faltan autores que afirman que la *culpa in contrahendo* constituye un *tertium genus* de responsabilidad, teniendo en cuenta, para configurar su régimen, tanto normas que son propias de la responsabilidad contractual como otras que lo son de la extracontractual (20).

A nuestro juicio, la heterogeneidad de los supuestos que se sitúan en el marco de la responsabilidad contractual explica que la obligación resarcitoria que nos ocupa no admita un único e indiscutible encasillamiento; permite, sin duda, la ubicación extracontractual, pero en no pocas ocasiones tal vez encuentre encaje en el marco contractual. Una reflexión de esta naturaleza exige el análisis de las diferentes situaciones en las que puede aislarse un supuesto de *culpa in contrahendo* a fin de delimitar sus características estructurales y el régimen jurídico que se presenta adecuado al sistema (21).

La consideración de un *tertium genus* de responsabilidad para caracterizar a la *culpa in contrahendo* puede ser admisible a nivel dialéctico o como una expectativa *de lege ferenda*, pero mientras ese *tertium genus* no tenga unas normas que lo disciplinen sólo podrá considerarse la *culpa in contrahendo* como contractual o extracontractual.

Por todo lo dicho, es necesario decidir cuál de las regulaciones de los dos grandes tipos de responsabilidad debe ser aplicada a los casos de *culpa in contrahendo*, teniendo en cuenta que subsisten diferencias relevantes en la disciplina jurídica de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual, como dijimos anteriormente. Una respuesta unívoca no puede ser ofrecida realizando una calificación apriorística de la responsabilidad precontractual. Los hechos susceptibles de ser recogidos bajo esa

(18) DE ANGEL, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993, p. 351 ss.

(19) JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, 1994, p. 345 ss.

(20) Aparecen voces en la doctrina alemana a favor de una responsabilidad por confianza (*Vertrauenshaftung*) con caracteres propios (CANARIS, *Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München, 1971) Uno de los exponentes más característicos de esta responsabilidad es la *culpa in contrahendo*

CANARIS (Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten, en *Festschrift für Karl Larenz zum 80 Geburtstag*, München, 1983, p. 102 ss.), destaca la autonomía de la responsabilidad por incumplimiento de un deber de protección que se produce en el período precontractual, y su inclusión en el *Vertrauenshaftung*

(21) GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid, 1991, pp. 22-23.

unitaria denominación presentan unos perfiles profundamente heterogéneos que difícilmente hacen posible un tratamiento uniforme. Por ello la mejor manera de solventar la cuestión planteada es decidir, en cada hipótesis concreta de *culpa in contrahendo*, cuál es la modalidad que mejor se le adapta.

#### IV. EL CRITERIO PARA DETERMINAR LA MEDIDA DEL RESARCIMIENTO: EL INTERES NEGATIVO Y EL INTERES POSITIVO

JHERING, en el estudio anteriormente citado, al referirse al *quantum* de la indemnización existiendo *culpa in contrahendo*, propuso el criterio del interés negativo.

Para JHERING, el interés positivo implica ser colocado patrimonialmente, como si el contrato hubiera desplegado su efecto principal: el cumplimiento. Cuando el interés es negativo debido a la nulidad del contrato, la reclamación habrá de dirigirse a restablecer la situación patrimonial que existiría si no se hubiera contratado. En el interés negativo se incluyen tanto las pérdidas efectivamente sufridas —gastos de celebración del contrato— como las ganancias dejadas de obtener en relación a los contratos que se desecharon por preferir el que finalmente resultó inválido (22).

Partiendo de la aportación de JHERING, es preciso profundizar en la delimitación de ambos tipos de intereses.

En caso de interés negativo, el responsable no tiene que indemnizar en la medida en que habría de hacerse por incumplimiento del contrato, sino en la medida correspondiente a la disminución patrimonial que se sufre y que se hubiera evitado si no se hubiese celebrado el contrato o no se hubiesen iniciado los tratos preliminares. Es decir, el otro tratante no tiene derecho a reclamar todas las ventajas que tendría si el contrato hubiera llegado a feliz término.

La limitación de la responsabilidad precontractual al interés negativo se basa en que el comportamiento lesivo en el período contractual ha determinado que, de una u otra forma, se está ante una situación en la que no existe contrato, por lo que la indemnización no podrá tender nunca a obtener las ventajas económicas que habrían derivado caso de que la contratación no se hubiese frustrado, sino que, partiendo de la no virtualidad de ningún contrato, se habrán de reparar los perjuicios que se han seguido de haber iniciado las conversaciones; en otras palabras, se tendrá que colocar al

---

(22) JHERING, *Culpa in contrahendo*, cit., p. 17 ss.

perjudicado como si no hubiese emprendido los contactos negociales. Las dos posibilidades planteadas responden, respectivamente, a la idea del interés positivo y negativo y, por lo tanto, en nuestro campo, la indemnización siempre se habrá de fijar de acuerdo a este último parámetro (23).

Frente a esta tesis hay que afirmar que ante la heterogeneidad de los casos de *culpa in contrahendo* no es oportuno sentar una regla general que no admita excepciones, de acuerdo con la cual la indemnización de los daños no puede sobrepasar en ningún caso el límite del interés negativo. La obligación resarcitoria que nos ocupa no admite un único e indiscutible encasillamiento. No es una exigencia institucional del sistema jurídico español que en las ocasiones en las que se produce responsabilidad precontractual el daño indemnizable coincida con el interés negativo, sino que en nuestro Derecho existen supuestos de *culpa in contrahendo* que llevan aparejada la indemnización del interés positivo o de cumplimiento (24). La vinculación entre *culpa in contrahendo* e interés negativo puede ser correcta en el Derecho alemán para algunos tipos previstos en el BGB, pero no está resuelto que lo sea para todos ni que sea institucionalmente necesario (25).

El empleo de la categoría encierra el peligro de que se pierda de vista que las aportaciones dogmáticas más significativas en torno a la responsabilidad precontractual han surgido pensando en otros ordenamientos diferentes (fundamentalmente el alemán y el italiano), adaptadas a las peculiaridades de los mismos. Por ejemplo, considerar que pueda ser una exigencia de la responsabilidad por *culpa in contrahendo* la limitación al interés negativo (26). Al construir la responsabilidad proveniente del *dolo in contrahendo* existe un peligro: trasladar al Derecho español planteamientos del problema y soluciones que no son adecuados a él, sino propios del Derecho alemán, en el que se ha formado la figura de la *culpa in contrahendo*. La importación de la categoría dogmática puede arrastrar la importación de soluciones propias del ordenamiento alemán. El problema se acentúa si se tiene en cuenta que aun dentro del Derecho alemán se ha producido cierta evolución en el tratamiento de la *culpa in contrahendo*.

Una de las manifestaciones del problema es la referente al interés que debe ser objeto de indemnización; a si el interés indemnizable ha de ser sólo el negativo o, por el contrario, alcanza el positivo. En este punto conviene hacer dos precisiones:

---

(23) ASÚA, *La culpa «in contrahendo»*, cit., p. 288.

(24) GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, cit., pp 22 y 25.

(25) CARRASCO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, XV-1, Madrid, 1989, p. 429.

(26) MORALES, *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa*, ADC, 1982, p. 629, nota 123.

a) No existe razón suficiente en nuestro Ordenamiento que imponga unificar el tratamiento indemnizatorio de todos los supuestos de responsabilidad que puedan tener encaje en la responsabilidad por *culpa in contrahendo*. La *culpa in contrahendo* genera responsabilidad, pero en nuestro CC no se establece una regla sobre un régimen uniforme y, menos, que la indemnización por *culpa in contrahendo* deba siempre referirse al interés negativo.

b) Nuestro CC no utiliza los conceptos de interés positivo y negativo como criterio legal de delimitación del daño resarcible, tal como ocurre en otros Ordenamientos. Lo que prevalece en la construcción de la responsabilidad y delimitación del daño es la relación de causalidad. En el Ordenamiento suizo se ha mantenido que el daño a reparar en las hipótesis de responsabilidad contractual es todo aquel que se encuentre en relación de causa a efecto con el comportamiento dañoso, sin más límites que los derivados de la relación de causalidad, la cual es el único criterio de distinción válido para decidir qué daño es o no resarcible. El daño indemnizable es el daño causado, delimitado según los criterios que ofrece el Código (cfr. arts. 1.101, 1.902 y 1.107 CC). No obstante, la distinción entre el interés positivo y negativo puede ser útil, aun dentro de nuestro Ordenamiento, para referirnos al efecto, al daño que deba ser indemnizable en cada caso. Pero el daño indemnizable no resulta de una exigencia legal de indemnizar un determinado interés (27).

Este criterio lo tendremos en cuenta, como es lógico, al examinar cada uno de los casos de responsabilidad precontractual.

## V. LA IMPUTABILIDAD Y LA CARGA DE LA PRUEBA

Se ha estimado que la responsabilidad precontractual surge por una conducta dolosa o cuasidolosa. No por la mera negligencia, sin cualificar por una actuación intencionada. Así lo exigen las necesidades del tráfico y la autonomía de la voluntad como eje central de la etapa preparatoria del negocio (28). Sin embargo, el afirmar que sólo las conductas dolosas pueden dar lugar a esta responsabilidad supondría, en la práctica, que no se exigiera responsabilidad por numerosas actuaciones precontractuales, porque en la mayor parte de las ocasiones podrán juzgarse como negligentes pero no dolosas (29).

---

(27) MORALES, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO y DÍAZ ALABART, XVII-1 B, Madrid, 1993, pp. 411-412.

(28) ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, cit., p. 909

(29) ASÚA, *La culpa «in contrahendo»*, cit., p. 286.

Se impone como obligación la *diligencia in contrahendo*. No sólo las relaciones contractuales existentes, sino las que están en formación, deben quedar bajo la protección de las reglas sobre la culpa, pues en caso contrario cada contratante correría el peligro de ser sacrificado por la negligencia ajena (30).

La violación del deber precontractual genera la obligación de resarcir el daño causado, por lo que la carga de la prueba que recae sobre el perjudicado se circunscribe, en rigor, a la demostración de la relación de causalidad entre el daño y la inobservancia del deber precontractual. Acreditada la violación del deber, difícilmente podrá exculparse el que lo ha incumplido y ocasionado el daño.

## VI. LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Como ya hemos apuntado, las hipótesis agrupadas bajo la idea de responsabilidad precontractual no son absolutamente homogéneas y merecen de algún modo un tratamiento diferente (31).

Desde luego, no es admisible limitar el problema de la responsabilidad precontractual al de la ruptura injustificada de las conversaciones preliminares.

Las hipótesis en las que opera la responsabilidad precontractual tienen un elemento aglutinador, que es el de haberse producido daños como consecuencia de actuaciones en la fase de preparación del contrato que están en contra de la buena fe *in contrahendo*. Una formulación tan amplia permite acoger supuestos de muy distintas características.

Atendiendo a los grupos de casos, hay que tener en cuenta los siguientes: el de la responsabilidad precontractual cuando el contrato no se celebra; el de la responsabilidad precontractual cuando el contrato es inválido; el de la responsabilidad precontractual cuando el contrato es válido. Hay una serie de casos de dudosa incardinación en la responsabilidad precontractual: los que se refieren al incumplimiento de un deber de protección, de custodia o de secreto. Finalmente, una problemática especial surge cuando uno de los sujetos que intervienen en los tratos preliminares es un consumidor, tal como lo define la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LCU) de 19 de julio de 1984.

---

(30) Cossío, *Instituciones de Derecho civil*, I, cit., p. 436.

(31) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, cit., p. 278; GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, cit., p. 22; MORALES, *El dolo como criterio de imputación*, cit., p. 629

Esta idea es también destacada por la doctrina alemana. EMMERICH (*Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2, cit., p. 567) señala que desde el punto de vista de la culpa en las negociaciones contractuales son agrupados casos diversos.

## VII. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL CUANDO EL CONTRATO NO SE CELEBRA

### 1. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL POR RUPTURA INJUSTIFICADA DE LAS NEGOCIACIONES

Si durante los tratos preliminares una de las partes hace surgir en la otra razonable confianza de que el contrato que se negocia será concluido y, posteriormente, interrumpe dichas negociaciones sin que exista un justo motivo, está obligada a resarcir los daños que la otra parte sufra como consecuencia de dicha ruptura.

El elemento fundamental del caso que examinamos radica en la creación de una razonable confianza en la conclusión del contrato.

La piedra de toque para aclarar el tema del justo o injusto motivo de ruptura de las conversaciones preliminares es la protección de la confianza.

Mientras no haya confianza no se podrá hablar de motivo injustificado de la ruptura. Con lo cual la determinación de si existe o no justo motivo para romper las negociaciones viene determinada por averiguar si existe o no una razonable confianza en la conclusión del contrato.

Cuando en las conversaciones preliminares una de las partes haya suscitado con su actuación la confianza de la otra parte en la conclusión del contrato, el mero arbitrio en la ruptura determinará responsabilidad, pues en este caso la protección de la confianza aparece como más protegible que la mera arbitrariedad.

La confianza es suscitada por unos hechos concluyentes de una de las partes en las negociaciones, pues es provocada por actos o actitudes que se consideran vinculantes para la persona que los lleva a cabo.

En las conversaciones preliminares es perfectamente posible que una de las partes, con su actitud, haya creado en la otra parte la confianza en la conclusión del futuro contrato.

En el supuesto de ruptura injustificada de las conversaciones preliminares, confiando una de las partes en la conclusión del contrato, el conflicto de intereses se centra en el interés de la parte que pretende ejercitar su libertad de contratar, aunque sea de forma negativa (no contratando y rompiendo los tratos), y el interés de la parte que por haber confiado en la celebración del contrato experimenta un daño por causa de la ruptura. Se debe proteger este último interés porque ha sido la parte que pretende romper las negociaciones la que con su conducta a través de todos los tratos ha motivado la confianza de la otra parte en la conclusión del contrato. Esta apariencia puede incluso ser engañosa, en cuyo caso está más justificado lo que afirmamos.

Y con más razón aún cuando la confianza no se habría llegado a pro-

ducir de haber informado la parte que pretende romper de las circunstancias que rodeaban la contratación y que la otra parte habría estado interesada en conocer (incumplimiento del deber de información).

La buena fe, que informa de la relación precontractual, implica la tutela de la confianza que una parte depositó en las negociaciones, proyectos y comunicación de planes que le hizo la contraparte: protección por haber confiado según los usos del tráfico en la lealtad y honradez exigidas a quienes pretenden instaurar una vinculación jurídica.

En el ámbito del Derecho alemán, la idea de protección de la confianza en el período de formación del contrato está muy extendida, hasta el punto de que la doctrina alemana establece casi unánimemente la ecuación «relación precontractual-relación de confianza» (32).

En las conversaciones preliminares se confía en la conclusión del contrato porque la actitud de una de las partes ha provocado esa apariencia. De alguna forma, confianza y apariencia se muestran aquí como términos interdependientes (33). Y esa apariencia-confianza debe ser en este caso una noción objetiva: es decir, en las conversaciones preliminares una de las partes en tratos puede llegar a confiar en la conclusión del contrato, no porque interiormente se haya formado la convicción de que la otra parte objetivamente considerada inducía a pensar efectivamente en tal conclusión. Cualquier persona media en situación y circunstancias similares habría confiado igual porque la conducta de la otra parte era suficiente para generar la confianza.

La confianza, para ser susceptible de tutela, debe traer causa de elementos objetivos y unívocos que sean, en cuanto tales, idóneos y suficientes para configurar la confianza como objetiva y razonablemente motivada.

Un dato básico para proteger la confianza en las negociaciones es el del estado en que se encuentran estas últimas. Parece evidente que cuando las conversaciones están en sus comienzos nadie puede confiar en que éstas desemboquen en el contrato deseado.

Una vez que se ha engendrado la confianza, para que la ruptura no dé lugar a responsabilidad es necesario que la ruptura sea justificada, entendiéndose que existirá justificación cuando concurra un interés jurídicamente más tutelable que el de la confianza. Así, constituye causa justa de ruptura de las negociaciones, aunque una de las partes tenga una fundada confianza en la conclusión del contrato, el hecho de que reciba una oferta más favorable de un tercero, debiendo notificar dicha oferta a la contraparte en las

---

(32) ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, cit., p. 869. Así lo destacan la mayor parte de los autores alemanes que citamos en nota 12.

(33) MANZANARES, «La responsabilidad precontractual en la hipótesis de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares», *ADC*, 1984, p. 707.

negociaciones para que decida si puede o no ajustar sus propuestas a la nueva situación, pues se debe entender como interés jurídicamente prevalente el de la realización de negocios jurídicos ventajosos. También debe ser justa causa de ruptura una alteración sobrevenida de las condiciones que sirvieron de base a las negociaciones, pues lo contrario sería afirmar que hay que realizar contratos gravosos.

Una vez creada la confianza de libertad de las partes para romper en cualquier momento las negociaciones queda subordinada al requisito de que exista una justa causa, pues de otra forma se produciría un daño a la contraparte que hay que calificar como injusto.

Existe una peligrosa indeterminación de la justa causa de la ruptura, que debe ser puesta en relación con los deberes de buena fe y de lealtad y con lo que razonablemente pueda esperarse de personas colocadas en una situación semejante (34).

El daño resarcible ha de guardar una estrecha relación con la situación de confianza. Es decir, debe existir una relación de causalidad entre este daño y la confianza suscitada. Por ello, no son resarcibles los gastos que se han llamado especulativos o que constituyen un riesgo implícito en todo negocio. Así, por ejemplo, los gastos de publicidad o de propaganda que se efectúan en provecho exclusivo de quien los hace (35).

Tanto en el supuesto en que las negociaciones fueran iniciadas de mala fe, sin propósito legal de concluir el contrato en ningún momento, como en el caso de la ruptura injustificada de las negociaciones que fueron iniciadas y proseguidas de buena fe, el deber de indemnizar por *culpa in contrahendo* encuentra su fundamento en el artículo 1.902 CC (36). La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1988 (37), en un caso aparente de ruptura injustificada de las negociaciones preliminares, afirma que la *culpa in contrahendo*, al faltar relación contractual, se nos ofrece como aquiliana, puesto que no puede negarse que exista una violación del principio *neminem laedere*, siendo aplicable el artículo 1.902 CC. Hay que observar que atendiendo a los hechos de la sentencia resulta invocada incorrectamente la *culpa in contrahendo*. La misma hace referencia a una conducta ilícita en la prepa-

(34) DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, cit., p. 279.

(35) MANZANARES, *La responsabilidad precontractual*, cit., pp. 741-743.

(36) ALBALADEJO, *Derecho civil*, II-1, Barcelona, 1989, p. 403; CARRASCO, *Comentarios*, XV-1, cit., p. 429; COSSIO, *Instituciones de Derecho civil*, I, cit., pp. 264-265; DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe*, Barcelona, 1965, p. 223; DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1993, p. 81; MANZANARES, *La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa «in contrahendo»*, cit., p. 1009; MORENO QUESADA, *La oferta de contrato*, Barcelona, 1963, pp. 42 ss.

(37) Comentada por ASÚA, *CCJC*, 1988, núm. 17, pp. 513 ss., y GARCÍA RUBIO, *La Ley*, 1989-4, pp. 1112 ss.

ración del contrato y éste es el presupuesto ausente en el caso, ya que no estamos ante la preparación o formación de un contrato (en este caso de trabajo), sino ante su ejecución. ¿Por qué, entonces, se ha referido el Tribunal Supremo a la *culpa in contrahendo*? Pues sin duda porque a primera vista las circunstancias se aproximan bastante a las de una ilícita interrupción de las negociaciones: se ha hecho confiar en que se produciría un traslado y el mismo no se ha verificado, derivándose de todo ello daños (38).

Si la ruptura injustificada de las negociaciones preliminares no puede recibir en nuestro Derecho otro régimen que el propio de la responsabilidad extracontractual, con esto queda igualmente dicho que la cifra de responsabilidad no puede ser nunca un eventual interés de cumplimiento en el contrato que se frustra. El resarcimiento se circunscribe, como afirma la doctrina de manera prácticamente unánime, al interés negativo (39).

Se ha considerado que los daños resarcibles a causa de la esterilidad de una negociación no deben comprender la pérdida de ofertas más favorables. La existencia de una ocasión más provechosa o ventajosa es un motivo justo de retirada, y si la parte no la aprovechó sólo a ella le es imputable. Hay que tener en cuenta, además, las dificultades de prueba que tendría la demostración de esas eventuales oportunidades negociales (40). Sin embargo, nuestro CC declara expresamente que las partidas integrantes del daño indemnizables son las pérdidas efectivamente sufridas y las ganancias dejadas de obtener; la dificultad de acreditación que tienen estas últimas quizá explique la restrictiva postura de nuestros tribunales a la hora de decretar indemnizaciones por razón de lucros frustrados, pero en manera alguna justifica que tales lucros deban ser excluidos como partida a resarcir. Resulta, pues, incuestionable que el interés de confianza abarca, cuando menos potencialmente, tanto las pérdidas efectivamente sufridas como los beneficios dejados de obtener; debe, por tanto, considerarse errónea la tesis según la cual han de excluirse los lucros cesantes como partidas computables del citado interés (41).

---

(38) ASÚA. *CCJC*, 1988, núm. 17, p. 526.

(39) Ver autores citados en nota 36.

(40) Con amplitud, MANZANARES, *La responsabilidad precontractual*, cit., pp. 747-748.

(41) GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, cit., pp. 242-242.

2. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL CUANDO UNA DE LAS PARTES, HABIÉNDOSE ALCANZADO UN ACUERDO, SE NIEGA A SUSCRIBIR EL DOCUMENTO QUE SE REQUIERE PARA LA PROPIA EXISTENCIA DEL CONTRATO

Es evidente que deben ser resarcidos aquellos daños que puedan haber sido originados sobre la base de la confianza suscitada por el acuerdo logrado cuando la parte que se niega a suscribir el documento carece de una justa causa para hacerlo. Implica una conducta contraria a la buena fe *in contrahendo* oponerse a la documentación del acuerdo a fin de que nazca el contrato en la medida en que esta conducta defrauda la confianza legítima de la otra parte. Este caso se reconduce al supuesto general de ruptura injustificada de las negociaciones (42). La antijuridicidad de la conducta radica en hacer confiar en la realización del contrato y luego negarse sin motivo fundado al otorgamiento de la forma correspondiente. La indemnización se extiende al interés negativo por las mismas consideraciones que lo justifican en caso de ruptura injustificada de las negociaciones.

## VIII. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL CUANDO EL CONTRATO ES INVALIDO

### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

Los casos de responsabilidad interviniendo la invalidez contractual constituyen un grupo específico y bien diferenciado dentro de la *culpa in contrahendo*. Como dijimos anteriormente, la invalidez contractual está ligada a la responsabilidad precontractual desde que JHERING formulara su famosa teoría sobre la *culpa in contrahendo*, tratando de configurar la responsabilidad de una de las partes en la realización de un contrato inválido. Se trata de encontrar un fundamento indemnizatorio para la reparación de los daños experimentados por haber confiado en la validez de un contrato nulo, y tal preocupación tuvo reflejo en el BGB (§§ 122, 179, 307 y 309) (43). Igual fundamento está presente en el artículo 1.338 CC italiano, a cuyo tenor la parte que conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato no lo ha comunicado a la otra parte está obligada a reparar el daño que ésta ha sufrido por haber confiado, sin su culpa, en la validez del contrato (44).

(42) Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, p. 276

(43) Cfr. EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, cit., p. 34, y MEDICUS, *Schuldrecht*, I, cit., p. 56.

(44) Sobre este precepto, amplia referencia doctrinal en nota 2.

Se comprenden los supuestos de ineficacia contractual cuyas causas conocidas o debiendo serlo por una parte no se pusieron en conocimiento de la otra. La parte que incumple el deber precontractual de información queda obligada a reparar el daño que la otra pueda haber sufrido por confiar sin su culpa en la validez del contrato.

El supuesto se da también en aquellos casos en que el hecho determinante de la falta de validez, aunque no fuera realmente conocido por la parte, hubiera debido serlo si hubiese obrado con la diligencia que le correspondía.

La ineficacia contractual puede, por tanto, producir otros efectos aparte de la nulidad, anulabilidad o rescisión del contrato. Nos referimos con ello a la posibilidad de que el contratante perjudicado obtenga una reparación de daños y perjuicios.

Cuando el contrato es nulo absolutamente, el contratante de buena fe, es decir, quien desconocía o podía razonablemente desconocer la causa de nulidad, debe ser indemnizado de los perjuicios que le ha producido la celebración de un contrato en tales circunstancias si no eran, o no debían serlo, desconocidas de la otra parte. Incurre ésta en *culpa in contrahendo* al no advertir a aquélla (conducta contraria a la buena fe).

El que contrata con un vicio en su voluntad producido por la contraparte puede pedir indemnización de daños y perjuicios, además de la anulación. Esta conclusión es lógica, pues no se ve razón para que ambas acciones no sean compatibles. En el artículo 1.124 CC se concede una acción de resolución junto con una acción de indemnización. Además, no es válido el argumento de que anulado el contrato quedan a salvo todos los perjuicios, porque esto no es cierto en muchas ocasiones (45).

Planteadas en estos términos la problemática de la responsabilidad precontractual cuando el contrato es inválido, parece oportuno profundizar en los supuestos de indemnización de daños y perjuicios por dolo causal, por error imputable a la parte que no lo ha padecido, por recaer sobre una prestación originariamente imposible, por contravenirse una prohibición legal y por haberse traspasado los límites del poder o haberse actuado sin él.

## 2. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL POR DOLO CAUSAL

Ningún precepto del CC excluye la aplicación de la acción de resarcimiento en los casos de dolo causal, incluyendo la reticencia dolosa, que implica la violación intencional de una obligación precontractual de informa-

---

(45) Cossío, *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955, pp. 366-369; Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, cit., p. 123.

ción. Si la maniobra dolosa provocó el consentimiento, procederá la acción de anulabilidad, mas también la de resarcimiento por los daños que las maquinaciones previas al consentimiento originaron a la contraparte (46).

Sería incoherente exigir la indemnización en los casos de dolo causal y ofrecerla, en cambio, en los de dolo incidental y dolo de tercero, ya que la anulación no repara todos los daños que puedan ser indemnizados (47).

Si se dan maniobras dolosas, estaremos siempre ante los presupuestos necesarios para la intervención de la responsabilidad precontractual: relación de conversaciones (inequívocamente preparatoria de un contrato), vulneración de un deber precontractual (así se ha de calificar la inducción a error) y un daño patrimonial que no ha resultado reparado por la anulación.

Es indudable que se trata de dos acciones distintas, cuya causa última es la misma (el acto o conducta dolosos), pero cuyos supuestos de actuación son diferentes: la acción de anulación procede siempre que exista dolo causante de la contraparte; la acción de resarcimiento, sólo cuando, además de existir ese dolo, se hayan causado daños y perjuicios indemnizables. Independientes, además, en sus efectos en cuanto tienden, la una, a la nulidad del acto, y la otra, al resarcimiento; independientes en cuanto al plazo de su ejercicio, en cuanto la acción de nulidad tiene un plazo de vigencia de cuatro años, y la de resarcimiento, mantenida la vigencia del contrato, el plazo de prescripción ordinario de las acciones contractuales (48).

Nos hallamos ante un caso en que pueden ser oportunas dos acciones distintas, de efectos diferentes: la acción de anulación y la acción de responsabilidad. En principio, ambas son compatibles.

Cabe incluso que, con independencia de la anulación del contrato, la víctima del dolo pueda demandar indemnización de daños y perjuicios. La Sentencia del Tribunal de Casación francés de 4 de febrero de 1975 autoriza a la víctima del dolo a reclamar indemnización de daños y perjuicios a pesar de que hubiese prescrito la acción de nulidad. La Sentencia del Tribunal de Casación de 22 de mayo de 1989, en línea con las de 14 de noviembre de 1979 y 4 de octubre de 1988, considera que el derecho a demandar la nulidad de un contrato no excluye el ejercicio de una acción de responsabilidad delictual por la víctima de las maniobras dolosas cometidas durante

---

(46) ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, cit., p. 916; COSSÍO, *El dolo en el Derecho civil*, cit., pp. 365-366; DELGADO, *Elementos de Derecho civil*, II-2, Barcelona, 1987, p. 388; GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, cit., pp. 166-167; MORALES, *Comentarios...*, XVII-1 B, cit., p. 432, ROJO AJURIA, *El dolo en los contratos*, Madrid, 1994, pp. 118 ss

(47) COSSÍO, *El dolo en el Derecho civil*, cit., p. 368; MORALES, *Comentarios*, XVII-1 B, cit., p. 432.

(48) COSSÍO, *El dolo en el Derecho civil*, cit., pp. 366-367.

los tratos preparatorios a la conclusión del contrato para obtener de su autor la reparación del perjuicio que ha sufrido (49).

En el caso del *dolo in contrahendo*, la acción de responsabilidad es de naturaleza contractual. El CC no contiene un régimen especial para la responsabilidad *in contrahendo* y hemos de aplicar uno de los existentes (contractual, extracontractual). El adecuado es el régimen de responsabilidad contractual. Así resulta de nuestro Derecho histórico, que de acuerdo con el Derecho romano (en los contratos de buena fe) ofrece la acción del contrato para exigir la indemnización debida a *dolo in contrahendo* (50). Además, no sería razonable tratar de modo diferente al contratante que incumple su obligación, que al que maliciosamente hace creer que puede cumplir en términos en los que no será posible hacerlo (51).

Efectivamente ha existido una conducta contractual —aunque inválida— y, además, puede argumentarse por analogía, más o menos próxima, a partir de los artículos 1.486.2.º, 1.487, 1.483 y 1.270.2.º CC y Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1981 (52).

No obstante, aun cuando creemos que la acción indemnizatoria presenta naturaleza contractual, esto no significa que el comportamiento malicioso que determina una voluntad de contratar viciada deje de ser una hipótesis susceptible de encuadrarse en los artículos 1.902 y concordantes (53).

La anulación del contrato por dolo causal, ¿impone limitar la indemnización de los daños a los comprendidos en el denominado interés negativo? La respuesta positiva podría justificarse diciendo que anulado el contrato a petición del contratante, éste no puede pretender obtener, al mismo tiempo, en vía indemnizatoria, las ventajas que el propio contrato le debía proporcionar (54). Sin embargo, tal razonamiento no parece que sea adecuado en caso de dolo, porque la indemnización se justifica prioritariamente en la decepción de la confianza provocada con el dolo, de acuerdo con las exigencias de la buena fe (art. 1.258 CC). Si el dolo implica un engaño, la indemnización por dolo debe referirse al daño provocado por el engaño.

---

(49) GHESTIN, *Traité de Droit civil. La formation du contrat*, París, 1993, pp. 552 ss.

(50) MORALES, «El alcance protector de las acciones edilicias», *ADC*, 1980, pp. 612 ss.

(51) MORALES. *Comentarios...*, XVII-1 B, cit., p. 432.

(52) DELGADO. *Elementos de Derecho civil*, II-2, cit., p. 388.

(53) GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, cit., p. 170

La doctrina y la jurisprudencia francesas estiman aplicable, en tal caso, el artículo 1.382 del Código Civil, análogo al artículo 1.902 de nuestro Código Civil (GHESTIN, *Traité de Droit civil La formation du contrat*, cit., pp. 552 ss.).

(54) ASÚA, *La culpa «in contrahendo»*, cit., p. 288; CARRASCO, *Comentarios...* XV-1, cit., p. 430; DELGADO, *Elementos de Derecho civil*, II-2, cit., p. 388, DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, cit., p. 123.

La existencia del contrato (o, simplemente, de una apariencia de contrato) explica que haya podido surgir la confianza y permite delimitar, por referencia a él, el interés protegible, así como el cauce jurídico para su reparación (acción contractual); pero la indemnización no deriva directamente de la existencia del contrato. Por ello, la subsistencia no es presupuesto necesario para la indemnización del interés. La declaración de nulidad del contrato, basada en el dolo, no debe excluir la indemnización del interés positivo.

En la determinación de la indemnización se tienen en cuenta las ganancias en que justificadamente se confía, infundidas por la mala fe del contratante doloso.

Se debe indemnizar la frustración de la confianza que se ha generado con la conducta dolosa; no es tanto la confianza en la validez del contrato cuanto la de poder obtener, a través del mismo, la satisfacción de un determinado interés. El dolo ha impedido que el contrato, en su normal desarrollo, pueda ser el cauce adecuado para satisfacer el interés basado en la confianza. La frustración de esa expectativa, en cuanto sea debido al dolo, es imputable al contratante doloso y genera un deber de reparar en la medida de ese interés. Entendido así, ese interés comprende al interés positivo (55).

El dolo como causa generadora de responsabilidad precontractual tiene relevancia, de acuerdo con lo dicho, incluso cuando ha sido originado por la conducta de un menor que ha contratado con un tercero haciéndose pasar por mayor de edad.

Nuestro CC ha suprimido el antiguo principio romano *malitia supplet aetatem*. Es preciso rechazar la conveniencia de mantener la mencionada regla por cuanto destruye o disminuye gravemente la protección del menor, ocasionando el peligro de que se conviertan en cláusulas de estilo las declaraciones de mayoría de edad; y por ello y por haberse sustituido el sistema de la *restitutio* por el de la anulación, el CC no permite oponer a la impugnación del contrato celebrado con un menor la excepción de su dolo o malicia, lo cual se desprende del artículo 1.314, demostrativo de que el dolo del menor no borra la condición de anulable del contrato. Esto no significa, sin embargo, que el dolo del menor al ocultar su incapacidad quede sin consecuencia, ya que si del mismo se han derivado daños para la contraparte, éstos han de ser indemnizados (56). Existiendo intención dolosa por parte del incapacitado y buena fe en la parte capaz, ningún obstáculo se opone a la existencia de una responsabilidad que ha de traducirse en una obligación de resarcimiento (57).

---

(55) MORALES, *Comentarios...*, XVII-1 B, cit., p. 434.

(56) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, II-1, Madrid, 1952, pp. 192-193.

(57) COSSÍO, *El dolo en el Derecho civil*, cit., p. 381

### 3. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL POR ERROR IMPUTABLE A LA OTRA PARTE

El error será imputable a la contraparte si ésta lo ha provocado suscitando en la otra una justificada confianza o si en el momento oportuno no colaboró con el otro contratante para evitar el error en que espontáneamente pudiera incidir, como exige la buena fe durante los tratos (58). La parte a quien el error es imputable debe indemnizar al que lo ha padecido por los daños y perjuicios causados por la anulación del contrato, porque ha existido una actuación incorrecta durante el período formativo del contrato que es fuente de responsabilidad (59), por razones análogas a las expuestas a propósito del *dolo in contrahendo*.

### 4. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN CASO DE NULIDAD DEL CONTRATO POR RECAER SOBRE UNA PRESTACIÓN ORIGINARIAMENTE IMPOSIBLE

Cuando se concluye un contrato sabiendo o debiendo saber que la prestación es imposible, se debe indemnizar a la otra parte el daño que se le ha causado. Este supuesto, contemplado por JHERING (venta de una cosa *extra commercium* o de una herencia inexistente) (60), es previsto por el

---

(58) MORALES. *El error en los contratos*, Madrid, 1988, p. 229.

(59) GARCÍA RUBIO (*La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, cit., p. 164) considera que se reúnen todos los requisitos exigidos por el artículo 1.902 del Código Civil para que nazca la obligación de indemnizar. A este respecto ha de tenerse en cuenta que existe culpa siempre que conscientemente una de las partes deje de colaborar con la otra para deshacer el error de esta última y que aquel para quien el error de su contraparte era cognoscible, y no hizo nada por evitar que incurriera en él, incurre también en culpa.

En parecido término se pronuncia GHESTIN (*Traité de Droit civil La formation du contrat*, cit., pp. 481-482) al referirse a la deslealtad de la otra parte y a que la víctima del error puede obtener indemnización de daños y perjuicios en virtud de la aplicación del artículo 1.382 del Código Civil francés (análogo al art. 1.902 de nuestro CC). La condena se fundamenta en la responsabilidad precontractual y se justifica por la simple aplicación del artículo 1.382. Además, es suficiente una simple culpa, incluso no intencional, que pueda ser reprochada al demandado.

El demandante puede obtener la indemnización de daños y perjuicios cuando la anulación del contrato no es suficiente para reparar íntegramente el perjuicio que le ha causado la deslealtad de la otra parte.

Para GHESTIN (*L'obligation précontractuelle de renseignements en Droit français*, en *Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises*, bajo la dirección de TALLON y HARRIS, París, 1987, p. 175) la indemnización de daños y perjuicios fundada en el artículo 1.382 implica, en tal caso, la violación de una obligación de información, culpa precontractual, sancionada en el terreno de la responsabilidad delictual.

(60) Ver notas 1 y 19.

parágrafo 307 BGB, que establece que quien al concluir un contrato que tiene por objeto una prestación imposible conocía o debía conocer la imposibilidad de la prestación, queda obligado a la indemnización del daño que la otra parte haya sufrido por haber confiado en la validez del contrato, sin que, no obstante, la reparación pueda superar el importe del interés que la otra parte tenga en la validez del contrato. No hay obligación de indemnizar si la otra parte conocía o debía conocer la imposibilidad.

El parágrafo 307 BGB impone el interés negativo como criterio para fijar el importe de la indemnización. Esta debe dirigirse a borrar los efectos de la contratación frustrada.

La nulidad de pleno derecho del contrato que tiene por objeto una prestación originariamente imposible impele a restringir la responsabilidad por daños a la medida del interés contractual negativo (61). Tratándose de imposibilidad absoluta, el contrato será radicalmente nulo (arts. 1.261 y 1.272 CC) y, por consiguiente, si uno de los contratantes conocía o debía conocer dicha imposibilidad estará obligado a indemnizar el interés negativo, si bien en nuestro Derecho su alcance no está institucionalmente limitado por el interés positivo (62).

Aquí lo que se reprochará será el conocer o el deber conocer la causa determinante de la nulidad y no haber informado a la otra parte, respecto a la que también habrá de hacerse un juicio de diligencia que podría conducir a una disminución de la responsabilidad o incluso a su exclusión.

##### 5. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN CASO DE NULIDAD DEL CONTRATO POR CONTRAVENIRSE UNA PROHIBICIÓN LEGAL

De acuerdo con el parágrafo 307 BGB, al que se remite el 309, cuando el contrato contraviene una prohibición legal surge una obligación indemnizatoria a cargo de la parte que conocía o debía conocer la contravención de la prohibición legal frente a quien no conociendo ni debiendo conocer tal circunstancia se ve perjudicado por la nulidad del contrato.

Evidentemente, el parágrafo 307 BGB contempla un caso de responsabilidad por *culpa in contrahendo*, y como tal ha de enjuiciarse también en nuestro Derecho, dando lugar a las consecuencias apuntadas en el caso anteriormente descrito, es decir, las señaladas a propósito de la nulidad del contrato por recaer sobre una prestación originariamente im-

---

(61) PANTALEÓN, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993, pp. 1721-1722.

(62) GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, cit., p. 191.

sible, conociendo o debiendo conocer esta circunstancia una de las partes (63).

6. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN CASO DE REPRESENTACIÓN SIN PODER O HABIÉNDOSE TRASPASADO SUS LÍMITES

El supuesto es específicamente previsto por el artículo 1.398 CC italiano, que establece que aquel que ha contratado como representante sin tener poder o excediendo los límites de las facultades conferidas es responsable del daño que el tercero contratante haya sufrido por haber confiado sin su culpa en la validez del contrato.

El artículo 1.725 CC español 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.

A pesar de la dicción legal, no hay obstáculo para considerarlo aplicable por analogía al caso de falta total de poder (64).

Es preciso que exista culpa en el falso representante (*falsus procurator*) y buena fe en el tercero con quien contrató, la cual se concreta en el desconocimiento no culpable por el tercero de la ausencia o insuficiencia del poder.

La responsabilidad personal del *falsus procurator* constituye la sanción impuesta en el Ordenamiento jurídico a la actitud dolosa o negligente de éste, generadora de daños y perjuicios para el tercero de buena fe que contrató confiando en la eficacia del poder de representación. Por ello, la función de la aludida responsabilidad deberá conseguir que quede indemne el patrimonio del tercero mediante la reparación de los daños ocasionados. El resarcimiento deberá ser integral y puede alcanzar, o incluso superar, el equivalente al cumplimiento contractual (65).

La responsabilidad por el interés de cumplimiento supone censurar es-

---

(63) Cosso (*El dolo en el Derecho civil*, cit., pp. 372-373) concibe esta hipótesis como de dolo en contrato nulo. Dada la frecuencia y abundancia con que hoy en día se dictan leyes de carácter prohibitivo, es frecuente que uno de los contratantes sea ajeno a la ilegalidad del acto, e impulsado a él por el otro contratante de mala fe, dolosamente. De este dolo pueden derivar daños y perjuicios considerables que sería injusto hacer gravitar sobre la víctima del engaño, máxime en los casos en que el autor del dolo ha obtenido del contrato alguna ventaja.

(64) RIVERO, «Naturaleza y situación del contrato del *falsus procurator*», *ADC*, 1976, p. 1136.

(65) GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, cit., p. 204.

pecialmente la conducta del *falsus procurator* (66) y brindar la máxima protección a los intereses de quien contrata con él.

## IX. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL CUANDO EL CONTRATO ES VALIDO

### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

Existe un grupo de situaciones constitutivas de responsabilidad precontractual que hace referencia a la celebración de un contrato válido y eficaz en el curso de cuyas negociaciones una de las partes ocasiona a otra daños que debe indemnizar.

La doctrina y la jurisprudencia alemanas, ya desde principios de siglo (67), han ampliado constantemente el ámbito de aplicación de la responsabilidad precontractual, admitiendo la culpa en la conclusión de un contrato en los casos que éste es válido si en la celebración del mismo una de las partes ha incumplido especiales deberes de conducta, que son fundamentalmente deberes de información.

En el régimen del CC las faltas cometidas durante la formación del contrato se trasladan en numerosas ocasiones después de su perfección a éste, dando lugar a acciones típicamente contractuales si han repercutido en esta última fase (68).

A la responsabilidad por *culpa in contrahendo* se recurre en los casos en que se ha celebrado un contrato válido y una de las partes ve lesionados sus intereses por el contenido del mismo, debiéndose a un comportamiento reprochable, en el período precontractual, de la otra.

No podemos, por todo lo dicho, compartir la opinión de los que creen que en nuestro Derecho, en contraste con el criterio adoptado en el alemán, la responsabilidad precontractualmente procede sólo en los casos de no contratación y de invalidez (69).

---

(66) Como señala CARRASCO (*Comentarios...*, XV-1, cit., p. 431), un caso similar al del dolo causal es el de la responsabilidad en que incurre quien contrata con un tercero a nombre de otro, sin ostentar su representación, circunstancia ésta que ni sabe ni pudo saber el tercero contratante.

(67) LEONHARD, *Verchulden beim Vertragsschlusse*, Berlín, 1910, y SIBER, *Plank's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II-1, 4.<sup>a</sup> edición, Berlín, 1914, pp 192 ss.

(68) DíEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, cit., p. 81.

(69) ASÚA, *La culpa «in contrahendo»*, cit., pp 247-250.

2. LA VÍCTIMA DEL ERROR IMPUTABLE A LA OTRA PARTE O DEL DOLO NO ANULA EL CONTRATO LIMITÁNDOSE A SOLICITAR LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

La víctima del error imputable a la otra parte o del dolo puede optar, en lugar de la anulación, por mantener el contrato y reclamar una indemnización de daños y perjuicios basándose en el principio de la responsabilidad precontractual.

Esta facultad tiene especial interés cuando haya caducado la acción de anulación al transcurrir el plazo de cuatro años de celebrado el contrato (art. 1.301 CC). En este caso la única vía de reparación es el resarcimiento.

La acción indemnizatoria se podrá ejercitar en el plazo propio de la responsabilidad contractual (art. 1.964 CC), en consonancia con lo dicho anteriormente al aludir a la responsabilidad por dolo que da lugar a la anulación del contrato, máxime cuando se mantiene la validez del mismo.

El que sufrió el dolo o el error por la conducta imputable a la otra parte puede exigir el interés positivo o interés en el cumplimiento.

3. LA RESPONSABILIDAD POR DOLO INCIDENTAL

Según el artículo 1.270.2.º CC, el dolo incidental sólo obliga al que lo empleó a indemnizar daños y perjuicios (70).

El dolo, como maquinación fraudulenta que puede causar un daño a la otra parte contratante en la etapa preparatoria, engendra la obligación de resarcir, al amparo del artículo 1.270.2.º CC.

En el caso de dolo incidental hay que afirmar la naturaleza contractual

---

(70) El Código Civil alude en los artículos 1.269 y 1.270 a la distinción entre dolo causal e incidental. Se trata de una distinción escolástica elaborada en el Derecho común y recogida en las Partidas (P.5.5.57). Según ella, el dolo es causal cuando determina la celebración del contrato (*dolus causam dans*), e incidental cuando existiendo voluntad de contratar hay engaño en el modo en que se celebra el contrato (*eum quis sponte contrahit sed modo contrahendi, velut in pretio, aut aliter decipitur*) (MORALES, *El alcance protector de las acciones edilicias*, cit., p. 612, nota 67).

El dolo incidental no determina el consentimiento, pero incide en el contenido del contrato.

Al dolo incidental se refiere el artículo 1.440 del Codice Civile italiano, que lo configura de la siguiente manera. Si los engaños no han determinado el consentimiento, el contrato será válido, aunque sin ellos se hubiera concluido en condiciones diversas; pero el contratante de mala fe responde de los daños.

Sobre los criterios de distinción entre el dolo causal y el dolo incidental, un amplio análisis por ROJO AJURIA, *El dolo en los contratos*, cit., pp. 153 ss., y MORALES, *Comentarios...*, XVII-1 B, cit., p. 406 ss.

de la responsabilidad, que implica la indemnización de daños y perjuicios, y la no exclusión del interés positivo porque la frustración de la expectativa, o de la confianza, es imputable al contratante doloso (71).

No debe colocarse en peor situación al contratante que no puede satisfacer su interés por engaño del otro que al que soporta un incumplimiento culposo. En la indemnización han de aplicarse los criterios del artículo 1.107 CC (72).

Además de en el artículo 1.270.2.º CC, regla general, el supuesto de responsabilidad por *dolo in contrahendo* aparece en otros preceptos del CC contenidos en la regulación especial de algunos contratos.

A) *La responsabilidad del vendedor que conocía los vicios o defectos y no los manifestó al comprador*

Los artículos 1.486.2.º y 1.487 CC reconocen una acción de responsabilidad por actuación dolosa o culposamente grave en la etapa preparatoria del contrato de compraventa. Además de la opción entre la acción redhibitoria y estimatoria, la actuación del vendedor con mala fe *in contrahendo* otorga al comprador la acción para reclamar daños y perjuicios si optare por la rescisión (art. 1.486.2.º CC). Si la cosa vendida se perdiere por efecto de los vicios ocultos, conociéndolos el vendedor, sufrirá éste la pérdida y deberá restituir el precio y abonar los gastos del contrato, con los daños y perjuicios (art. 1.487 CC).

Ambos preceptos configuran una responsabilidad del vendedor que tiene su origen en la mala fe *in contrahendo*. La obligación de indemnizar nace por un comportamiento desleal —incumplimiento del deber de informar— en la etapa preparatoria del contrato.

El artículo 1.486.2.º CC regula una acción de responsabilidad fundada en la *culpa in contrahendo* del vendedor. Esta acción no es propiamente una medida de saneamiento, aunque se contenga dentro de la regulación del mismo. Es una acción general (*dolo in contrahendo*, art. 1.270.2.º CC) que tradicionalmente se ha considerado aquí porque es frecuente el dolor del vendedor en este campo. Tiene un régimen distinto del de las acciones edilicias (supuesto, efectos, plazo de prescripción) (73).

---

(71) CARRASCO, *Comentarios...*, XV-1, cit., pp. 432-433; MORALES, *Comentarios...*, XVII-1 B, cit., pp. 432-434; ROJO AJURIA, *El dolo en los contratos*, cit., p. 146

(72) MORALES, *Comentario del Código Civil Ministerio de Justicia*, II, Madrid, 1991, p. 472.

(73) MORALES, *Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia*, II, cit., p. 961. Además de MORALES, la doctrina dominante conecta esta acción a la de responsabilidad precontractual: ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, cit., p. 917; LUNA,

El CC sólo prevé esta acción de responsabilidad en el ejercicio de la acción redhibitoria, no si el comprador ejercita la acción estimatoria.

No contempla el CC, en la regulación del saneamiento, el régimen jurídico de la acción de responsabilidad. En realidad no es necesario, ya que se trata de una acción general basada en la *culpa in contrahendo*. El régimen de esta acción, en los supuestos que prevé el artículo 1.486.2.º CC, debe ser el propio de la responsabilidad contractual. Como consecuencia de esto son indemnizables los daños que resulten, a tenor de los artículos 1.106 y 1.107 CC; la indemnización no se limitará al interés negativo (74).

La regla de la responsabilidad de la compraventa puede extenderse a la permuta por la remisión general a las reglas de la compraventa (art. 1.541 CC), y al arrendamiento de cosas por la remisión a las reglas del saneamiento (art. 1.553 CC).

B) *La responsabilidad del vendedor que no hace constar en la escritura que la cosa vendida está gravada con carga o servidumbre no aparente*

El comprador puede ejercitar la acción rescisoria o solicitar la indemnización correspondiente durante un año, a contar desde el otorgamiento de la escritura. Transcurrido el año, sólo podrá reclamar la indemnización dentro de un período igual, a contar desde el día en que haya descubierto la carga o servidumbre (art. 1.483 CC).

Se trata de un supuesto en el que nace una obligación de indemnizar por comportamiento desleal —incumplimiento del deber de informar— en la etapa preparatoria del contrato (75).

C) *La responsabilidad del vendedor de mala fe en caso de evicción*

Cuando el vendedor conoce las causas de evicción y no las manifiesta al comprador, surge la responsabilidad precontractual (76). Según el artículo 1.478.5.º CC, si la evicción se ha realizado tendrá el comprador derecho a exigir del vendedor daños e intereses, y los gastos voluntarios o de puro

---

*Elementos de Derecho civil*, II-2, cit., p. 96; GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, cit., p. 169; CARRASCO, *Comentarios ...*, XV-1, cit., p. 432; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II-1, cit., p. 229.

(74) MORALES, *Comentario del Código Civil Ministerio de Justicia*, II, cit., p. 962.

(75) ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, cit., p. 917, LASARTE, *Principios de Derecho civil*, 3, cit., p. 66; LUNA, *Elementos de Derecho civil*, II-2, cit., p. 96; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II-1, cit., p. 229.

(76) DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, cit., p. 81.

recreo u ornato si se vendió de mala fe. Este precepto es, en la evicción, el equivalente al artículo 1.468.2.º (1.487 y 1.488.2.º) en los vicios (77).

D) *La responsabilidad del cedente de mala fe en la cesión de créditos*

En la regulación de la cesión de créditos aparece en el CC el *dolo in contrahendo* del cedente como supuesto de indemnización: El vendedor (cedente) de mala fe responderá siempre del pago de todos los gastos y de los daños y perjuicios (art. 1.529.3.º).

La mala fe del cedente se plasma en ocultar al cesionario aquellos extremos referentes, bien a la no existencia o falta de legitimidad del crédito (*veritas nominis*), bien a la insolvencia del deudor (*bonitas nominis*) que constan al cedente y de los que la buena fe le impone informar (comp. art. 1.486.2.º CC).

E) *La responsabilidad del comodante por no comunicar dolosamente al comodatario los vicios de la cosa prestada*

El comodante responderá de los daños que por tal causa hubiese sufrido el comodatario (art. 1.752 CC).

La consecuencia que establece el artículo 1.752 CC, que debe extenderse a la culpa lata (pudo conocer los vicios de la cosa prestada si hubiera tomado una pequeña molestia), deriva de una falta a la buena fe en la perfección del contrato que se ha puesto de manifiesto durante su vida y configura un caso de responsabilidad precontractual (*dolo in contrahendo*) (78).

¿Qué interés cubre esta responsabilidad? De acuerdo con los antecedentes históricos del artículo 1.752, la responsabilidad del comodante doloso está orientado a cubrir el interés de integridad patrimonial del comodatario. Los ejemplos de las Partidas (P. 5.2.6.) y del Digesto (D. 13.6.18.3) se refieren a daños que provoca el objeto dado en comodato sobre otros bienes del comodatario (79).

---

(77) MORALES, *Comentarios...*, XVII-1 B, cit., p. 421.

(78) ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, cit., p. 917; Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, cit., p. 458; LUNA, *Elementos de Derecho civil*, II-2, cit., p. 96; MORALES, *Comentarios...*, XVII-1 B, cit., pp. 419-420, PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II-I, cit., p. 229.

(79) MORALES, *Comentarios...*, XVII-1 B, cit., pp. 419-420.

F) *La responsabilidad del depositante por los perjuicios que la cosa depositada produzca al depositario*

Según el artículo 1.779 CC, el depositante está obligado a indemnizar al depositario de todos los perjuicios que se le hayan seguido del depósito. Dentro de este precepto puede encontrar causa la indemnización por *dolo in contrahendo*. Debido al carácter gratuito del contrato, la responsabilidad por dolo del depositante se relaciona con los daños que la cosa produzca al depositario y las responsabilidades que para él genere su tenencia. Así, de los antecedentes: P. 5.3.3.10 (esclavo ladrón que «furtasse alguna cosa a su guardador») (80).

## X. LOS CASOS DUDOSOS DE RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

Si no hay duda en afirmar que los supuestos anteriormente examinados se enmarcan dentro de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*, es más problemático configurar la responsabilidad por incumplimiento de un deber de protección, de un deber de custodia o de un deber de secreto como precontractual.

Es preciso por ello examinar cada uno de estos casos para determinar si realmente pueden enmarcarse dentro de la responsabilidad precontractual.

### 2. LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE UN DEBER DE PROTECCIÓN

En virtud del comienzo de las conversaciones contractuales se asumen deberes de protección en orden a la preservación de los daños en la integridad física o los bienes del otro contratante.

En el caso del linóleo (*Linoleumteppichfall*), el Tribunal del Imperio alemán (el *Reichtsgericht*), en Sentencia de 7 de diciembre de 1911 (81), hizo responsable a un empresario por las lesiones causadas por un depen-

---

(80) MORALES, *Comentarios...*, XVII-1 B, cit., p. 420. También ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, cit., p. 917; LUNA, *Elementos de Derecho civil*, II-2, cit., p. 96; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II-I, cit., p. 229.

(81) *RZG*, 78, 239. Sobre el caso del linóleo, LARENZ, *Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und «sozialer Kontakt»*, MDR, 1954, p. 516.

diente suyo a un cliente y su hijo en el curso de las conversaciones contractuales.

En síntesis, los hechos de esta sentencia son los siguientes: la demandante entró en un almacén, donde realizó algunas compras; posteriormente comunicó a un dependiente su intención de comprar una alfombra de linóleo, el cual al sacar el rollo señalado colocó otros dos aparte que cayeron sobre aquélla y su hijo produciéndoles heridas; la compra, finalmente, no se llegó a realizar. En las dos primeras instancias se consideró probada la culpa del dependiente y se responsabilizó al dueño del almacén en virtud de la aplicación del párrafo 278 BGB (responsabilidad contractual del deudor por los daños causados por su auxiliar en la actividad de cumplimiento), lo cual fue confirmado por el *Reichtsgericht*, argumentando que existía una relación preparatoria (*voerbereitende Rechtsverhältnis*) de la compra similar a la contractual, creadora de un deber de cuidado respecto a la salud y a la propiedad de la otra parte. Esta relación jurídica preparatoria tenía su origen en la solicitud de que se procediera a la muestra de las mercancías.

El caso del linóleo es esencial para que empiece a considerarse en el Derecho alemán la posibilidad de que los deberes precontractuales no sólo sean de información y lealtad, sino también de protección de la integridad física o los bienes de la otra parte (82).

Un importante sector de nuestra doctrina (83), así como de la italia-

---

(82) Se va a imponer en la doctrina alemana, fundamentalmente a partir de los estudios de HEINRICH STOLL (*Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen*, LZ, 1923, p. 532 ss., esp. 535, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen*, AcP, 1932, p. 257 ss., esp. 289 y 298; *Die Lehre von der Leistungsstörungen*, Tübingen, 1936, p. 26 ss.), el reconocimiento de los deberes precontractuales de protección (*Schutzpflichten*) de la integridad física y la propiedad de la otra parte. La Sentencia del Tribunal del Imperio alemán de 2 de junio de 1928 (RG Warn. 1928, p. 206 ss.) cita al *Linoleumteppichfall* como un caso de *culpa in contrahendo*.

Sobre la evolución posterior y la plena implantación, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia alemanas, de los citados deberes de protección: CANARIS, *Schuldgesetz-Verkehrspflichten-Schutzpflichten*, cit., pp. 89 y 102 ss., y *Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung und Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen Verträgen*, cit., p. 475 ss.; FROST, *Vorvertragliche und vertragliche Schutzpflichten*, Berlín, 1981; MOTZER, *Schutzpflichtverletzung und Leistungsunmöglichkeit*, JZ, 1983, p. 884 ss.; KREUZER, *Comentario a la Sentencia del BGB de 28-1-1976*, JZ, 1976, p. 779 ss.; THIELE, *Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung*, JZ, 1967, p. 649 ss.

CANARIS analiza los casos de almacenes (*Warenhausfalle*) según los principios de la responsabilidad por la confianza (*Vertrauenshaftung*), a la que anteriormente nos hemos referido (CANARIS, *Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, cit., p. 540).

(83) ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, cit., p. 910; CARRASCO, *Comentarios...*, XV-1, cit., p. 433; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, cit., p. 277; GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, cit., p. 58; MANZANARES, *La responsabilidad precontractual*, cit., p. 745.

na (84), no considera que el caso descrito dé lugar a responsabilidad precontractual (*culpa in contrahendo*), argumentando que el mismo y cualesquiera otros semejantes pertenecen al terreno de la pura responsabilidad extracontractual.

Se dice que el Derecho español (también el italiano) conoce una cláusula general de responsabilidad civil que hace innecesario el recurso a la relación jurídica de protección y aleja supuestos como el del linóleo del marco de la *culpa in contrahendo*. En la etapa preparatoria de un contrato, como en cualquier otra situación, toda persona debe evitar causar un daño injusto al eventual cocontratante, pero ello no supone más que la actualización del deber universal de no dañar a otro que a todos compete, y encuentra su expresión y apoyo positivo en el artículo 1.902 CC (85).

En el caso del linóleo es evidente que las lesiones sufridas por la eventual adquirente nada tienen que ver con los intereses de las negociaciones preliminares o de la posible conclusión de un contrato. El supuesto se produjo por culpa o negligencia. Entra de lleno en la responsabilidad por hecho ilícito; en nuestro Derecho aplicaríamos, sin duda, el artículo 1.902 CC. ¿Dónde está aquí la violación de la *bona fides in contrahendo*, la conducta dolosa, fraudulenta o desleal de la que únicamente puede brotar la obligación precontractual de indemnizar? (86).

El problema real no estriba tanto en determinar si el incumplimiento de un deber de protección genera responsabilidad precontractual como en precisar si se aplica el régimen de la responsabilidad contractual o el de la aquiliana, que es, en rigor, el problema que actualmente preocupa a la doctrina alemana (87); y sobre esta cuestión es poco dudosa la aplicación del artículo 1.902 CC. Pero como ya hemos tenido ocasión de señalar, la aplicación del artículo 1.902 no constituye un argumento en contra de la inclusión de un caso en el marco de la responsabilidad precontractual (tén-

(84) BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 79 ss.; BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 168; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in genere* (arts. 1.321-1.352), en *Commentario del Codice Civile* (dirigido por SCIALOJA y BRANCA), Bologna-Roma, 1970, p. 207, y *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Nov Dig. Ital., XV, Torino, 1980, p. 675.

(85) GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, cit., p. 58.

(86) ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, cit., p. 910.

(87) KRAMER, *München Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2, München, 1985, p. 42 ss., con exhaustiva información doctrinal (especialmente en nota 60); MEDICUS, *Ver schulden bei Vertragsverhandlungen*, cit., p. 486 ss., y *Schuldrecht*, I, cit., p. 57; WIEDEMANN, en SOERGEL, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 2-I, cit., p. 713. Concretamente puntualiza MEDICUS (*Verschulden bei Bertragsverhandlungen*, cit., p. 487) que el problema de este grupo de casos de culpa en las negociaciones contractuales radica en la pregunta de si tales deberes (de protección de bienes ajenos: especialmente la vida, el cuerpo y la propiedad) aparecen junto a los deberes delictuales del tráfico.

gase en cuenta lo que dijimos sobre la responsabilidad por ruptura injustificada de las negociaciones) porque ésta no es incompatible con la aplicación del citado precepto.

Hecha esta puntualización, debemos subrayar que no faltan autores en nuestro Derecho que con argumentos convincentes consideran factible la inclusión en la esfera precontractual de los llamados deberes de protección.

Se dice que los deberes de protección o de seguridad pueden darse en la fase precontractual cuando no habiendo todavía contrato, que puede también no llegar a celebrarse, la ley mediatamente y la buena fe inmediatamente imponen a los sujetos que intervienen en los tratos, de forma recíproca y específica, deberes de cuidado, atención y cautela para preservar sus respectivas esferas, personal y patrimonial, de todo daño que pueda derivar de la proximidad o relación entre las mismas, que entrañan necesariamente dichos tratos preliminares (88).

Ciertamente, plantea dudas en cuanto a su inclusión en la esfera precontractual los llamados deberes de protección de la integridad física y de la propiedad con ocasión del contrato. Si circunscribimos la responsabilidad precontractual a los conflictos derivados de lo que podríamos denominar *configuración estructural* del futuro contrato (es decir, circunstancias que afectan al hecho de la contratación —interrupción de las negociaciones—, a su validez —nulidad o anulación—) quedarían excluidos tales deberes de protección del campo precontractual. Pero con semejante criterio se alejarían también los deberes de custodia y de secreto. Caso de que concibiéramos el contenido de la buena fe precontractual con un carácter más amplio que el que afecte a lo que se ha dado en llamar configuración estructural, no habría argumento para no admitir tales deberes. Por otra parte, esta delimitación sólo tendría trascendencia si se admitiera la naturaleza obligacional (contractual) de la reclamación de responsabilidad precontractual, porque de otro modo siempre se trataría de una responsabilidad aquiliana (89).

De acuerdo con el principio de la buena fe, las partes de la relación precontractual que deriva del contacto social han de actuar con lealtad y diligencia en el desarrollo de los tratos preliminares, y por ello asumen el deber precontractual de evitar cualquier daño a la integridad física o a los bienes de la otra parte. La aplicación del artículo 1.902 CC no constituye un argumento convincente en contra de la inclusión de este caso en el marco de la responsabilidad precontractual por las razones señaladas anteriormente al abordar el problema de su naturaleza.

---

(88) JORDANO FRAGA, *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, cit., p. 236

(89) ASÚA, *La culpa «in contrahendo»*, cit., pp. 261-262.

Para que pueda plantearse rigurosamente la responsabilidad precontractual por infracción de un deber de protección es preciso que el daño en la integridad física o en los bienes de una de las partes se produzca en el curso de las conversaciones contractuales (90).

### 3. LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE UN DEBER DE CUSTODIA

El deber de custodia se conecta a los objetos relacionados con el futuro contrato (91), surgiendo cuando una de las partes ha expresado el deseo de

---

(90) Sin embargo, frente al criterio propuesto, se ha cuestionado en la doctrina alemana si puede irse todavía más lejos, adoptándose un criterio más amplio que el del estricto comienzo de las conversaciones contractuales. MEDICUS (*Die culpa in contrahendo zwischen Vertrag und Delikt*, cit., pp. 208-209) se refiere al problema de la determinación del origen del contacto, y se cuestiona si es suficiente para que surja esta especial responsabilidad la entrada en un almacén sin un concreto propósito de comprar o incluso con la intención de no comprar nada —quizás porque no se lleva dinero—, sino sólo para calentarse o protegerse de la lluvia.

Este problema se plantea agudamente porque con la evidente finalidad de ampliar el ámbito de la *culpa in contrahendo* y, por tanto, la aplicación de la normativa sobre la responsabilidad contractual, se ha sostenido que basta la entrada en un ámbito negocial (*Geschäftsraum*) como posible cliente. No es, por tanto, preciso que se hayan iniciado en sentido estricto las conversaciones contractuales (como aconteció en el caso del linóleo), pues basta que se haya producido un contacto negocial que implique la posibilidad de celebrar un negocio. Sólo quedarían excluidas de la relación precontractual aquellas personas que penetren en un ámbito negocial con una intención que no pueda ser calificada como tal (casos como los señalados por MEDICUS: para calentarse o protegerse de la lluvia); pero recaerá sobre el titular del negocio la carga de la prueba de la ausencia del propósito negocial (LARENZ, *Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und «sozialer Kontakt»*, cit., pp. 515 ss.).

El Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), en Sentencia de 26 de septiembre de 1961 (*NJW*, 1962, pp. 31 ss.), al enfrentarse por vez primera con este problema, consideró que el comienzo de la protección se sitúa en el momento de la entrada en el establecimiento del vendedor con un fin contractual.

La Sentencia del BGH de 28 de enero de 1976 (KREUZER, *JZ*, 1976, pp. 778 ss.) recuerda la doctrina de la sentencia que acabamos de citar y la teoría de LARENZ, en el sentido de que la responsabilidad por incumplimiento de un deber de protección o de custodia (*Schutz- und Obhutspflichten*) encuentra su justificación, en casos como los contemplados, en que el perjudicado ha entrado en el ámbito de influencia de la otra parte con una finalidad negocial y por ello puede confiar en la diligencia (*Serfall*) de la otra parte negociadora. Tras ello el BGH estima que puede generarse una responsabilidad respecto a terceros distinta de la extracontractual por el daño sufrido por la hija del cliente cuando esperaba con las cosas elegidas en la caja, mediante la adaptación al campo precontractual de la teoría de los efectos protectores del contrato respecto a terceros (*Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*) (sobre esta figura, de amplio arraigo en el Derecho alemán, un riguroso análisis de la jurisprudencia por HIRTH, *Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in ihrer Bedeutung für den Ausgleich von Drittschäden im Zahlungsverkehr*, Berlín, 1991).

(91) ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, cit., p. 909; BENATTI, *Culpa in contrahendo*, cit., p. 297, con referencia a la Sentencia del Tribunal de Milán de 17 de septiembre de 1973, y *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 39.

examinar las mercancías u objetos antes de decidirse o no a adquirirlos, aunque se estima que hay que extenderlo a todas las situaciones en las que, como consecuencia de los tratos, determinados bienes de los negociadores resultan expuestos a riesgos y peligros de otro modo inexistentes (92), con lo cual guarda cierta semejanza con el de protección.

Se trata de un deber precontractual impuesto por la buena fe cuyo incumplimiento da lugar a *culpa in contrahendo* (93), aplicándose, de igual manera que cuando se causan daños por incumplimiento de un deber de protección, el artículo 1.902 CC.

#### 4. LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE UN DEBER DE SECRETO

Si en el curso de los tratos preliminares una de las partes llega a conocer datos o noticias que de ser divulgados perjudicarían a la otra parte, está obligada a guardar la debida reserva; si no lo hace y causa con ello un daño al otro sujeto implicado en la negociación, debe resarcirlo. Para que la buena fe *in contrahendo* imponga este deber de secreto es preciso que las noticias hayan sido recibidas «a causa de los tratos», es decir, que la parte que las descubre lo haga precisamente por haber entrado en tratos (94).

Los deberes de secreto afectan, sobre todo, al ámbito de los usos mercantiles, de la contratación bancaria y de las relaciones laborales. Se recuerda, a modo de ejemplo, la situación del trabajador que durante la etapa de negociaciones preliminares con la empresa obtiene noticias referentes a los métodos de producción y los divulga (95).

La responsabilidad por violación del deber de secreto se mantiene tanto si los tratos concluyen felizmente como si éstos se rompen sin que el contrato se llegue a celebrar (96).

La circunstancia de que la transgresión del deber de secreto se produzca precisamente en la etapa preparatoria del contrato y que implique una conducta desleal, contraria a la buena *in contrahendo*, determina que surja

---

(92) GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, cit., p. 55, siguiendo a PANZA, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973, p. 238, y DELL FANTE, *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà*, cit., pp. 169-170.

(93) ALONSO PÉREZ (*La responsabilidad precontractual*, cit., p. 909) considera, sin embargo, que sólo surgiría responsabilidad precontractual si la pérdida o deterioro, el defecto de guarda o custodia, se debe a una actuación dolosa o cuasidolosa, a una conducta que defrauda el principio de la confianza.

(94) ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, cit., p. 909.

(95) ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, cit., p. 909; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale* cit., p. 40.

(96) BENATTI, *Culpa in contrahendo*, cit., p. 297; CARRESI, *Il contratto*, cit., p. 712.

una auténtica responsabilidad precontractual (97). La indemnización por los daños sufridos se articulará a través del artículo 1.902 CC.

## XI. LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL Y LA PROTECCION DEL CONSUMIDOR

En las negociaciones dirigidas a la celebración de un contrato en las que se hallen implicados consumidores o usuarios, que son destinatarios finales de los productos o servicios en los términos del artículos 1, 2 y 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LCU), de 19 de julio de 1984, existe una auténtica obligación legal, a cargo de los empresarios o profesionales que pretendan contratar con ellos, de informar de modo cierto, eficaz, objetivo y suficiente sobre las características esenciales de los bienes, productos o servicios [arts. 2.1.d) y 13.1 LCU]. La información correcta sobre los diferentes productos y servicios constituye un derecho del consumidor o usuario y, lógicamente, una obligación legal del empresario o profesional, que, sin duda, opera fundamentalmente en la fase previa a la celebración del contrato.

Del artículo 13.1 LCU se desprende una obligación precontractual del empresario o profesional de información. Este precepto, aunque contiene extremos informativos contractuales, se refiere básicamente a las informaciones previas a la celebración del contrato (98).

Las informaciones de carácter precontractual que está obligado a facilitar el empresario o profesional al consumidor o usuario, a tenor del artículo 13.1 LCU, se pueden clasificar en dos grupos: las que se refieren al objeto del contrato y las relativas a las condiciones jurídicas de adquisición del bien o de la contratación del servicio (99).

---

(97) ALONSO PÉREZ, *La responsabilidad precontractual*, cit., p. 909; BENATTI, *Culpa in contrahendo* cit., p. 297, y *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 39 ss.

GARCÍA RUBIO (*La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, cit, p. 54) considera, en cambio, que al igual que ocurre con el llamado deber de protección, resulta muy dudoso que la violación de este deber de reserva origine una verdadera responsabilidad por *culpa in contrahendo*.

(98) ORTI VALLEJO, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coordinados por R. BERCOVITZ y SALAS, Madrid, 1992, p. 405. En otro sentido, PÉREZ GARCÍA (*La información en la contratación privada*, Madrid, 1990, pp. 179 ss. y 248 ss.) estima que la información precontractual no aparece regulada en el artículo 13, sino en los artículos 7 a 9 LCU. El artículo 13 regula la información en la ejecución del contrato.

(99) Sobre el objeto de la obligación precontractual de información, FABRE-MAIGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, París, 1992, pp. 122 ss.

El derecho a la información del consumidor o usuario supone que surja, en la fase de formación del contrato, una obligación precontractual del empresario o profesional de conocer las características del bien, producto o servicio que constituye el objeto del contrato. Surge la obligación de informarse para informar (100).

Esta obligación se fundamenta en la desigualdad de información de las partes. Esta desigualdad confiere a una de ellas una ventaja tal que el equilibrio del contrato es falso. El consentimiento de las partes no es entonces el instrumento válido de la justicia conmutativa (101).

El desequilibrio en las relaciones entre profesionales y consumidores se explica en buena medida por la desigualdad de información: los profesionales conocen los bienes y servicios puestos en el mercado, mientras que los consumidores, en su mayoría, son incapaces de juzgar por adelantado, de comparar entre ellos. El derecho a la información se ha convertido en uno de los temas fundamentales de toda política de defensa de los consumidores. Mejor informados, los consumidores podrán elegir mejor (102).

La única manera de equilibrar las posiciones del empresario o profesional y del consumidor es obligando al empresario o profesional a que previamente a la conclusión del contrato informe convenientemente al consumidor sobre las características del bien o servicio.

En relación con la compraventa y el arrendamiento de viviendas, el Real Decreto de 21 de abril de 1989 disciplina ampliamente la obligación legal de los vendedores o arrendadores de viviendas que actúen en el marco de una actividad empresarial o profesional de informar a los consumidores, debiendo tener a disposición del público, y en su caso de las autoridades competentes, una completa información sobre la vivienda que se pretende vender o arrendar (103).

Cuando exista un defecto de información precontractual, en la medida en que ésta persigue la protección del consentimiento del consumidor o usuario (104), la consecuencia a aplicar ha de ser la de permitirle anular el contrato celebrado, puesto que el consentimiento se ha prestado sobre la base de una realidad distinta a la que la información reflejaba. No obstan-

---

(100) GHESTIN, *Traité de Droit civil. La formation du contrat*, cit., pp. 616 ss.; FABRE-MAIGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, cit., pp. 190 ss.

(101) GHESTIN, *Traité de Droit civil. La formation du contrat*, cit., p. 615, y *L'obligation précontractuelle de renseignements en Droit français*, cit., p. 176.

(102) CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation* París, 1992, p. 33.

(103) Sobre este Real Decreto, CABANILLAS, *La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales* (en prensa).

(104) GHESTIN, *Traité de Droit civil. La formation du contrat*, cit., pp. 614 y 647 ss., y *L'obligation précontractuelle de renseignements en Droit français*, cit., pp. 175-176, FABRE-MAIGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, cit., pp. 288 ss.

te, el consumidor o usuario sólo podrá anular el contrato si el defecto de información ha determinado su consentimiento, existiendo error (art. 1.266 CC) o dolo (arts. 1.269 y 1.270 CC).

También hay que subrayar que el artículo 13.1 LCU impone una obligación legal de información al empresario o profesional, por lo que si la información facilitada sobre las características esenciales del bien, producto o servicio es insuficiente o inexacta, el consumidor o usuario podrá invocar el incumplimiento del empresario o profesional, que originará la responsabilidad del mismo, con la obligación de indemnizar todos los daños y perjuicios que el defecto de información haya producido al consumidor o usuario, de acuerdo con los artículos 1.101 y siguientes del CC (105).

## XII. CONCLUSIONES

1.<sup>a</sup> A través de la responsabilidad precontractual se ha generalizado la exigencia de que las partes, en el desenvolvimiento de los tratos y en la formación del contrato, deben comportarse de acuerdo con la buena fe. La responsabilidad precontractual es la respuesta que el Ordenamiento jurídico da a la infracción de los deberes de información, lealtad y diligencia que impone la buena fe en el período de formación del contrato.

2.<sup>a</sup> La heterogeneidad de casos que se enmarcan dentro de la responsabilidad precontractual determina que sea preciso analizar cada uno de ellos para configurar su régimen jurídico y, en consecuencia, precisar su fundamento normativo. Por ello la obligación resarcitoria no admite un único e indiscutible encasillamiento; permite, sin duda, la ubicación extracontractual, pero en no pocas ocasiones encuentra encaje en el marco contractual.

3.<sup>a</sup> Ante la heterogeneidad de los casos de responsabilidad precontractual, no es oportuno sentar una regla general que no admite excepciones, de acuerdo con la cual la indemnización de los daños no puede sobrepasar en ningún caso el límite del interés negativo.

4.<sup>a</sup> La responsabilidad precontractual no procede sólo cuando el contrato no se ha celebrado, es decir, cuando ha tenido lugar una ruptura injustificada de las negociaciones, sino también cuando el contrato es inválido e incluso cuando éste es válido si en su celebración una de las partes ha incumplido especiales deberes de conducta derivados de la buena fe *in contrahendo*, que son fundamentalmente deberes de información, ocasio-

---

(105) Sobre la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de una obligación precontractual de información, un amplio análisis por FABRE-MAIGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, cit., pp. 473 ss.

nándose de esta manera un daño a la otra parte. Es dudoso que surja la responsabilidad precontractual por incumplimiento de deberes de protección, de custodia o de secreto, militando en favor del enjuiciamiento de estos casos desde la perspectiva de la responsabilidad precontractual que la misma no ha de circunscribirse necesariamente a los conflictos derivados de lo que podríamos denominar configuración estructural del futuro contrato.

5.<sup>a</sup> El derecho a la información del consumidor o usuario supone que aparezca, por imperativo de la LCU, en la fase de formación del contrato una obligación precontractual del empresario o profesional de conocer las características del bien, producto o servicio que constituye el objeto del contrato, de tal manera que surge el deber de indemnizar todos los daños y perjuicios que el defecto de información haya producido al consumidor o usuario.

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ  
Catedrático de Derecho Civil  
de la Universidad de Alicante

# Marco jurídico del uso del agua en los regadíos españoles

**SUMARIO:** I. PRECEDENTES LEGALES MAS SIGNIFICATIVOS: 1. TRANSICIÓN DEL SIGLO XVIII AL XIX. 2. LEYES DE AGUAS DE 1866 Y 1879. 3. TRANSICIÓN DEL SIGLO XIX AL XX. 4. SIGLO XX.—II. LEY DE AGUAS DE 1985 Y SUS REGLAMENTOS.—III. EL USO DEL AGUA PARA RIEGO EN LA LEGISLACION DE REFORMA DE ESTRUCTURAS AGRARIAS: 1. LEGISLACIÓN ESTATAL: A) Zonas de transformación de secano en regadíos de interés general de la Nación. B) Mejora y modernización de regadíos tradicionales.—2. LEGISLACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: A) Transferencias a las Comunidades Autónomas en materia de regadíos. B) Legislación de transformaciones en regadío de interés general de las Comunidades Autónomas. C) Legislación autonómica sobre el uso del agua para riegos. D) Legislación autonómica sobre mejora y modernización de regadíos. E) Normas relativas a reducción de superficies regables por razones ambientales.—IV. ANTEPROYECTO DE LEY DEL PLAN HIDROLOGICO NACIONAL: 1. OBJETIVOS FUNDAMENTALES DEL PLAN HIDROLÓGICO NACIONAL. 2. PREVISIONES DEL PLAN HIDROLÓGICO NACIONAL EN MATERIA DE REGADÍOS. 3. REGADÍOS CON AGUAS SUBTERRÁNEAS DE ACUÍFEROS SOBREEXPLOTADOS. 4. LA PLANIFICACIÓN NACIONAL DE LAS NUEVAS TRANSFORMACIONES EN REGADÍO. 5. LA MODERNIZACIÓN Y MEJORA DE REGADÍOS EN EL PLAN HIDROLÓGICO NACIONAL. 6. LA INTERRELACIÓN DE LOS FINES U OBJETIVOS DE LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA Y SU REPERCUSIÓN EN LA POLÍTICA DE REGADÍOS NACIONAL.—V. MEDIDAS DE DESARROLLO, APLICACION Y ADECUACION DE LA LEGISLACION DEL USO DEL AGUA EN RIEGO: 1. DESARROLLO DE LOS ARTÍCULOS 101 Y 102 DE LA LEY DE AGUAS: REUTILIZACIONES DE AGUAS DEPURADAS Y AUXILIOS DEL ESTADO. 2. REVISIÓN DE LAS CONCESIONES. 3. MEJORA Y MODERNIZACIÓN DE REGADÍOS TRADICIONALES CON CRITERIOS DE ORDENACIÓN INTEGRAL DEL TERRITORIO Y DE LOS RECURSOS DE AGUA Y SUELOS. 4. POSIBILIDAD Y CONVENIENCIA DE TRANSFERIR LA EXPLOTACIÓN DE ZONAS REGABLES A LAS COMUNIDADES Y SINDICATOS DE RIEGO.

*Siglas: A. de L. del PHN: Anteproyecto de Ley del Plan Hidrológico Nacional. CC.AA.: Comunidades Autónomas. LA: Ley de Aguas. RDPH: Reglamento del Dominio Público Hidráulico. TC: Tribunal Constitucional.*

## I. PRECEDENTES LEGALES MAS SIGNIFICATIVOS

Si el análisis de cualquier cuestión algo compleja requiere plantearla con un mínimo de perspectiva histórica, el de la utilización del agua para riego en nuestro país no puede llevarse a cabo sin recordar nuestra reciente historia legislativa sobre la materia. PALMA FERNÁNDEZ (1) ha expuesto, recientemente, el contraste existente entre la reforma legislativa agraria de los finales de los siglos XVIII y XIX y el tránsito legislativo reformista del siglo XX al XXI; si esta comparación la referimos exclusivamente al regadío, el cambio puede resultarnos más llamativo incluso que el de la reforma legislativa agraria en general.

### 1. TRANSICIÓN DEL SIGLO XVIII AL XIX

En la transición del siglo XVIII al XIX, una personalidad tan representativa de la Ilustración como JOVELLANOS, en su Informe en el Expediente de la Ley Agraria, puso de relieve que la ampliación del regadío en el campo español era tan necesaria como difícil: *la necesidad provenía* de que el clima de España es, en general, ardiente y seco, por lo que es grande el número de tierras que, por falta de riego, no producen cosa alguna o sólo proporcionan algún escaso pasto; *la dificultad residía* en que, salvo en algunos felices territorios donde la implantación del regadío resultaba bastante accesible, el riego no se podría lograr sino al favor de grandes y muy costosas obras.

Fue unos años más tarde cuando aparecieron las primeras disposiciones sobre Sindicatos de riego. El Real Decreto de 10 de junio de 1847 disolvió el establecimiento conocido con el nombre de Empresa Lorca, creando para sustituirle un Sindicato de Riegos que fue regulado por varias disposiciones posteriores, de 1848 a 1854. Inmediatamente después se dictaron numerosas Reales Ordenes aprobando los respectivos Reglamentos de otros muchos Sindicatos de Riegos, como las de 30 de junio de 1849 para la huerta de Alicante y la acequia de Tauste y la de 29 de diciembre de 1951 para la Vega de Almería (2).

---

(1) PALMA FERNÁNDEZ, J. L., «Tres finales de siglo de reforma legislativa agraria», *Rev. La Ley*, 15 de febrero de 1994.

(2) Por otra parte, el Real Decreto de 27 de octubre de 1848 declaró subsistentes los Juzgados privativos de riego de Valencia, Murcia y cualesquiera otros ya establecidos, remitiéndose, para deslindar sus competencias, a lo dispuesto para el sindicato de Lorca en el Real Decreto de 10 de junio de 1847, en el que se distinguieron las cuestiones de hecho que se suscitaban entre los interesados en los riegos y que serían resueltas de plano por el Tribunal de Aguas, las relativas al cumplimiento de las Orde-

## 2. LEYES DE AGUAS DE 1866 Y 1879

En los años que precedieron a la elaboración de la Ley de Aguas de 1866 se publicaron una serie de obras de un interés extraordinario, que JORDANA DE POZAS reunió, en 1923, en su Ensayo de una bibliografía española de aguas y riegos. Autores tan conocidos, de esta época, como ARDANAR, AREITIO, BORRULL, FRANQUET, LLAURADO, ROCA DE TOGORES, CONDE DE SASTAGO, e instituciones tan representativas como las diversas Sociedades Económicas de Amigos del País, redactaron trabajos, memorias y proyectos que culminaron con la creación de la Comisión ministerial que había de redactar el Proyecto de Ley de Aguas, por Real Decreto de 27 de abril de 1859. La Comisión concluyó su tarea más importante el 20 de diciembre de 1861 y en ese mismo día se encargó a RODRÍGUEZ DE CEPEDA que, como vocal ponente, revisase el proyecto para hacer en él las correcciones de estilo que parecieran convenientes y redactase la Exposición de Motivos que debía precederle para su presentación (3).

Aunque, salvo en la materia de aguas marítimas, que pasó a la Ley de Puertos, en las demás materias se mantuvo sustancialmente la regulación de la Ley de 1866, conviene no pasar por alto algunas disposiciones que se produjeron en ese período de 1866 a 1879 y que influyeron en la elaboración de la Ley de Aguas de 1879. Dos Decretos, de 14 de noviembre y 29 de diciembre de 1868, que aprobaban las bases generales para la nueva legislación de obras públicas y de minas, y la Ley de Canales y Pantanos de 20 de febrero de 1870, se inspiraron en principios individualistas, buscando un «ideal que —decía el preámbulo de la primera en dichas disposiciones— al fin un día llegará a realizarse en la historia, y es aquel en que, sin restricciones ni obstáculos, trabajen todas las fuerzas de la Nación, desunidas unas, libremente organizadas otras, mientras el Estado, depuestas

---

nanzas o algún acto administrativo que serían competencia del Consejo de Provincias, y las cuestiones sobre propiedad y posesión que quedaban en la jurisdicción civil. La Real Orden de 15 de marzo de 1849 reiteró la subsistencia de los Tribunales de Aguas de Tudela y Corella, que tendría que limitarse también a conocer de las cuestiones de hecho entre los inmediatamente interesados en el riego.

(3) JORDANA DE POZAS destaca también el hecho de que todos los anteproyectos que precedieron a la Ley de Aguas dimanaban de autores naturales de Valencia, Murcia o Zaragoza, regiones españolas de entre las de mayor aridez en nuestro país, cuyo Derecho e instituciones inspiraron preferentemente el nuevo texto legal. El sistema vigente en Castilla no era muy diferente del que regía en general en Europa, o sea, el sistema de aprovechamiento de los propietarios ribereños; en cambio, el régimen del Real Patrimonio del Reino de Valencia suponía que todas las aguas corrientes se sometían al control previo del Estado, y fue este sistema, que había sido ya recogido en varias disposiciones generales anteriores a la Ley de Aguas de 1866, el que terminó prevaleciendo en esta Ley y en la de 1879.

sus pretensiones de industrial, no hace ya, no impide que los demás hagan y, entre los individuos y las asociaciones, que funcionan en toda la plenitud de su autonomía, se conserva neutral para mantener derechos y administrar a todos recta e imparcial justicia» (4).

En la Ley de Canales y Pantanos de 1870, el deseo de eliminar intervencionismos administrativos llevó a establecer que se admitirían los proyectos de obras aun cuando no estuvieran firmados por Ingenieros ni Arquitectos ni otros facultativos o peritos. Además se estableció la perpetuidad de las concesiones y la libertad de las empresas concesionarias para modificar los cánones o rentas.

Las dificultades existentes para aplicar la Ley de Aguas de 1866 motivaron la creación de una Comisión encargada de redactar un Reglamento para la ejecución de la misma, pero poco después se modificó el encargo dado a esta comisión y se le confió la elaboración de un nuevo proyecto de Ley de Aguas que, ya en el marco de los principios consignados en la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, redactó la que sería Ley de Aguas de 13 de junio de 1879. Debemos recoger los que podrían considerarse sus criterios básicos, en lo que atañe en particular al desarrollo de nuestros regadíos:

A) La conjugación de la necesaria intervención administrativa en la gestión de un recurso necesario y escaso y de esa pretendida y omnimoda libertad en la ejecución de las obras de regadío que hemos visto presente en todas las disposiciones que inspiraron las Leyes de Aguas de 1866 y 1879, se procura realizar a través, sobre todo, de la regulación de las concesiones de aguas públicas para riegos. Hay algunas manifestaciones concretas del derecho de riberaneidad en los denominados aprovechamientos eventuales de los artículos 5 y siguientes, 176 y 177 de la Ley, y en las aguas subterráneas, en general privadas, la Administración se limitará a ejercer la vigilancia necesaria para que no puedan afectar a la salubridad pública ni a la seguridad de las personas y bienes (art. 227), pero en las aguas corrientes superficiales sólo cabrán los aprovechamientos comunes, que no suponen un consumo apreciable de agua, y los especiales, que,

---

(4) Este cambio de criterio motiva la derogación de 17 artículos de la Ley de Aguas de 1866 por el Decreto de 14 de noviembre de 1868, al que, lo mismo que al de 29 de diciembre del mismo año, se confería fuerza de Ley; la derogación se hacía, sin embargo, sin perjuicio de las reformas que ulteriormente se introdujeran en la Ley de Aguas y que motivaron en algunos casos el restablecimiento de las normas derogadas o el establecimiento de otras muy similares. En general, la derogación suponía levantar restricciones a las actuaciones de los particulares y, en concreto, en materia de concesiones para riegos, pretendía restar al Estado facultades de intervención; sin embargo, los tres artículos derogados en esta materia (236, 249 y 252) reaparecen literalmente, o al menos en lo sustancial, en los artículos 188, 197 y 204 de la Ley de Aguas de 1879.

aunque podrán adquirirse también por prescripción de veinte años, procederán normalmente de concesión administrativa. Las concesiones de la gran mayoría de aprovechamientos especiales de aguas públicas serán las concesiones para riego, en las que se distinguirán las otorgadas para el riego de tierra propia y las otorgadas a empresas para el riego de tierras ajenas. Las primeras se hacen a perpetuidad, tanto si son individuales como colectivas, mientras las conferidas a Empresas para regar tierras ajenas mediante el cobro de un canon, serán otorgadas por un plazo que no exceda de noventa y nueve años, transcurrido el cual las tierras quedarán libres del pago del canon y pasará a la correspondiente comunidad de regantes el dominio colectivo de las presas, acequias y demás obras exclusivamente precisas para riegos (art. 188) (5).

B) Autonomía e importancia de las comunidades de regantes. La mancomunidad de intereses a que dan lugar los aprovechamientos colectivos de aguas públicas —decía la Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 1866, mantenida en la de 1879— exige una administración común. Esta ha sido encomendada desde la más remota antigüedad a Juntas elegidas por los mismos interesados que, con la denominación de Sindicatos u otra equivalente, han cuidado de la administración de los fondos comunes y de la buena distribución de las aguas con arreglo a Ordenanzas especiales. La Comisión cree necesario, no sólo conservar esta institución, sino ampliarla, haciéndola obligatoria, siempre que el número de regantes exceda de 50. Después la Ley de 1879, en su artículo 228, estableció la formación necesaria de una comunidad de regantes cuando el número de éstos llegase a 20 y no bajase de 200 el de hectáreas regables, o cuando, a juicio del Gobernador de la provincia, lo exigiesen los intereses de la agricultura.

La autonomía de las comunidades de regantes se manifiesta en que, tal como dispone el artículo 231 de la Ley, formarán las ordenanzas de riego, con arreglo a las bases establecidas en la Ley, sometiéndolas a la aprobación del Gobierno, quien no podrá negarla ni introducir variaciones sin oír sobre ello al Consejo de Estado. Y su importancia para el desarrollo de los

---

(5) El artículo 194 estableció una serie de beneficios para las empresas de canales de riego, como la facultad de abrir canteras y construir hornos de cal, yeso y ladrillo o la exención de los derechos por traslaciones de dominio en virtud de expropiación y de contribuciones a los capitales que se inviertan en las obras. El artículo 179 estableció que las empresas tendrían derecho a adquirir los terrenos cuyos dueños rehusasen el abono del canon, por el valor en seco y con sujeción a las prescripciones de la Ley y Reglamento de Expropiación Forzosa. Y el artículo 198 dispuso que se podría conceder a las mismas empresas de construcción dos canales de riego por vía de auxilio y durante un período de cinco a diez años, el importe del aumento de contribución que se tenía que imponer a los dueños de las tierras después de los diez primeros años en que fueran regadas.

regadíos en nuestro país, ya con anterioridad a la Ley de 1879 y, especialmente, a partir de esta Ley y de las que algo más tarde regularán los auxilios técnicos y económicos para las transformaciones y mejoras de tierras regables, es un hecho notorio, sobre todo como peticionarias y beneficiarias de esas transformaciones o mejoras, recabando la actuación del Ministerio de Fomento y de los Servicios y Organismos Hidráulicos que de él dependan.

C) Insuficiencia de estas normas para el desarrollo de los regadíos. El sistema establecido, de fomento de comunidades de regantes y de auxilios a las mismas, no bastó para incentivar suficientemente a los particulares en la promoción de los regadíos. La Ley de 27 de julio de 1889, con objeto de estimular los riegos, dictó reglas para la concesión de auxilios a las empresas constructoras de canales y pantanos de interés público, pero la respuesta no fue la esperada.

### 3. TRANSICIÓN DEL SIGLO XIX AL SIGLO XX

Esta falta de respuesta de la iniciativa privada fue objeto de denuncia por el movimiento regeneracionista. Comentaba LLAURADO (6) que en el período de dieciséis años, que mediaba entre 1856 y 1872, se habían solicitado 135 autorizaciones para practicar estudios de canales de riego, sin que constase que se hubieran presentado a la aprobación los respectivos proyectos; otra multitud de concesiones dieron un paso más y quedaron en proyecto; pocas habían pasado a la categoría de hechos realizados, y de las comprendidas en este último grupo, que por su magnitud hubiesen revestido cierto carácter de importancia, eran muy raras las que podían ser calificadas como negocios ventajosos para las compañías concesionarias. Y es que el interés individual —decía— lejos de ser omnipotente, como con evidente exageración pretenden algunas escuelas de economistas, tiene marcada una esfera propia, cuyos límites no puede salvar, sin que se lance a los espacios de la ilusión, para estrellarse contra el desengaño y la ruina (7).

---

(6) LLAURADO, A., *Tratado de aguas y de riegos*. Madrid, 1878

(7) ALZOLA, en 1899, calculaba que se necesitarían 480 millones de pesetas para extender el riego a 1.600.000 hectáreas que se podrían regar en la Península, además de unas 900.000 que ya se regaban. Pero las diversas monografías sobre acequias y pantanos insertas en las estadísticas de Obras Públicas demostraban la escasa o ninguna remuneración que, por regla general, habían alcanzado las grandes empresas de riegos, hecho demostrado anteriormente por la Junta Consultiva de Caminos en sus datos históricos acerca de todos los pantanos construidos en España. En cambio, producían grandes beneficios al Estado por la multiplicación de la riqueza y el aumento consiguiente del importe de las contribuciones. Por esto consideraba que se había entrado por el buen camino al auxiliar esta clase de obras y afirmaba: «¡Cuán distinta sería la situación del país si, como decía Jovellanos un siglo ha, se hubieran empleado en el

La necesidad de aumentar las superficies regadas en la España seca y el lento y trabajoso avance de las grandes obras de riego, confiadas a empresas privadas —comenta DÍAZ-MARTA— (8), figuran entre los principales motivos de las campañas de Joaquín Costa en favor de la activación de esas obras directamente por el Estado (9). En 1896 se dictó la Ley necesaria para costear las obras del Canal de Aragón y Cataluña y el Estado asumió la prosecución de las mismas. Una parte de la zona pudo ser inaugurada por Alfonso XIII en 1906, pero hasta mediados de este siglo no se cumplió el sueño de Costa de ver terminadas las obras.

Los argumentos esgrimidos por Costa fueron produciendo sus frutos. En 1880 decía: Es evidente que no se desarrollarán los alumbramientos, las perforaciones, las canalizaciones y los embalses mientras el Gobierno no se persuada de cuán apremiante es su necesidad y cuán impotente la iniciativa individual para resolverla. El Estado —añadía— tiene que estimular la acción individual y, si esto no basta, realizar por sí la construcción de los canales. Citaba las ayudas económicas otorgadas a los concesionarios por disposiciones de 1849, 1855, 1870 y 1882, y refiriéndose a esta última, por la que se concedieron a la Sociedad del Canal de Urgel los beneficios de

---

fomento de la riqueza los capitales inmensos malbaratados en guerras tan estériles como desastrosas!», para terminar proponiendo que el Gobierno español tomase en lo sucesivo una parte más activa en el desarrollo de los riegos; para ello era menester reformar las Divisiones Hidrológicas a fin de que se facilitase la acción de la iniciativa privada, preparando los proyectos cuya realización pudiera encomendarse a los propietarios interesados, y los de mayor vuelo debían también promoverse mediante estudios concienzudos formulados por los ingenieros del Estado. LLAURADO, por su parte, consideraba que las empresas de riego debían agruparse en dos categorías distintas: los riegos realizables por el interés privado, individual o colectivo, y las empresas sólo asequibles al Estado. La actividad privada sería económicamente posible para llevar los proyectos de riego al terreno de los hechos siempre que con los productos del canon impuesto a los regantes y con los demás ingresos directos que con la cesión de las aguas percibiera la empresa pudiera ésta hacer frente a sus gastos anuales de explotación del negocio y reembolsar el tanto por ciento de interés y amortización del capital invertido en las obras. Los proyectos que no satisficieran estas condiciones eran necesariamente ruinosos para el interés privado y tendrían que ser realizados por el Estado

(8) Cf. DÍAZ-MARTA PINILLA, M., «Esquema histórico de la ingeniería y la gestión del agua en España», *OP*, núm. 13, otoño 1989.

(9) Como ejemplo de la ineficacia de la libre empresa para llevar adelante dichos trabajos, Costa solía citar en sus discursos el canal de Tamarite de Litera: su construcción se concedió por Real Decreto, en 1831, a los señores Gassó, Sagristá y Mercader, pero en 1843 el regente Espartero, en vista de que las obras no comenzaban, dispuso la celebración de un nuevo contrato. En 1866, tras un litigio de más de treinta años con la compañía, se modificó la cesión anterior, otorgando a sus beneficiarios el derecho a tomar un caudal mínimo de 35 metros cúbicos de los ríos Esera y Cinca, obligando a la sociedad a terminar las obras en diez años. Estas comenzaron en 1874, pero años más tarde estaban de nuevo paradas. En 1877 la concesión del canal, rebautizado como Canal de Aragón y Cataluña, fue adquirida por la Catalana General de Crédito, la cual consiguió una nueva concesión, que en 1889 se declaró definitivamente caduca.

la Ley de Canales y Pantanos de 1879, afirmaba en 1891: van corridos nueve años y tampoco se han construido canales. Consideraba también la diferencia entre los riegos y otras empresas. al paso que las minas encuentran quien las beneficie directamente, sin aguardar estímulos por parte del Estado, con el riego no pasa lo mismo; no hay todavía quien se preste a construir los pantanos que han de suministrarlo y sin los cuales toda la agricultura nacional y todo progreso son imposibles en España. Los ferrocarriles producen desde el primer día, mientras que los canales requieren un cierto número de años para dar un producto remunerador.

En los años 1898 y 1899 la política de Joaquín Costa —comenta DÍAZ-MARTA— (10) logró amplio apoyo nacional y fue asumida por el Cuerpo de Ingenieros de Caminos que presentó un Avance de Plan de Canales y Pantanos de Riego. Por el mismo tiempo, Rafael Gasset, director de *El Imparcial*, realizó una campaña favorable a esa política, bien acogida por la opinión, y Silvela, en 1900, le ofreció el Ministerio de Fomento. El será quien, unos años más tarde, pero ya en el siglo xx, promoverá la Ley conocida precisamente como Ley Gasset, de 7 de julio de 1911, que supuso un importante impulso para la ejecución del Plan de obras hidráulicas de 1902, en el que se incluían 296 obras para regar millón y medio de hectáreas. Sin embargo, sólo se acometieron algunas obras notables como los pantanos de Guadalcaçín y Guadalmellato, los riegos del Canal de Castilla, los canales del Valle Inferior del Guadalquivir y el pantano de Gasset. Los trabajos emprendidos por el Gobierno —añade DÍAZ-MARTA— (11) se hacían a ritmo lento, dominaba la apatía de los organismos encargados de realizarlos, con algunas excepciones en Levante, el Valle del Ebro y otras comarcas con tradición de riego. Algunas obras se demoraban tanto que los empleados se consideraban vitalicios y temían que llegara su fin.

#### 4. SIGLO XX

La relevancia de la legislación decimonónica y, concretamente, de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, en el desarrollo de los regadíos de nuestro país, se puede concretar en el hecho de que con esta legislación se consiguió sentar las bases de una ordenación de los aprovechamientos colectivos de las aguas superficiales y de una gestión, desconcentrada y participativa, de los mismos aprovechamientos, fundamentalmente a través de las comunidades de regantes.

Las principales limitaciones para esa gestión derivaron de la falta de

---

(10) *Ob. cit*

(11) *Ob. cit*

respuesta de la iniciativa privada para emprender las obras y de las dificultades de orden hidráulico e ingenieril que presentaban las propias obras. La reforma administrativa, con la creación de las Confederaciones Hidrográficas y, más tarde, del Instituto Nacional de Colonización; la asunción por el Estado, no sólo de las obras de regulación y conducción del agua, sino incluso de las de distribución y transformación en regadío; y los avances técnicos tan importantes alcanzados más tarde, contribuyeron a superar esas limitaciones, consiguiendo un desarrollo espectacular de los regadíos españoles no exento, desafortunadamente, de otros problemas, derivados en parte de una aplicación poco acertada de la legislación (sobre todo en materia de aguas subterránea y de calidad del agua) y de un uso inadecuado de las mismas nuevas técnicas que propiciaron ese desarrollo.

## II. LEY DE AGUAS DE 1985 Y SUS REGLAMENTOS

Posiblemente la mayor insuficiencia de las disposiciones de la Ley de Aguas de 1879 estuvo en la regulación legal de las aguas subterráneas (12), sin que, por otra parte, la actuación de la Administración (13) contribuyera

---

(12) Cuando se promulgó la Ley de Aguas de 1879, la importancia de las aguas subterráneas respecto del conjunto de los recursos hídricos disponibles era mínima y la posición de la Ley fue la de fomentar la explotación de estos recursos del subsuelo, considerándolos privados en su gran mayoría y dejando su gestión al arbitrio de los particulares, con la sola intervención administrativa resultante de un extraño interdicto administrativo (confiado a los Alcaldes y supervisado por los Gobernadores civiles) que sólo resulta explicable desde los erróneos conceptos hidrogeológicos que todavía entonces eran dominantes (ríos de agua ocultos, venas o vetas de agua subterránea). El mantenimiento de estos criterios hidrogeológicos equivocados, inspiradores de soluciones inadecuadas, unido al hecho de que los grandes avances tecnológicos logrados posibilitaron la extracción exorbitante de las aguas del subsuelo, dieron lugar a una explotación incontrolada de los acuíferos muchas veces más necesarios por ser la fuente casi única de recursos hídricos de algunas comarcas de la España peninsular y de los dos archipiélagos, canario y balear.

(13) En última instancia, la situación que se creó fue debida a las diferentes posiciones mantenidas por las Administraciones que eran competentes para otorgar, respectivamente, las autorizaciones de alumbramiento de aguas subterráneas y las concesiones de aguas superficiales. El Ministerio de Industria (salvo el Instituto Geológico y Minero de España, que aunque dependía de este Ministerio adoptó pronto la postura de racionalizar la explotación de los acuíferos desde la perspectiva de embalses subterráneos que debían estar gestionados como sistemas unitarios) autorizaba las captaciones de aguas subterráneas sin tener prácticamente en cuenta las reservas y recargas de cada sistema, procediendo de hecho como si fueran inagotables; el aprovechamiento de las aguas del subsuelo era un asunto privado, eran los particulares los que asumían el riesgo de su hallazgo y, en compensación, a ellos se les atribuía la plena disponibilidad de las mismas, permaneciendo al margen la Administración que hubiera otorgado la autorización para alumbrarlas, salvo su posible intervención para asesorar en la tramitación del

a remediar, mediante una interpretación y aplicación de las normas ajustadas a los nuevos conocimientos de la realidad hidrogeológica española, los problemas que se fueron presentando en relación con el aprovechamiento de los recursos hídricos del subsuelo, particularmente en las zonas o comarcas donde los superficiales eran escasos y se explotaron los subterráneos sin adoptar las medidas racionales de aprovechamiento, necesarias para evitar la sobreexplotación. Por ello, el perfeccionamiento de la regulación legal de las aguas subterráneas, considerándolas integradas con las superficiales en el ciclo hidrológico (art. 1.2) y declarando que los acuíferos subterráneos forman parte del dominio público hidráulico [art. 2.ºd)], fue una de las primordiales preocupaciones de la Ley de Aguas de 1985 (14).

---

interdicto regulado en el famoso artículo 23 o informar a los Tribunales si llegaba hasta ellos una cuestión de afección entre captaciones. En cambio, el Ministerio de Obras Públicas tenía otra preocupación en relación con este mismo artículo 23 de la LA de 1879, interpretándolo en el sentido de que debían limitarse los alumbramientos de aguas subterráneas porque afectaban a los aprovechamientos de las superficiales, de la exclusiva competencia de este Ministerio y de las Confederaciones Hidrográficas y Comisaría de Aguas; la atribución (por accesión o por ocupación) de las aguas subterráneas debía quedar condicionada a que la captación de las mismas no distrajera, apartase o mermase aguas públicas o privadas de su corriente natural, de modo que debían suspenderse las obras de captación siempre que las aguas afectadas estuvieran destinadas a un servicio público o a un aprovechamiento privado preexistente con derechos legítimamente adquiridos; no era tampoco una visión global y unitaria de las aguas superficiales y subterráneas y una actitud de gestión integral de unas y otras, sino más bien la defensa de las primeras la que motivaba la pretendida supeditación de los aprovechamientos de las del subsuelo a los de las que discurren en superficie. Por otra parte, la obra de colonización, tanto la llevada a cabo en algunas zonas regables que se establecieron con aguas subterráneas como la de concesión de auxilios técnicos y económicos a particulares para el fomento de regadíos en actuaciones de colonización de interés local no se inspiró siempre en una concepción hidrogeológica actualizada y preocupada por la racionalización de la explotación de los acuíferos. Los efectos derivados de la ausencia de criterios hidrogeológicos adecuados en el control administrativo de las aguas subterráneas no son perceptibles en muchas regiones de nuestro país, abundantes en recursos y con un desarrollo de regadío paulatino, pero en aquellas regiones donde los recursos son escasos y en las que el regadío constituye la única posibilidad de cultivar la tierra con un rendimiento adecuado ha contribuido a producir una sobreexplotación muchas veces galopante e irreversible sin la aportación de recursos hídricos foráneos

(14) No es de este lugar el análisis de los demás preceptos de la Ley de Aguas de 1985 relativos a las aguas subterráneas que, sin duda, responden a esta concepción del acuífero como embalse subterráneo y como unidad de dichas aguas. Para observar el profundo cambio producido en este aspecto, basta comparar la antigua regulación de las denominadas distancias áticas y de la afección entre perforaciones conforme al artículo 23 de la LA de 1879 y la contenida en el artículo 68 de la Ley de 1985, desarrollado por el artículo 184 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico. Con la aplicación de esta nueva regulación legal, los conflictos entre distintos aprovechamientos de las mismas se tendrán que resolver preferentemente conforme al principio de comunidad o solidaridad —sobre el de prioridad anterior— y, consiguientemente, lo fundamental será la planificación y la explotación conjunta de las extracciones de un mismo acuífero,

En las materias de concesiones de aguas para riego y de comunidades de regantes, se mantiene en la Ley de Aguas de 1985 lo fundamental de la de 1879. El riego continúa siendo el uso preferente del agua en el orden de las concesiones, después del abastecimiento de poblaciones y sin perjuicio de lo dispuesto al respecto en el correspondiente plan hidrológico de cuenca, para toda ella o para parte de la misma; es cierto que se reduce a un máximo de 75 años el plazo de la concesión que ya había quedado fijado en un máximo de 99 años por la Ley del Patrimonio del Estado de 1964 al derogar la perpetuidad establecida en el artículo 188 de la Ley de 1879, pero el artículo 51.3 de la nueva Ley dispone que se podrá obtener una nueva concesión cuando el destino dado a las aguas ya concedidas fuese el riego y, siempre que a ello no se opusiere el Plan Hidrológico Nacional, se tramitará el expediente excluyendo el trámite de proyectos en competencia.

En cuanto a las comunidades de regantes, se declara por primera vez que son Corporaciones de Derecho Público, se extiende su regulación a todos los demás usos del agua, se regula la adaptación de sus ordenanzas a los principios constitucionales de representatividad y estructura democrática, se les dota de algunas funciones administrativas (vía de apremio e imposición de servidumbres), se regula la resolución de conflictos entre ellas y los recursos planteables contra los acuerdos de sus órganos colegiados y se dispone que vendrán obligadas a realizar las obras e instalaciones que la Administración les ordene a fin de evitar el mal uso del agua o el deterioro del dominio público hidráulico, pudiendo suspenderse el uso del agua hasta que aquellas se realicen (art. 75.3 LA), si bien cuando los gastos superen el 75 por 100 del presupuesto ordinario de las obras de la comunidad, el Organismo de cuenca, de oficio o a instancia de la misma, podrá prestar las ayudas técnicas y financieras pertinentes, de acuerdo con el ordenamiento jurídico (art. 211.2 del RDPH).

Pero la verdadera novedad de la LA de 1985, la más importante, en la que se centra toda la actuación administrativa relacionada con el agua y con sus diferentes usos, es la planificación hidrológica. En relación con el uso concreto de agua para riego, el artículo 40.f) de la Ley de 1985 dispone que los Planes Hidrológicos de cuenca comprenderán obligatoriamente «las normas básicas sobre mejoras y transformaciones en regadío que aseguren el mejor aprovechamiento del conjunto de recursos hidráulicos y terrenos disponibles», y el artículo 81 del Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica lo desarrolla diciendo que esas normas básicas incluirán los métodos de riego más adecuados para los

---

mientras que la afección entre captaciones constituirá un aspecto parcial —e, incluso, ocasional o circunstancial— de esta ordenación global de cada embalse subterráneo.

distintos tipos de climas, tierras y cultivos, las dotaciones de agua necesarias para las diversas alternativas y las condiciones de drenaje exigibles. Incluirán asimismo las condiciones para reutilización de aguas para riego y cualquier otra que sea precisa para asegurar el mejor aprovechamiento y conservación del conjunto de recursos hidráulicos y tierras. Se fijarán, en su caso, las adaptaciones a introducir tanto por la Administración como por los particulares en las realizaciones existentes para lograr la racional utilización de dichos recursos naturales. Con el grado de definición que sea posible en el momento de redactar el Plan, se incluirán en el mismo la delimitación y características generales de aquellas transformaciones en regadío que por su interés socioeconómico o por cualquier otra circunstancia hayan de ser realizadas por las Administraciones del Estado o de las CC.AA. Y la STC 227/1988 [Fundamento 20.e)] estima justificado lo dispuesto en el artículo 40.f) de LA siempre que las normas básicas a que alude se propongan estrictamente el logro de un mejor o más racional aprovechamiento de las aguas continentales, como recurso económico esencial, y no se extiendan a otras prescripciones sobre la política agrícola.

### III. EL USO DE AGUA PARA RIEGO EN LA LEGISLACION DE REFORMA DE ESTRUCTURAS AGRARIAS

Junto al proceso de reforma de la legislación de aguas que acabamos de analizar, se ha ido produciendo en nuestro país un proceso paralelo de reforma de la legislación de estructuras agrarias que, en lo que respecta a las estructuras de regadío y en relación con el tema que nos ocupa del uso del agua para riego, ha respondido, como es lógico, a planteamientos similares a los que hemos visto intentaba responder la legislación de aguas. Así, sería posible explicar, como una prolongación del movimiento regeneracionista y de la concepción de política hidráulica mantenida por Costa al propugnar la intervención y financiación estatales para suplir la falta de iniciativa privada, la creación del Instituto Nacional de Colonización primero y del IRYDA después, y la encomienda de actuaciones de fomento del regadío que se fue haciendo a estos Organismos conforme a la legislación de grandes zonas regables de interés nacional primero, y, más tarde, de acuerdo con la legislación de reforma y desarrollo agrario y con las previsiones de los planes de desarrollo económico-social promulgados a partir de 1964 (15).

---

(15) Un resumen de esta actuación puede verse en el trabajo de BOSQUE MAUREL, J., «Del INC al IRYDA: Análisis de los resultados obtenidos por la política de colonización posterior a la guerra civil», *Revista Agricultura y Sociedad*, núm. 32 (julio-

Desde estos planteamientos de fomento del regadío con intervención de las Administraciones Públicas del Agua y de Reforma de Estructuras Agrarias, en los que predominaban criterios económicos no exentos de alguna proyección social, hemos pasado a una política estructural agraria de la Unión Europea en cuyo marco han de encuadrarse los objetivos de la Administración en materia de riegos, lo que llevará aparejada una preferente atención a las exigencias y condicionantes medioambientales, quedando en segundo plano la finalidad de intensificación de las producciones que hasta ahora habían sido la justificación más importante para realizar las transformaciones de zonas regables, puesto que el incremento de la producción genera incremento de excedentes (al no producirse aumento de la demanda), sin mejorar, por otra parte, las rentas del mundo rural (16).

Deberemos analizar, desde esta nueva perspectiva, la legislación agraria —estatal y autonómica— relativa a los usos del agua en riego, distinguiendo los diferentes tipos de regadío o la finalidad específica que esa legislación persigue en cada caso.

## 1. LEGISLACIÓN ESTATAL

### A) *Zonas de transformación de secano en regadío de interés general de la Nación*

La publicación de la Ley de Bases para la colonización de grandes zonas de 25 de diciembre de 1939 y la fundación del INC en este mismo año,

---

septiembre 1984), pp. 153-191, en especial pp. 172 y ss. En la misma revista (pp 289-345) se ofrece bibliografía muy amplia sobre la historia y evolución de la colonización agraria en España. También se recogen estudios sobre la materia en *Hitos históricos de los regadíos españoles*, MAPA, Madrid, 1992.

(16) La PAC —dice SEGURA GRAIÑO, R., en «El futuro de los regadíos en Castilla y León», *Revista Agricultura*, junio 1993, p. 640— no puede, ni debe, parar por vía coercitiva nuestros procesos de transformación, pues en los últimos años el riego se está extendiendo en otros países comunitarios como en Francia, Grecia e Italia a un ritmo relevante para garantizar explotaciones social y económicamente viables y permitir la introducción de cultivos alternativos no excedentarios. Las reformas y directrices de la PAC —comenta BRU RONDA, C., en *Los recursos de agua, aprovechamiento y economía en la provincia de Alicante*, Alicante, 1993, p. 628—, mal que nos pese, fijan la prioridad de lograr una agricultura sostenida que no aumente la producción agrícola, pero que sea rentable y que persiga la mejora de la calidad medioambiental del entorno rural. Una agricultura sin creación de excedentes y basada en proyectos de rehabilitación de los regadíos actualmente en explotación y de nuevas transformaciones que permitan rentabilizar las inversiones en infraestructuras hidráulicas ya realizadas y que solamente acometa proyectos cuya viabilidad técnica, socioeconómica y ambiental esté sólidamente fundada.

inician la labor del mismo que, al principio, incide escasamente en el regadío, siendo la Ley sobre Colaboración y Distribución de la Propiedad de las Zonas Regables de 21 de abril de 1949 la que impulsa esta actividad que se incrementa notablemente en las dos décadas siguientes y empieza a decrecer en la de los setenta, si bien aumenta entonces la superficie de riego transformada por la iniciativa privada, con ayudas crediticias y subvenciones otorgadas por el ya creado IRYDA.

El Decreto de 5 de febrero de 1954 había dispuesto que sería preceptivo el informe del Ministerio de Agricultura en los expedientes que tramitara el de Obras Públicas relativos a la delimitación de zonas regables correspondientes a obras hidráulicas que hubieran de ser incluidas en el Plan General de Obras Públicas. La transformación en sí de las zonas regables se llevará a cabo como actuación conjunta del Ministerio de Agricultura (a través del INC y del IRYDA) y del Ministerio de Obras Públicas (a través de las Confederaciones Hidrográficas), mediante los Planes Generales de Transformación y los Planes Coordinados de Obras, siendo sustituido el IRYDA por las Administraciones de las CC.AA. a partir de las transferencias a éstas, ya en la década de los ochenta.

La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, texto aprobado por Decreto 118/1973, de 12 de enero, al refundir la legislación de colonización de grandes zonas y de concentración parcelaria, fundamentalmente, reguló las grandes transformaciones agrarias de nuestro país. El cumplimiento de la función social de la propiedad de fincas rústicas obliga, entre otras cosas, a que se realicen las transformaciones y mejoras necesarias para conseguir la más adecuada explotación de los recursos naturales disponibles de acuerdo con el nivel técnico existente y siempre que las inversiones necesarias sean rentables desde un punto de vista económico y social [art. 2.1.b)]; y entre los fines fundamentales de la acción del Estado en relación con la reforma y desarrollo agrario, está el mejor aprovechamiento y conservación de los recursos naturales en aguas y tierras [art. 3.c)]. En su artículo 5.1.a) se refirió, entre las acciones que el Gobierno podía encomendar al IRYDA, a las transformaciones económico-sociales, por razones de interés nacional, de grandes zonas, mediante la realización de las obras que requiera el mejor aprovechamiento de las tierras y las aguas, y la creación de nuevas explotaciones agrarias, especificando en el artículo 93.2.a), entre las actuaciones de este tipo, las que se lleven a cabo en las grandes zonas regables dominadas por obras hidráulicas construidas o auxiliadas por el Estado. La calificación de una zona determinada en zona regable requería Decreto previo declarando de interés nacional su transformación económica y social y la aprobación, también por Decreto, del correspondiente Plan General (arts. 92.3 y 94.2), y comprendía: a) El conjunto de obras y trabajos necesarios para que pudiera hacerse la declaración de puesta en riego respecto de las

distintas unidades de explotación que se establecieran en cada zona, atendidas las necesidades de la economía nacional; b) El establecimiento y conservación de las unidades adecuadas, al objeto de que la propiedad privada pueda servir mejor al cumplimiento de los fines sociales, familiares e individuales; c) La atribución de las distintas unidades a quienes hayan de ser sus beneficiarios, dotando a las mismas de cuantos elementos se consideren precisos para la consecución de su máximo rendimiento, atendidas la productividad de las tierras y las circunstancias concurrentes en cada caso (art. 94.1).

En los nuevos Reales Decretos de Transformación de Zonas Regables de interés general de la Nación aparece ya la componente ambiental (17), respondiendo así a las exigencias de la política agraria comunitaria que, aunque no parezca enteramente incompatible con la continuación de las transformaciones de grandes zonas regables (18), demandará una selección de las actuaciones a emprender en el futuro y una adecuación de las mismas a las exigencias y condicionantes del medio ambiente.

#### B) *Mejora y modernización de regadíos tradicionales*

En los programas estructurales de la Secretaría General de Estructuras Agrarias se recoge como una de sus acciones principales la racionalización del uso del agua en los regadíos tradicionales, que actuará sobre 80.000 has., en un período de veinte años, en concordancia con el Plan Hidrológico

---

(17) Por ejemplo, el artículo 24 del Real Decreto 61/1994, de 21 de enero, por el que se aprueba el Plan General de Transformación de determinados sectores de la zona regable del embalse de Riaño, dispone que durante la ejecución del Plan se adoptarán las medidas necesarias para la corrección de las afecciones medioambientales que, en su caso, pueda originar la transformación o mejora del regadío, de acuerdo con las directrices que se establecen en este Real Decreto, conforme a lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres. En esta disposición adicional se amplía la lista de actividades sometidas a evaluación de impacto ambiental contenida en el Anexo I del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, con la inclusión en la misma de las transformaciones de uso del suelo que impliquen eliminación de la cubierta vegetal arbustiva o arbórea y supongan riesgo potencial para las infraestructuras de interés general de la Nación y, en todo caso, cuando dichas transformaciones afecten a superficies superiores a 100 hectáreas. Dicha disposición adicional está relacionada entre las normas que la disposición adicional quinta de la misma Ley declara básicas

(18) En los Programas estructurales a acometer en esta materia, se recoge la acción consistente en la transformación en regadío, en las zonas que sea viable, para la modernización de las explotaciones agrarias afectadas, mejorando la estructura de la producción agraria, coherente con las orientaciones de la Unión Europea, facilitando su competitividad y favoreciendo adicionalmente la liberación de tierras marginales para la reforestación sin pérdida demográfica.

Nacional, y para los que se emplearán por parte del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación 40.000 millones de pesetas en la primera fase, sin renunciar a objetivos más ambiciosos.

El Real Decreto 678/1993, de 7 de mayo, sobre obras para la mejora y modernización de los regadíos tradicionales (que es una de las pocas disposiciones dictadas en los últimos tiempos por el MAPA que no trae causa de una norma comunitaria de base) persigue conjuntar los esfuerzos de todas las partes involucradas en la mejora, modernización y reestructuración de los regadíos tradicionales (CC.AA., IRYDA, Organismos de cuenca y Comunidades de regantes, fundamentalmente) y regula la actuación del IRYDA, consistente en financiar las obras que se clasifiquen como complementarias con una subvención de hasta el 40 por 100 de su importe, a través de los convenios de colaboración existentes en materia de infraestructuras agrarias con las diversas CC.AA. Las obras auxiliares son las de racionalización y mejora de las redes de riego, avenamiento e instalaciones anejas de los regadíos tradicionales cuya titularidad ostente una Comunidad de regantes, siempre que afecten a superficies regables de más de 500 has., tengan por finalidad el ahorro del agua para el riego, la mejora de la calidad del agua, la reutilización de aguas residuales, el ahorro energético u otro establecido en materia de gestión hidráulica en la Ley de Aguas o en los Planes Hidrológicos, considerándose tradicionales los regadíos de al menos 25 años o reconocidas como tales por el Organismo de cuenca correspondiente.

Con carácter más general y no sólo para la mejora y modernización de regadíos tradicionales sino para la mejora o ampliación de regadíos existentes, sean o no tradicionales, cabe citar la vigencia de la Ley de Obras Hidráulicas de 7 de julio de 1991, cuyo artículo 4 regula esta materia, pero con escasa trascendencia (19).

## 2. LEGISLACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

El advenimiento del Estado de las Autonomías produce la natural modificación legislativa y administrativa también en esta materia de riegos, dando lugar a una diversificación de normas reguladoras de los diferentes tipos de regadío, en función de las peculiaridades regionales, así como a la transferen-

---

(19) Cf. SEGURA GRAIÑO, R., «Planificación hidrológica: La modernización de los regadíos», 2.<sup>a</sup> ponencia del VIII Congreso de Comunidades de Regantes. Castellón, 14 al 18 de junio 1944, p. 16. El espíritu de estas normas, dice refiriéndose a la Ley Gasset citada y a dos Decretos de 1939 y 1940, se dirige hacia actuaciones, siempre menores, en redes secundarias de distribución, propiedad de las Comunidades de Regantes

cia a las CC.AA. de buena parte de las competencias y de los medios personales y materiales del IRYDA, constituyendo estos medios la base de las Administraciones Autonómicas de Reforma y Desarrollo Agrario.

A) *Transferencias a las CC.AA. en materia de regadíos*

En general (20) las transferencias a las CC.AA. en materia de riegos se produjo en los Reales Decretos que regulaban las de obras hidráulicas, disponiéndose en los mismos que «en todo caso, los regadíos deberán cumplir las normas básicas de la Administración del Estado sobre la adopción de sistemas de riego y las orientaciones productivas que deban fomentarse en el marco de la planificación general de los regadíos, la ordenación general de la economía y la regulación de los recursos básicos de la economía nacional». Lo fundamental, en cualquier caso, es que las transferencias de regadíos a las diversas CC.AA. se ajustan, como es lógico, a la distribución de competencias establecida en la Constitución y en la Ley de Aguas en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos, tal como fue interpretada en su momento por la STC 227/1988, diferenciando las CC.AA. que habían accedido a la autonomía por la vía del artículo 151 o disposición transitoria segunda de la Constitución (a las que quedaban equiparadas las que habían ampliado su ámbito competencial por la vía del artículo 150 de la propia Constitución) y las CC.AA. *ex artículo 143* de la repetida CE (21). Esta diferenciación ya no tiene en estos momentos ninguna relevancia, puesto que el techo competencial en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos (22) es el mismo para todas las CC.AA.,

---

(20) La excepción es la de Cataluña, a la que se transfirieron por Real Decreto 968/1986, de 25 de abril, sobre traspaso de funciones y servicios del Estado en materia de reforma y desarrollo agrario, aunque se estableció expresamente la sujeción de los regadíos a las normas básicas que después se recogen en el texto (el inciso final relativo a la «regulación de los recursos básicos de la economía nacional» falta en el Real Decreto 968/86).

(21) Canarias constituía un supuesto especial, conforme a lo establecido en la disposición adicional 3.<sup>a</sup> de la LA de 1985, explicándose esta singularidad no por el hecho insular (las islas Baleares no tenían especificidad algunas entre las CC.AA. (*ex art 143 CE*), sino porque contaba, antes de la entrada en vigor de la Constitución, con una legislación especial sobre el régimen de las aguas terrestres, sustituida ahora por la nueva dictada para el archipiélago

(22) La diferencia entre recursos y aprovechamientos, que tanto preocupó al plantear la cuestión competencial en materia de aguas, no fue tomada en cuenta por el TC al abordar dicha cuestión en su Sentencia 227/88. A pesar de que esta posición del TC no ha sido compartida (cf al respecto MARTÍN RETORTILLO, S., «Competencias constitucionales y autonómicas en materia de aguas». *Rev. Admin Pública*, núm. 128, mayo-agosto 1992, pp. 23 y ss., en particular p. 69), puede tener su explicación e, incluso,

después de que las que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la CE han ampliado también sus competencias y modificado sus Estatutos de Autonomía (23) para incorporar a los mismos lo dispuesto en la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre.

---

justificación si partimos del hecho de que los Estatutos de autonomía de las Comunidades (ex art. 151 de la CE) y equiparadas (salvo Andalucía) sólo recogían el término aprovechamiento, mientras eran algunos Estatutos de las CC.AA. (ex art. 143) los que aludían expresamente a los recursos hidráulicos, por lo que el TC intentó superar esta paradoja con un concepto muy amplio de aprovechamiento que prácticamente engloba el de recurso, lo cual, por otra parte, no resulta anómalo porque los recursos sólo tienen relevancia en función de su aprovechamiento existente o posible; el agua, en sí misma, no tiene significación económica o social ni, por ende, jurídica: es en el aprovechamiento, con el destino de la misma a una actividad o su vinculación a un bien (supuesto específico del aprovechamiento del agua para riego, que implica la adscripción real a la tierra) donde se manifiesta la relevancia que el agua tiene para el Derecho. En cualquier caso, en estos momentos no parece que la distinción entre recursos y aprovechamientos, aunque tenga su origen en la propia Constitución, pueda tener alguna significación en materia competencial.

(23) La incorporación se ha realizado por las Leyes Orgánicas que se relacionan a continuación, señalándose la Comunidad Autónoma y el precepto que recoge las nuevas competencias sobre recursos y aprovechamientos hidráulicos (todas las Leyes Orgánicas citadas son de 24 de marzo de 1994, publicadas en el BOE del 25 de marzo). LO1 Asturias, artículo 10.7; LO2 Cantabria, artículo 22.8; LO3 La Rioja, artículo 8.4; LO4 Murcia, artículo 10.7 y 8; LO6 Aragón, artículo 35.11; LO7 Castilla-La Mancha, artículo 31.7; LO8 Extremadura, artículo 7.7; LO9 Baleares, artículo 10.6; LO10 Madrid, artículo 26.8, y LO11 Castilla-León, artículo 26.7 Aunque en la redacción de estos nuevos preceptos de los Estatutos de Autonomía se conservan las particularidades de cada uno de los anteriores preceptos relativos a las competencias en materia de aguas (referencias al *régimen de aguas* en el de Baleares y a la *ordenación de recursos* en los de Aragón y Extremadura); en todos ellos se recoge la fórmula nueva de «ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurren íntegramente por el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma», lo cual supone que se ha producido la equiparación entre todas las CC.AA. en materia competencial sobre recursos hídricos, con la excepción de Canarias antes indicada. En realidad, actualmente esta excepción de Canarias radica en su régimen jurídico especial en materia de aguas, en que rige en el archipiélago canario su Ley de Aguas de 26 de julio de 1990 y las disposiciones que la desarrollan. El hecho insular determina que todas las cuencas hidrográficas de las islas sean intracomunitarias, de forma que la única diferencia que subsiste en materia de aguas entre los archipiélagos canario y balear es que en el primero se aplicará la Ley regional citada de 1990 y en el segundo la Ley Estatal de Aguas de 1985. Continúan en los Estatutos de autonomía modificados de Aragón y Extremadura las referencias expresas a la competencia en aguas subterráneas, pero esto no puede suponer ninguna diferencia competencial real entre estas dos CC.AA. y las demás, ya que la STC 227/1988 estableció que las aguas subterráneas renovables forman parte de las cuencas hidrográficas y, por tanto, todas las CC.AA. tendrán competencia sobre las aguas subterráneas de las cuencas intracomunitarias (incluidas las endorreicas que no estén a caballo de dos o más CC.AA.), pero ninguna las tendrá sobre las aguas subterráneas de las cuencas intercomunitarias que, junto con las superficiales de las mismas cuencas, continuarán siendo de competencia estatal.

B) *Legislación de transformaciones en regadío de interés general de las CC.AA.*

Aunque la generalidad de las CC.AA. continuará aplicando directa y conjuntamente con el IRYDA, en esta materia de transformaciones en regadío, la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, en **Andalucía** se aplicará supletoriamente porque esta Comunidad tiene su propia regulación en la Ley Regional 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria, y así se deduce de lo establecido al respecto en su disposición final. Regula esta Ley andaluza de Reforma Agraria las transformaciones en regadío como un supuesto de la transformación de grandes zonas de interés general de la Comunidad Autónoma, junto a los de las zonas de secano y las transformaciones forestales, estableciendo para todas ellas en el artículo 42.1 que se realizarán sin perjuicio de las competencias del poder central, y en el artículo 42.7 que las actuaciones en las que incidan competencias de la Administración Central del Estado y de la Comunidad Autónoma requerirán el mutuo acuerdo de ambas. Esta referencia genérica al respeto de las competencias estatales deja a salvo el que, por vía concesional o por la de autorización especial prevista en el artículo 57.5 de la LA de 1985, intervenga la Administración Hidráulica Estatal para permitir la utilización de las aguas necesarias para llevar a cabo las transformaciones, aunque la declaración de interés general se produzca por Decreto de la Comunidad Autónoma.

Expresamente se declara en la Exposición de Motivos de la Ley 3/1987, de 8 de abril, sobre tierras de regadío en **Extremadura**, que «tanto por su propia naturaleza de Ley de Reforma Agraria como por nuestro propio techo competencial, la Ley afecta a la utilización de la tierra y en ningún caso a la del agua». La finalidad fundamental de esta Ley es la de lograr el cumplimiento de la obligación de regar que entiende deriva de la función social de la propiedad de las tierras ya transformadas en regadío (que estando bajo una misma linde tengan realizadas las obras necesarias para conducir el agua a las mismas, dice el art. 1); el incumplimiento de esta obligación de regar producirá como efecto inmediato la declaración de regadío infrautilizado y el sometimiento a los Planes de Intensificación y de Tierras de Regadío Infrautilizado.

La Ley 7/1992, de 21 de diciembre, del **País Vasco**, regula un aspecto muy concreto de las declaraciones de zona regable y de la aprobación definitiva de los planes generales de transformación de estas zonas, estableciendo que serán realizados o aprobados, respectivamente, mediante Decreto Foral o del Gobierno Vasco, según sean sus ámbitos territoriales. La razón de la necesidad de esta Ley se expresa en su preámbulo: aunque en la mayoría de los casos de ejecución de proyectos de transformación no será

necesaria la expropiación total de la propiedad sino sólo la de los derechos que permitan establecer las servidumbres indispensables para la realización de la red de distribución y saneamiento, para la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los terrenos a efectos de esta expropiación forzosa no es suficiente la legislación de Régimen Local, ya que no cabe que las entidades locales sean titulares de las obras de regadío, al establecer la Ley de Aguas que el titular de las concesiones de agua para riego deberá serlo también de las tierras a las que el agua vaya destinada, por lo cual se precisa complementar las normas de reforma y desarrollo agrario y de regadíos adecuándolas a la distribución competencial y a la organización administrativa del País Vasco.

También **Aragón** ha complementado la legislación de reforma y desarrollo agrario estableciendo en la Ley 14/1992, de 28 de diciembre, medidas específicas sobre la materia, en especial sobre el régimen establecido para las tierras reservadas en las zonas regables, a fin de evitar la inmovilización patrimonial o la tenencia de la tierra en manos muertas, instaurando al respecto un mecanismo legal que evite fenómenos especulativos o de acumulación de propiedad de tierras reservadas y que, a la par, permita la transmisión de las mismas. Dicho mecanismo legal está regulado en los artículos 44 a 48 de la Ley y consiste fundamentalmente en permitir la transmisión de tierras antes de producirse la declaración administrativa sobre reserva (art. 47) y poder autorizar la transmisión posterior de las mismas (evitando así que pasen a considerarse de exceso) siempre que se trate de la totalidad de la propiedad declarada reservada en la zona regable y que el adquirente reúna las cualidades personales establecidas en el correspondiente Plan General de Transformación, de modo que no se produzcan acumulaciones de tierras que excedan el máximo establecido en el Plan y se favorezca la constitución de unidades mínimas de explotación (arts. 45 y sigs.).

### C) *Legislación autonómica sobre el uso del agua para riegos*

La **Comunidad Valenciana** ha dictado la Ley 7/1986, de 22 de diciembre, sobre utilización de aguas para riego, con la finalidad de que por ser un recurso primario y escaso de la Comunidad, sea utilizada con la mayor austeridad y economía posible. La Ley desea regular no el regadío en su aspecto de captación, conducción de recursos hídricos o producciones agrícolas sino la utilización del agua sobre el mismo marco físico que constituye su destino, y está orientada por la necesidad de implantar nuevas técnicas que operen en la parte final del ciclo hidráulico de los regadíos, esto es cuando cada usuario completa el esfuerzo de captación y conducción

de las aguas, regulando medidas de intervención de la Administración autonómica al objeto de que el agua se utilice adecuadamente evitando posibles derroches o inadecuados aprovechamientos, como medio para hacer efectivas las limitaciones de la propiedad sobre el agua, garantizando que el ejercicio del derecho al uso del agua de riego no obstaculice la función social que la Ley reconoce.

Para lograr objetivos tan importantes, empieza la Ley Valenciana 7/1986 enunciando y definiendo los principios de austeridad, economía y solidaridad en el uso del agua para riego, declara de interés social la adecuada utilización del agua para riego y confía a la Administración de la Generalidad la elaboración de Planes de utilización de aguas para riego sin perjuicio de la competencia del Estado en materia de planificación hidrológica y la persecución y sanción de las infracciones administrativas tipificadas en la propia Ley. Con independencia de los planes de utilización de aguas para riego, se podrán imponer otras limitaciones al derecho a utilizar el agua, concretamente restringir su utilización en la cantidad que exceda de su normal aprovechamiento y establecer perímetros de protección de los caudales de agua destinados a regadíos cuando éstos utilicen aguas subterráneas o superficiales que discurran íntegramente dentro del territorio de la Comunidad Valenciana (24).

También debe incluirse en este apartado el Decreto 51/1992, de 21 de mayo, por el que se establece un sistema de ayudas para mejora de la explotación y conservación de los recursos hídricos de uso agrícola de la **Región de Murcia**, puesto que ésta es la finalidad de la norma, aunque el medio para alcanzarla sea el establecimiento de un sistema de ayudas a las inversiones a realizar por las Comunidades de Regantes. Aunque se puedan ayudar tanto Planes de mejora como obras individualmente consideradas, siempre se exige que la Comunidad de Regantes persiga una de las finalidades especificadas en el artículo 3.º: mejor conservación de los recursos hídricos de la Región y, en especial, de las reservas de sus acuíferos; racionalización integral de recursos hidráulicos, combinando adecuadamente el empleo de las aguas superficiales y una explotación adecuada de las aguas subterráneas, en particular mejorar la eficiencia del riego para ahorrar

---

(24) Esta condición de que las aguas discurran íntegramente dentro de la Comunidad, establecida en la Ley para el supuesto de perímetros de protección, deberá aplicarse también al de restringir la utilización del agua en la cantidad que exceda de su normal aprovechamiento, puesto que en las que discurren por cuencas intercomunitarias corresponde a la Administración del Estado la concesión de todos los aprovechamientos y cualquier revisión de los mismos. Aunque teóricamente cabría distinguir entre revisión del aprovechamiento y restricción de la utilización del agua para su adecuada racionalización, en definitiva habría una aficción de la concesión que sólo podría imponer la Administración competente para otorgarla.

agua, permitir la renovación de los acuíferos y prevenir la salinización; ahorro de agua y disminución de los costes de energía; sustitución de caudales, y otras acciones que contribuyan a mejorar la explotación y conservación de los recursos hídricos. Las ayudas podrán alcanzar hasta el 40 por 100 del presupuesto aprobado por la Administración y consistir en subvenciones directas, subvenciones para mejora de las condiciones de préstamos concedidos por entidades financieras o una combinación de ambas.

D) *Legislación autonómica sobre mejora y modernización de regadíos*

**Extremadura** ha aprobado la Ley 8/1992, de 26 de noviembre, de modernización y mejora de las estructuras de tierras de regadío, para completar la adaptación de las estructuras agrarias a las demandas productivas perseguida en la Ley 3/1987 sobre Tierras de Regadíos, ya que no encomendaba a esta Ley la vigilancia y mejora de las estructuras de las explotaciones. El deficiente dimensionamiento de las explotaciones, el fuerte minifundio estructural del sector de regadío, la existencia de gran número de explotaciones que, por su pequeña dimensión no alcanzan un mínimo de rentabilidad económica, han llegado a subvertir las finalidades que el Estado asumió en la creación de los regadíos de interés general de la Nación, por lo que es necesario arbitrar las medidas oportunas para mejorar la estructura del sector, adecuando el tamaño de las explotaciones a criterios de viabilidad técnica y económica. Se constituye un Registro de Explotaciones Agrarias de Regadío de carácter administrativo, se definen las clases de tierras de regadío y los tipos de explotación (comunitaria, familiar, marginal), se crea un Fondo de Tierras que se desarrolla por Decreto 19/1993, de 24 de febrero, y que, entre otros fines, persigue el de favorecer los objetivos previstos en la Ley 8/1992, y se regulan las ayudas financieras a los titulares de explotaciones que agreguen en propiedad a la suya, tierras de regadío, siempre que la explotación resultante no sobrepase el tamaño de la explotación de rentabilidad familiar mínima más el 10 por 100 de esa superficie.

Aunque se refiere a las obras de implantación de nuevos riegos y de transformación de los existentes y no sólo a la mejora y modernización de regadíos, por su alcance real y por sustituir (según establece expresamente su disposición final tercera) a la Ley Estatal de 7 de julio de 1911, cabe incluir en este apartado la Ley 5/1990, de 9 de marzo, de Infraestructuras Hidráulicas de **Cataluña** que, en sus artículos 23 y siguientes regula la promoción y ejecución de regadíos. El importe de la contribución económica de los beneficiarios será, en principio, del 40 por 100 en el caso de

mejora de riegos existentes o de ampliación de zonas regables y del 30 por 100 en el caso de riegos de nueva implantación. Esta contribución económica podrá consistir, alternativamente, en la aportación correspondiente en el transcurso de la obra o en el pago de una tarifa de utilización del agua a satisfacer desde el momento en que la obra pueda entrar en servicio, incluyéndose en esta segunda modalidad los costes financieros de las operaciones crediticias que la Administración haya efectuado.

La Ley **Canaria** 12/1990, de 26 de julio, de Aguas, regula conjuntamente, en sus artículos 118 a 123, los auxilios a obras hidráulicas y de regadío, diferenciando las de iniciativa privada y las de iniciativa pública. Las primeras podrán ser auxiliadas con una subvención a fondo perdido de hasta el 50 por 100 del costo de la inversión y, alternativa o complementariamente, con un préstamo de hasta el 50 por 100 del mismo coste, sin que la suma de la financiación y la subvención supere el 75 por 100. Las obras de iniciativa pública podrán ser auxiliadas con una subvención a fondo perdido por un importe máximo del 75 por 100 de los costos de la obra proyectada.

También **Navarra** ha regulado las ayudas para implantación de nuevos regadíos y mejora de los existentes, fundamentalmente en el Decreto Foral Legislativo 133/1991, de 4 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones de rango legal sobre financiación agraria. En el artículo 8.3 se excluyen expresamente de la aplicación del régimen de financiación contemplado en el Decreto Foral Legislativo 133/1991, las obras de transformación de secano en regadío de zonas cuya extensión en su conjunto sea superior a 1.000 has., en cuyo caso se aplicará la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, previa declaración de interés general por Decreto Foral. Y en los artículos 6 y 7 se distinguen diferentes supuestos de inversión y se fijan las ayudas para cada uno: 50 por 100 de subvención a fondo perdido y 50 por 100 restante de préstamo concedido por el Gobierno de Navarra a través de «Riegos de Navarra, S.A.» y al 2,5 por 100 anual de interés, para obras de instalación primaria de nuevos regadíos declarados de interés especial y para la mejora de regadíos en zonas de concentración parcelaria; 75 por 100 de subvención y 25 por 100 de préstamo al 7 por 100 de interés, para instalaciones fijas en parcela que se realicen en terrenos comunales de nuevos regadíos también declarados de interés especial; y para instalaciones en parcelas que se realicen en terrenos de propiedad privada en los regadíos para cuya instalación primaria haya mediado declaración de interés especial, 20 por 100 de subvención a fondo perdido y subvención de 7 puntos de interés por plazo no superior a veinte años, en los préstamos o créditos obtenidos para su financiación.

E) *Normas relativas a reducción de superficies regables por razones ambientales*

Por Decreto 22/1993, de 2 de marzo, y Orden del 17 del mismo mes, **Castilla-La Mancha** ha establecido un régimen de ayudas para fomentar métodos de producción compatibles con las exigencias de protección del medio ambiente y la conservación del espacio natural, aplicables a los regadíos de las zonas de Mancha Occidental y Campo de Montiel. Se dicta en aplicación concreta del Reglamento CEE 2078/1992, para remediar el progresivo descenso del nivel del agua en los acuíferos relacionados con dos espacios naturales protegidos, el Parque Nacional de las Tablas de Daimiel y el Parque Natural de las Lagunas de Ruidera; para ello, se reorienta la agricultura de la zona hacia un sistema de regadío extensivo, con extracciones de agua limitada al volumen de recursos hídricos renovables, que permita compatibilizar la práctica agraria con la protección y conservación del medio natural; y se establece un programa, aprobado por los órganos competentes de la CEE, en el que se contempla la concesión de subvenciones para los agricultores que se comprometan a la reducción del consumo de agua y simultáneamente una reducción sensible en la utilización de fertilizantes y productos fitosanitarios, con unos estrictos controles para que se hagan efectivos estos compromisos. La prima anual por hectárea en compensación de la pérdida de renta es de 26.000 pesetas para una reducción de consumo de agua del 50 por 100, 43.000 pesetas para una reducción del 70 por 100 y 60.000 pesetas para una reducción del 100 por 100, siempre con la correspondiente reducción en fertilizantes y productos fitosanitarios.

#### IV. ANTEPROYECTO DE LEY DEL PLAN HIDROLOGICO NACIONAL

Desde el Plan de Canales y Pantanos, aprobado por Real Decreto de 25 de abril de 1902, hasta el Proyecto del Plan Hidrológico Nacional que se tramita en 1994, se han recorrido etapas muy importantes en el largo camino de la planificación hidrológica (25).

---

(25) El Real Decreto citado fue sólo un catálogo muy completo de esas *obras* de canales y pantanos, mientras que el Real Decreto-Ley de 5 de marzo de 1926, por el que se crearon las Confederaciones Sindicales Hidrográficas, estableció ya la formación de planes de *aprovechamientos*, referidos siempre al uso del agua para el desarrollo del regadío. Pero el primer plan de aprovechamientos de carácter general no se elaboró hasta 1933, cuando se encomendó al Director del recién creado Centro de Estudios Hidrográficos, don Manuel Lorenzo Pardo, la misión urgente de formular el Plan Nacional de Obras Hidráulicas. Una tercera etapa es la de estudios regionales de *recursos* hídricos en zonas

## 1. OBJETIVOS FUNDAMENTALES DEL PLAN HIDROLÓGICO NACIONAL

Los dos objetivos prioritarios del Plan Hidrológico Nacional son, sin duda, la protección del medio ambiente hídrico y del dominio público hidráulico, concretados en medidas de racionalización del consumo, ahorro de agua, incremento de la calidad, adecuación de dotaciones y revisión de concesiones. Pero el tercer objetivo fundamental, derivado también de la Constitución (art. 138.1), es el de la corrección de los desequilibrios sectoriales y territoriales; equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial incrementando las disponibilidades de agua, economizando su empleo y racionalizando sus usos (art. 38.1 LA), exigirá la realización de transferencias o trasvases de recursos hídricos, imprescindibles a veces para poder atender las necesidades vitales de la población de algunas regiones y evitar la ruina de regadíos ya establecidos en ellas (26).

---

deficitarias como el Bajo Ebro, Baleares y Almería. La cuarta etapa es ya la de la planificación hidrológica propiamente dicha, integradora de los planes de recursos, aprovechamientos y obras, para todo el territorio y con un planteamiento que se proponga la mejor coordinación entre las diferentes planificaciones sectoriales necesitadas de recursos hídricos.

(26) Decía el Ministro de Obras Públicas, en 1993 y en Zaragoza [cf. EMBID IRUJO A. (Director), *El Plan Hidrológico Nacional*, Madrid, 1993], que «los problemas de España, hoy, no son los problemas de la España de Lorenzo Pardo. Hace sesenta años Lorenzo Pardo se encontró con un país agrícola sediento de regadíos. La forma más clara de fomentar la riqueza nacional entonces era impulsar los regadíos; apenas había industria y los servicios no se sabía lo que eran. Impulsar los regadíos y por tanto fomentar el uso del agua. Esa no puede ser la estrategia de la España de finales del siglo xx porque hoy, para nosotros, un Plan Hidrológico tiene que ser, antes que nada, un Plan para proteger un recurso escaso, el agua, y garantizar que todos los territorios y todos los españoles tengan el agua que necesitan para beber, regar, producir energía, garantizar el desarrollo urbano, turístico, industrial y agrícola»; y añadía: «este país tiene suficiente agua para responder a todas sus necesidades. El problema es que la tenemos muy desigualmente repartida en el tiempo y en el espacio... y sabemos hoy que hay territorios en España cuya demanda es imposible de satisfacer a no ser que recurran a una sobreexplotación de sus aguas subterráneas, insostenible en el tiempo si no somos capaces de definir una política de equilibrio hídrico para el conjunto del país; el desequilibrio hidráulico de España hace que las cuencas que son verdaderamente deficitarias necesiten el auxilio de las que pueden ser excedentarias, con todas las garantías para éstas, pero sin ninguna exclusión a ninguna clase de solución que permita conseguir el equilibrio del conjunto del país».

Más adelante decía: «Estoy en contra de los trasvases como solución de principio; los trasvases son soluciones costosas, traumáticas, caras, difíciles de construir y de gestionar, con grandes pérdidas en evaporación: son, por tanto, una solución a la que solamente cabe recurrir cuando hayamos agotado otras y cuanto tengan la suficiente rentabilidad para garantizar que el uso que se le da al agua trasvasada merece la pena del esfuerzo consentido por la colectividad y las inversiones necesarias para hacerlo. Pero... sería negar la evidencia no reconocer que en España necesitamos un equilibrio del conjunto del territorio que no es incompatible con la satisfacción de las necesidades de todos y cada uno de los territorios; estoy seguro que... debe formar parte de lo fundamental el entender que el agua que sobre debe servir... para que otros seres humanos... tengan la que necesitan».

El A. de L. del PHN desarrolla estos tres objetivos prioritarios o fundamentales en nueve objetivos generales a cumplir con el conjunto de la planificación hidrológica (art. 2), ofreciéndonos la E. de M. del anteproyecto doctrina de verdadero interés para la adecuada interpretación de las normas de aplicación concreta de tales objetivos, según podremos comprobar al analizar las relacionadas con el uso del agua para riego.

## 2. PREVISIONES DEL PLAN HIDROLÓGICO NACIONAL EN MATERIA DE REGADÍOS

En el Plan Hidrológico Nacional se concreta la actuación en materia de regadíos en los dos puntos siguientes:

1. *Mantener los regadíos actuales* (porque la posibilidad de desafectar áreas regadas originaría tensiones en diversos niveles), *mejorándolos y modernizándolos*, con dos fines:

A) Racionalizar al máximo el uso de agua. Esta racionalización se relaciona con la utilización de recursos no convencionales y, concretamente, con un incremento de la reutilización de aguas residuales depuradas y de la desalación de agua del mar.

B) Ahorrar agua mediante la mejora de la infraestructura de todos los regadíos y de los métodos de riego, distinguiendo:

a) Actuaciones en las grandes zonas regables.

— Mejora de la infraestructura principal en millón y medio de has., con reducción de 1.205 hm<sup>3</sup>/año.

— Mejora de la infraestructura secundaria y de los métodos de riego en 750.000 has., con un ahorro de 280 hm<sup>3</sup>/año.

b) Actuaciones sobre regadíos de iniciativa privada en una superficie de 375.000 has., para ahorrar 200 hm<sup>3</sup>/año.

2. *Limitar las transformaciones de nuevas zonas de regadío a una superficie de 400.000 a 600.000 has. en los veinte años del Plan (120.000 para el período 1995/2000)*, debiendo estar en consonancia con su viabilidad y con el desarrollo del proceso de forestación de tierras de secano. Con esta posibilidad de realización de transformaciones de nuevas zonas de regadío y del desarrollo de forestación de tierras, están relacionadas las siguientes condiciones de naturaleza ambiental:

A) Inclusión en el catálogo de obras sujetas a las normas de declaración de impacto ambiental de las grandes infraestructuras para captaciones fluviales e hidrogeológicas, canales y acueductos y plantas de desalación y depuración.

B) Inclusión en los Planes Hidrológicos de cuenca de un programa para la definición de los perímetros de repoblación forestal obligatoria.

### 3. REGADÍOS CON AGUAS SUBTERRÁNEAS DE ACUÍFEROS SOBREEXPLOTADOS

El Anteproyecto de Ley del Plan Hidrológico Nacional establece en sus artículos 57 a 59 algunas medidas sobre directrices para protección y recuperación de acuíferos, señalando las circunstancias que motivarán la identificación de los que deban ser objeto de alguno de los procedimientos previstos en los artículos 54 y 91 de la LA para remediar los problemas de sobreexplotación o de calidad, y relacionando en su anexo los que en todo caso se considerarán incluidos en estos supuestos de sobreexplotación o problemas de calidad, disponiéndose que los Planes hidrológicos de cuenca propondrán las medidas adecuadas para eliminar durante el primer período del Plan Hidrológico Nacional dichas situaciones de sobreexplotación o de falta de calidad (sólo si se justifica la inviabilidad de eliminarlas durante el primer período, se eliminarán estas situaciones en el segundo período del PHN), y que deberán asignar los recursos que sea posible para acelerar su recuperación, así como programar las actuaciones oportunas, incluyendo, en su caso, actuaciones de recarga, e, incluso, de protección de los acuíferos cuya explotación produzca un deterioro de la calidad del agua que ponga en peligro la subsistencia de los aprovechamientos existentes.

En relación con estas medidas sobre aguas subterráneas, dice la E. de M. del A. de PHN que éste intenta extraer las últimas consecuencias del principio general de unidad del ciclo hidrológico, solucionando los problemas específicos que, sobre todo en algunas partes del territorio nacional, han aparecido en función de un desordenado régimen de explotación de dichas aguas, precisando antes que «desde el ángulo coordinador de los Planes Hidrológicos de cuenca que adopta el PHN, se adoptan diferentes precisiones sobre la sobreexplotación de acuíferos, su administración y recuperación, complementándose a esos efectos la normativa general en materia de dominio público hidráulico. En particular, conviene resaltar que la incidencia que se realiza, por medio del inicio del proceso de la declaración de acuíferos sobreexplotados, sobre algunos que pertenecen a la competencia de ciertas CC.AA., se fundamenta en el ámbito de intervención que para el Estado funda el artículo 149.1.13 de la Constitución Española, teniendo en cuenta, significativamente, el sistema general de transferencias de recursos hidráulicos instaurado por esta misma Ley. La realización efectiva de las transferencias procedentes de otras cuencas, así, contribuirá decisivamente a una mejor administración del acuífero que ahora se declara sobreexplotado hasta llegar a un régimen normal de explotación por la aplicación de las medidas legales».

Por otra parte, el artículo 16 del Anteproyecto, al referirse a los límites máximos de volúmenes anuales de recursos adicionales para nuevas transformaciones en regadío, establece expresamente que en estos valores

no se considerarán incluidos los volúmenes adicionales para la adecuación de dotaciones y la consolidación de regadíos en servicio, ni, en su caso, para sustituir los volúmenes procedentes de sobreexplotación de acuíferos que sean resueltos con otros recursos del Plan o transferidos desde otras cuencas.

Esta sustitución de volúmenes de acuíferos sobreexplotados es capital para el mantenimiento de regadíos existentes y para su rehabilitación, en la que ni siquiera cabe pensar porque sería inútil si no se dotan antes de los recursos necesarios para poder continuar siendo regadíos (27), por lo que resulta evidente que debe ser prioritaria y deberían emprenderse en el horizonte inicial de 5 ó 6 años del PHN todas las actuaciones necesarias para llevarlas a cabo.

#### 4. LA PLANIFICACIÓN NACIONAL DE LAS NUEVAS TRANSFORMACIONES EN REGADÍO

El artículo 16 de A. de L. del PHN (de las nuevas transformaciones en regadío y de las limitaciones en la cuantía del recurso que para ello se destine) dispone que los Planes Hidrológicos de cuenca establecerán para cada sistema de explotación el límite cuantitativo de los recursos adicionales para nuevas transformaciones en regadío en los distintos períodos del

---

(27) En nuestro país existen unas 300.000 hectáreas de regadío con riesgo de desaparición por agotamiento de las reservas de acuíferos sobreexplotados. El volumen total sobreexplotado asciende a 610 Hm<sup>3</sup>/año (10 por 100 de la explotación total de aguas subterráneas), de los que 520 se destinan a riego. La costa mediterránea soporta el 73 por 100 de ese volumen sobreexplotado, el 14 por 100 lo sufren Canarias y Baleares y el 13 por 100 restante se reparte por el interior de la Península (datos del IGME de 1984). La situación en Almería, Murcia y sur de Alicante es dramática (en esta zona del sureste español se concentra el 64 por 100 de la sobreexplotación total del país), con problemas que van desde profundidades inaceptables económicamente para la agricultura hasta índices de salinidad que imposibilitan el uso del agua. Está previsto que se remedie pronto esta situación en el sur de Alicante (en el Plan Hidrológico del Júcar se incluye un trasvase de 100 Hm<sup>3</sup>/año al Vinalopó, Campo de Alicante y Marina Baja, debiendo estar terminadas las obras en 1997) y en Almería, ya que en la modificación del Plan Hidrológico Nacional se prevé la aprobación y declaración de interés general de las obras del trasvase Guadiana Menor/Almanzora, con un máximo de 50 Hm<sup>3</sup>/año. La ejecución de todas las transferencias que podrían remediar el problema de sobreexplotación de las aguas subterráneas en la región de Murcia está supeditada a una declaración de interés general en acto legislativo previsto para cuando —en el plazo de tres años— el Gobierno presente estudios en profundidad de sus características y viabilidad, a pesar de que el objetivo de mantener y rehabilitar los regadíos existentes es un objetivo general y fundamental del PHN que debería alcanzarse simultáneamente en toda España. Aunque se prevé la ejecución inmediata del trasvase Almanzora/Zona sur de Murcia, de 15 Hm<sup>3</sup>/año, se señala expresamente que está actualmente en servicio, en situación administrativa de excepción y que tiene un carácter transitorio.

Plan. En ningún caso la cifra que resulte será superior a los valores que en el Anexo 1.º de esta Ley se fijan para cada cuenca.

El artículo 23.1 del A. de L. del PHN (reglas de preferencia en la asignación de recursos para regadío) establece que los aprovechamientos que con destino a nuevos regadíos pongan en prácticas las orientaciones, métodos y sistemas de riego y cualquier otra medida de ahorro del recurso que, conforme a las prescripciones de esta Ley se contengan en los Planes Hidrológicos de cuenca, tendrán preferencia a la hora de asignación de recursos. Y el artículo 23.2 añade que las concesiones otorgadas en virtud de la aplicación de estas reglas de preferencia se entenderán condicionadas al mantenimiento por dichos aprovechamientos de las prescripciones correspondientes de los Planes Hidrológicos de cuenca.

El artículo 32 del A. de L. del PHN regula la relación entre la planificación hidrológica de cuenca y las previsiones de transformación de tierras en regadío, disponiendo que las Administraciones Públicas con competencias en la materia ajustarán sus propuestas a las correspondientes previsiones de disponibilidad de recursos hidráulicos que figuren en los Planes Hidrológicos de cuenca, que igualmente se ajustará la ejecución de las transformaciones que lleven a cabo las Administraciones o los particulares a las previsiones de los Planes en cuanto a dotaciones, sistemas y métodos de riego, contemplando los efectos ambientales que sobre el dominio público hidráulico puedan generar, quedando condicionados los posibles auxilios económicos que pueda solicitar la iniciativa privada y la concesión de recursos hidráulicos al cumplimiento de dichas previsiones de los planes y al establecimiento de sistemas de medición, así como a la información periódica a proporcionar a la Administración Hidráulica competente sobre los volúmenes realmente utilizados.

El artículo 33 del A. de L. del PHN dispone que los planes hidrológicos de cuenca deberán especificar claramente el origen concreto de los recursos hidráulicos que se asignan a las transformaciones de tierras en regadío, indicando, en todo caso, si proceden del ahorro previsto de agua en la cuenca o de recursos propios de la cuenca o procedentes de ámbitos territoriales de otros Planes, ajustándose estrictamente, en todo caso, a lo establecido en el artículo 16.

De los preceptos transcritos se deduce que la planificación de las transformaciones en regadío se plantea como una planificación nacional, de forma que, tanto las declaraciones de interés general de la Nación como las de todas y cada una de las CC.AA. tendrán que hacerse, a partir de la aprobación de los Planes Hidrológicos, conforme a las previsiones de los mismos, incluso cuando se trate de transformaciones que sólo afecten a aguas de cuencas intracomunitarias. Aunque las CC.AA. tengan competencia sobre ordenación y concesión de estos recursos de cuencas intracomu-

nitarias, no son totalmente independientes para planificar la utilización de estos recursos, teniendo que sujetarse a los Planes Hidrológicos que ellas mismas habrán elaborado pero que, conforme a lo dispuesto en el artículo 38.6 de la LA y a la interpretación del mismo realizada por el TC en su Sentencia 227/1988, tendrán que integrarse en el Plan Hidrológico Nacional, mediante la aprobación por el Gobierno de la Nación a efectos de la coordinación de las decisiones de las CC.AA. con las peculiares exigencias de la política hidráulica general (28). Por ello las infraestructuras hidráulicas que sean de interés general (tanto de la Nación como de las CC.AA.) o que afecten a más de una Comunidad Autónoma, habrán de ser incorporadas al Plan Hidrológico Nacional (art. 44 LA) y «es destacable la limitación que el PHN establece respecto al volumen máximo de recursos hidráulicos que cada Plan de cuenca puede destinar a nuevas transformaciones en regadío, limitación que resulta inexcusable por razones sectoriales y de disponibilidad del recurso (E. de M. del A. de L. del PHN)».

##### 5. LA MODERNIZACIÓN Y MEJORA DE REGADÍOS EN EL PLAN HIDROLÓGICO NACIONAL

El artículo 30 del A. de L. del PHN dispone que los Planes Hidrológicos de cuenca deberán incluir un programa sobre mejora y modernización de los regadíos existentes orientado por los principios de ahorro y eficacia en el uso del agua y demás determinaciones incluidas en dicha Ley y en el que

---

(28) Dice el TC que «los planes hidrológicos de cuenca, cuyo contenido regula el artículo 40 (de la LA) y que tienen un carácter vinculante según el artículo 38.3, comprenden una serie de disposiciones relativas a la protección y aprovechamiento de los recursos hidráulicos (...) que inciden en la actividad de diferentes Administraciones Públicas —las de las CC.AA. en primer lugar, pero también las del Estado y otros entes territoriales e institucionales—, siendo patente tanto su directa relación con la ordenación general de la actividad económica como la obligación de respetarlas que a todas ellas incumbe. Por ello, si hubiera de admitirse que cada Administración Pública puede realizar las actividades de su competencia en régimen de estricta separación, la planificación hidrológica se haría imposible. De donde se sigue que en materia de política hidráulica se acentúa la necesidad de una específica coordinación entre las diferentes Administraciones interesadas (...). Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 149.1.13 de la Constitución en materia de planificación de la actividad económica, la coordinación es competencia del Estado, lo que permite entender, siguiendo la doctrina sentada en la STC 144/1985, de 25 de octubre, que en este caso el acto de aprobación que contempla el artículo 38.6 de la LA es materialmente una actividad de coordinación, ya que a través del mismo se integran en un solo sistema ordenado las actuaciones emprendidas por diversas entidades u órganos, de suerte que es la determinación definitiva y unitaria del Plan lo que posibilita la acción homogénea de todos ellos en relación con un mismo recurso».

deberán contemplarse al menos las zonas regables que se incluyen en el anexo 7 de la misma.

El artículo 17.3 y 4 del A. de L. del PHN dispone que el programa de adecuación de consumos a que se refiere el número 2 del mismo precepto prestará especial atención al establecimiento de prácticas y sistemas de riego conducentes a la eficacia en el uso del recurso, entre ellas infraestructuras de regulación diaria o semanal, riego en horas adecuadas y automatización, debiendo también los Planes Hidrológicos de cuenca programar, para su ejecución antes del primer cuatrienio del Plan, las actuaciones necesarias para obtener un conocimiento continuo y permanente de los caudales y volúmenes suministrados para regadío en cada zona regable.

#### 6. LA INTERRELACIÓN DE LOS FINES U OBJETIVOS DE LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA Y SU REPERCUSIÓN EN LA POLÍTICA DE REGADÍOS NACIONAL

En la propia Exposición de Motivos del A. de L. del PHN —como no podía ser de otro modo— se pone de relieve la interrelación entre sus objetivos: «Así —dice— es de notar que, por pura lógica del comportamiento social, toda situación de agotamiento hidráulico lleva consigo, inevitablemente, una degradación ambiental que se manifiesta de diversas formas: en la sobreexplotación de ríos y acuíferos, en la afeción a las zonas húmedas, que, además, presentan a veces alto interés ecológico... En definitiva y como resumen: la situación deficitaria del recurso, además de provocar la insatisfacción de las demandas, degrada la calidad y el entorno; por ello *puede concluirse que una adecuada satisfacción de las demandas, además de ser en sí misma un objetivo imprescindible de alcanzar, genera efectos positivos en cuanto que permite acabar con las mismas consecuencias negativas connaturales a la situación de agotamiento que antes se ha hecho notar. El cumplimiento de las demandas y la corrección de los desequilibrios hidrológicos tiene, por tanto, un fundamento socioeconómico pero, además, ambiental*». Y añade más adelante: «La planificación hidrológica tiene entre nosotros, en nuestra historia, una vocación inequívoca hacia la contemplación de los problemas globales del país y a tratar, en lógica consecuencia, de resolver los desequilibrios de España con un uso armónico y ordenado de sus completos recursos». «Por otro lado —dice también la E. de M.—, desde el punto de vista material, la inserción de las transferencias en el PHN significaba que no eran medidas aisladas de la completa política hidráulica las que, bajo la veste de las transferencias de recursos hidráulicos, se contendrían; antes bien, el sentido último de las transferencias se puede apreciar mucho mejor en una Ley, como la presente, que se preocupa del aumento en la disponibilidad del recurso y que pone

en el ahorro del agua y en el incremento de su calidad —medidas que, evidentemente, caminan en la misma dirección de la ampliación de disponibilidades— objetivos generales a cumplir».

## V. MEDIDAS DE DESARROLLO, APLICACION Y ADECUACION DE LA LEGISLACION DEL USO DE AGUA EN RIEGO

### 1. DESARROLLO DE LOS ARTÍCULOS 101 Y 102 DE LA LEY DE AGUAS SOBRE REUTILIZACIÓN DE AGUAS DEPURADAS Y AUXILIOS DEL ESTADO

#### A) *Reutilización de aguas depuradas*

El artículo 43.1 del A. de L. del PHN dispone que los Planes Hidrológicos de cuenca definirán las zonas de interés para la reutilización de las aguas residuales una vez depuradas, considerando su uso para riego de parques y jardines y zonas deportivas, refrigeración y otros usos industriales, recarga de acuíferos y riego de determinados cultivos. Y el artículo 42.2 establece que el Gobierno, al fijar las condiciones básicas para la reutilización directa de estas aguas, conforme a lo indicado en el artículo 101 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, regulará las condiciones generales de asignación de estos recursos.

Los artículos 272 y 273 del RDPH reprodujeron lo establecido en el artículo 101 LA y lo desarrollaron muy brevemente, considerando el TC en el fundamento 27 de la Sentencia 277/1988 que es éste un supuesto en el que concurren razones de orden técnico o coyuntural que, de acuerdo con la reiterada doctrina del Tribunal, permiten exceptuar la exigencia de rango legal que, como regla general, deben cumplir las normas básicas que rijan en una determinada materia, pues no es dudoso que los distintos procesos de depuración, la calidad necesaria en cada caso y los diferentes usos a que se destinen las aguas reutilizadas hacen virtualmente imposible una determinación *ex lege* de los requisitos básicos que hayan de respetarse en las diversas operaciones de reutilización directa de las aguas.

Algunas CC.AA. se han anticipado a esta necesaria regulación estatal. Así, Baleares, por Decreto 13/1992, de 13 de febrero, reguló la evacuación de los líquidos procedentes de plantas de tratamiento de aguas residuales urbanas, estableciendo en su artículo 5.2 una clasificación del riego según cultivos y condiciones de empleo, sin restricción y restringido. Y Andalucía, en Decreto 185/1993, de 21 de diciembre, que declara de interés general de la Comunidad Autónoma las actuaciones de reforma agraria en la comarca del Condado (Jaén), regula para la transformación en regadío de la zona de Vilches la reutilización de las aguas residuales del núcleo urbano

y las de las explotaciones ganaderas existentes en su término municipal, las cuales una vez depuradas se diluirán con aguas procedentes del embalse de La Ferdinandina, hasta obtener aguas con una calidad biológica adecuada para el riego del olivar.

### B) *Auxilios del Estado*

El artículo 31 del A. de L. del PHN dispone que las Administraciones competentes condicionarán los auxilios y subvenciones a los particulares con finalidad de mejora y modernización de los regadíos existentes, a la, en su caso, necesaria revisión concesional para el ajuste de las dotaciones a las que figuren en los Planes Hidrológicos de cuenca. Igualmente dichos auxilios estarán condicionados al establecimiento de los sistemas de medición y a la información periódica de los volúmenes realmente utilizados.

Entre las propuestas de modificación del A. de L. del PHN, se han formulado al Consejo Nacional del Agua por el MOPTMA, en esta materia de auxilios, las siguientes: *a)* Aplicar una abanico de ayudas financieras a las actuaciones de rehabilitación de regadíos, en forma análoga a las existentes para mejora de estructuras agrarias, con diferentes porcentajes de participación de fondos públicos. *b)* Establecer convenios entre las Administraciones y los regantes, en el marco de las normas específicas, para la participación financiera de aquellas en función del ahorro de agua, de la reestructuración de las explotaciones y de la *revisión de las dotaciones concesionales*. También se prevé establecer convenios específicos para descontaminación de canales y acequias del patrimonio de las comunidades de regantes, a suscribir entre éstos, la Administración Hidráulica y las Administraciones Autonómicas y Locales.

Esta materia de auxilios del Estado aparece regulada en el artículo 102 de la LA, reproducido en el artículo 274 del RDPH, remitiéndose a determinación reglamentaria posterior que todavía no se ha realizado, posiblemente por dificultades de orden competencial (29). Pero los objetivos de las ayudas del

---

(29) La STC 277/88, en su fundamento 27, ya señalaba que era claro que el artículo 102 LA no establecía por sí mismo regulación alguna de directa aplicación que limitara o menoscabara competencias autonómicas, sin perjuicio de lo cual recordaba la reiterada doctrina del propio Tribunal, según la cual la facultad del Estado de otorgar subvenciones o beneficios económicos con cargo a sus presupuestos no es concepto o título válido para delimitar sus competencias respecto de las que son propias de las CC AA. Hay que tener en cuenta que la Unión Europea regula las ayudas otorgadas por los Estados miembros (arts. 92-94 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea) y que en la mayoría de las materias que son objeto de las ayudas a que se refiere el artículo 102 LA hay una concurrencia competencial del Estado y de las CC.AA., por lo que las normas estatales que determinen reglamentariamente el alcance de estos auxilios requie-

Estado, a las que se refería la LA, eran ya de gran importancia e interés: desarrollo, implantación o modificación de tecnologías, procesos, instalaciones o equipos; cambios en la explotación que signifiquen una disminución en los usos y consumos de agua o una menor aportación en origen de cargas contaminantes a las aguas utilizadas; plantaciones forestales cuyo objetivo sea la protección de los recursos hidráulicos; potabilización, desalinización de aguas y depuración de aguas residuales mediante procesos o métodos más adecuados; implantación de sistemas de reutilización de aguas residuales, y desarrollo de actividades de investigación en estas materias.

Es deseable que se regulen en los Planes Hidrológicos o, fundándose en ellos, cuanto antes, tanto los aspectos básicos del régimen de auxilios del Estado a que se refiere el artículo 102 de la LA como de los nuevos propuestos en el propio A. de L. del PHN. La situación actual de vacío o de diferencias evidentes entre las distintas CC.AA. no es deseable y podría distorsionar las condiciones de concurrencia que son objeto de vigilancia especial en la Unión Europea.

## 2. REVISIÓN DE LAS CONCESIONES

El artículo 17.1 y 2 de A. de L. del PHN, al regular la adecuación de dotaciones en regadío, dispone que las dotaciones máximas de riego que deben establecer los Planes Hidrológicos de cuenca serán de aplicación tanto a las nuevas transformaciones de tierras en regadío como a las modificaciones de las concesiones vigentes, teniendo que programar los propios Planes las actuaciones necesarias para adecuar de manera progresiva los consumos de los regadíos existentes a las dotaciones establecidas a estos efectos, antes del cumplimiento del primer período del Plan.

La disposición adicional décima del A. de L. del PHN regula el procedimiento para la aplicación de la revisión de las concesiones que se tiene que llevar a cabo como consecuencia de la aplicación de las medidas previstas en el PHN y en los Planes Hidrológicos de cuenca: La Administración hidráulica competente notificará al particular los términos de su concesión incompatibles con los contenidos del Plan, con carácter previo a la incoación del procedimiento de revisión y concediéndole un plazo de

---

ren una elaboración muy cuidada que, posiblemente, sólo quepa establecer en el marco de la planificación hidrológica, puesto que es en él en el que se pueden llevar a cabo las funciones de coordinación que el Estado detenta y que la regulación del asunto requiere. Un supuesto más de la supeditación de la solución de muchas cuestiones a la aprobación de la planificación hidrológica, a pesar de la conveniencia y la urgencia de regularlas.

audiencia no inferior a treinta días. El concesionario podrá presentar un plan de adecuación sucesiva del ejercicio de sus derechos concesionales que permita mejorar sustancialmente la situación de partida y preservar los valores tutelados por las nuevas determinaciones de la planificación hidrológica. La decisión final de la Administración deberá ir precedida de un estudio que permita demostrar suficientemente el beneficio que para los intereses generales se deriva de la revisión de la concesión. En todo caso y para la adopción de la decisión deberá ponderarse la proximidad o no del término del plazo concesional. Este procedimiento se prevé que sea aplicable en las cuencas intracomunitarias en defecto de regulación específica.

También se regula en el A. de L. del PHN la posible modificación en la asignación de recursos en sistemas deficitarios, entendiendo el artículo 66 que se produce un déficit en un sistema de explotación de recursos cuando no sea posible atender la demanda con las posibilidades hídricas del sistema incluyendo en ellas las actuaciones dirigidas al ahorro de agua, la utilización coordinada de aguas superficiales y subterráneas, la utilización de retornos y otras medidas técnicas, en función de criterios de viabilidad técnicos, económicos y ambientales, y disponiendo el artículo 97 que podrán el Organismo de cuenca o la Administración hidráulica competente acordar la modificación de la asignación de recursos desde un uso a otro que sea prioritario según el orden establecido en el artículo 58 de LA o, en su caso, en el correspondiente Plan Hidrológico, previo acuerdo entre los titulares de los derechos afectados y con el cumplimiento de los principios regulados en el propio precepto, que distingue según la modificación sea meramente temporal (en cuyo caso la decisión final no podrá adoptarse sin la práctica de un período de información pública por plazo mínimo de un mes) o de forma permanente, en cuyo caso se seguirá el procedimiento de modificación de concesiones regulado en el Reglamento del Dominio Público Hidráulico sin que deba tener lugar, necesariamente, el trámite de competencia de Proyectos. Y todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de revisión de concesiones que, en su caso, pueda tener lugar en función de la aplicación del ordenamiento jurídico correspondiente.

Este ordenamiento general se refiere a la posibilidad de revisión de las concesiones conforme al artículo 63 de la Ley de Aguas que distingue los casos en que se hayan modificado supuestos determinantes de su otorgamiento, los de fuerza mayor a petición del concesionario y los exigidos por la adecuación a los Planes Hidrológicos, objeto de las normas que acabamos de transcribir del A. de L. del PHN.

También tiene interés el desarrollo y aplicación de lo establecido en la disposición transitoria 7.<sup>a</sup> de la LA que impone a los Organismos de cuenca revisar las características de los aprovechamientos actualmente inscritos en

el Registro de aprovechamientos de aguas públicas como trámite previo al traslado de sus asientos al nuevo Registro de Aguas.

El número 3 del artículo 59 de la LA establece que la Administración concedente podrá imponer la sustitución de la totalidad o de la parte de los caudales concesionales por otros de distinto origen, con el fin de racionalizar el aprovechamiento del recurso. La Administración responderá únicamente de los gastos inherentes a la obra de sustitución, pudiendo repercutir estos gastos sobre los beneficiarios.

### 3. MEJORA Y MODERNIZACIÓN DE REGADÍOS TRADICIONALES CON CRITERIOS DE ORDENACIÓN INTEGRAL DEL TERRITORIO Y DE LOS RECURSOS DE AGUA Y SUELOS

El artículo 46 del A. de L. del PHN dispone que los Planes Hidrológicos de cuenca deberán programar la determinación de zonas sensibles de acuerdo con los criterios y plazos establecidos en la Directiva 91/271/CEE, a los efectos de limitación de nutrientes en los vertidos que afecten a dichas zonas. También deberán programar la identificación de las aguas afectadas por la contaminación por nitratos utilizados en la agricultura y la determinación de zonas vulnerables para su designación con arreglo a los criterios generales definidos en la Directiva 91/676/CEE. Estas determinaciones podrán favorecer una ordenación integral de los regadíos, dirigida a la conservación de agua y suelo, que deberá también, no obstante, plantearse con un mayor alcance, particularmente por las Administraciones de las CC.AA.

La competencia plena de las CC.AA. en la ordenación del territorio y la aplicación de las Leyes dictadas sobre la materia en la mayoría de ellas tendrá que plasmarse en directrices de ordenación del suelo no urbanizable que permitan abordar las auténticas mejoras y modernizaciones de zonas tradicionales necesitadas de estos planteamientos integrales, en los que se delimite finalmente lo rural y lo urbano y se emprenda en los sectores con vocación agraria una verdadera modernización de los sistemas de riego, junto con actuaciones generales de depuración, saneamiento y drenaje. Este es el complejo problema cuya solución tendrán que plantearse en profundidad las Administraciones agrarias e hidráulicas de las CC.AA., dedicando preferente atención al mismo en un período que es de prever dure bastantes años y en el que parece evidente que la política de regadíos tendrá que ir orientada hacia la mejora y modernización de los ya existentes en lugar de la realización de nuevas transformaciones, porque así resulta de los criterios comunes sobre la materia de riegos explícitos en la planificación hidrológica general y en la política de estructuras agrarias e implícitos en la PAC.

#### 4. POSIBILIDAD Y CONVENIENCIA DE TRANSFERIR LA EXPLOTACIÓN DE ZONAS REGABLES A LAS COMUNIDADES Y SINDICATOS DE RIEGO

En las relaciones de las Comunidades de usuarios, como Corporaciones de Derecho Público, con la Administración Pública del Agua, se ponen de manifiesto tres aspectos diferentes aunque muy relacionados entre sí: las comunidades ejercen algunas funciones administrativas, participan en los órganos colegiados de la Administración Hidráulica y están bajo la tutela de esta Administración (30).

Las Comunidades de Usuarios, en su calidad de Corporaciones de Derecho Público, no son Administración Pública pero ejercen, por ministerio de la Ley, determinadas potestades administrativas. En este sentido, puede decirse que son vicarías de la Administración Pública, puesto que la propia Ley les atribuye algunas funciones públicas, un «ámbito de competencias» [art. 76.5 LA] que comprende la «policía, distribución y administración de las aguas que tengan concedidas por la Administración» (art. 199.2 del RDPH). Esta potestad genérica se concreta en otras específicas, entre las cuales destacan la ejecutividad de los acuerdos de sus órganos colegiados y la posibilidad de ser las comunidades de usuarios beneficiarias de la expropiación forzosa y de la imposición de servidumbres.

El artículo 76.5 de LA dispone que los acuerdos de la Junta General y de la Junta de Gobierno, en el ámbito de sus competencias, serán ejecutivos, en la forma y con los requisitos establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo (31). De la aplicación de esta Ley y del artículo 75.4 de la

---

(30) Deben considerarse básicos —dice la Sentencia 227/1988 del TC— los preceptos que definen en sus líneas maestras las relaciones de las Comunidades de usuarios con la Administración de que dependen o que ostenta la potestad de tutela sobre las mismas. Tienen tal carácter las normas concretas que prescriben la aprobación de los Estatutos u Ordenanzas de las Comunidades y la naturaleza y alcance de dicha potestad de aprobación, tanto en cuanto a las Comunidades de primer grado como en cuanto a los convenios específicos, las Comunidades Generales y las Juntas Centrales de Usuarios, el artículo 74.1 que establece el principio general de tutela de las comunidades de usuarios por el organismo de cuenca y los preceptos que prevén un control sustitutivo de la Administración Hidráulica para el caso de que las Comunidades no aprueben sus Ordenanzas (art. 74.4) o establecen la obligación de las Comunidades de realizar las obras e instalaciones que la Administración les ordene a fin de evitar el mal uso del agua o el deterioro del dominio público hidráulico (art. 75.3), la sanción administrativa por el incumplimiento de dicha obligación y el recurso de alzada contra acuerdos de la Junta General y de la Junta de Gobierno de las comunidades de usuarios (art. 76.5).

(31) Esta referencia expresa a la Ley de Procedimiento Administrativo significa, sin duda, que esta Ley se aplicará a la actuación de las comunidades de usuarios cuando ejerzan las funciones de su competencia, o sea, las de policía, distribución y administración de los recursos hídricos (y demás bienes del dominio público hidráulico) que tuvieren concedidos; pero el hecho de ser Corporaciones de Derecho Público no basta para poder mantener que será de aplicación a las comunidades de usuarios la Ley de

LA resulta que la comunidad de regantes podrá exigir el importe de las deudas por gastos de conservación, limpieza o mejoras, así como cualquier otra motivada por la administración y distribución de las aguas, por la vía administrativa de apremio, y prohibir el uso del agua mientras no se satisfagan; y el mismo criterio se seguirá cuando la deuda provenga de multas o indemnizaciones impuestas por los Tribunales o Jurados de Riego. El artículo 75.1 de LA establece que las comunidades podrán ejecutar por sí mismas y con cargo al usuario los acuerdos incumplidos que impongan una obligación de hacer y que el coste de la ejecución subsidiaria será exigible por la vía administrativa de apremio, añadiendo el artículo 209 del RDPH que podrá solicitarse el auxilio necesario del Organismo de cuenca y designar los agentes recaudadores cuyo nombramiento se comunicará al Ministerio de Economía y Hacienda (32).

La ejecutividad de los acuerdos de las Comunidades producidos en el ámbito de las funciones públicas que la Ley les confía es consecuencia de que constituyen en tal supuesto auténticos actos administrativos (33) y la aplicación del procedimiento de apremio para el cobro de las cantidades adeudadas por los usuarios a la Comunidad, derivadas del gasto de conservación, limpieza, mejora, multas e indemnizaciones, fue establecida con meridiana claridad por la vigente Ley de Aguas y el RDPH (34).

---

Procedimiento Administrativo (ver al respecto TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, «Sobre la naturaleza de las comunidades de usuarios», *REDA*, 2, p. 294).

(32) El artículo 75.1 LA exceptúa de este régimen aquellas obligaciones que revisan un carácter personalísimo, y el artículo 209.4 del RDPH añade a lo recogido en el texto que los agentes recaudadores quedarán sometidos a las autoridades delegadas del Ministerio de Economía y Hacienda en todo lo que haga referencia a la tramitación del procedimiento, si bien la providencia de apremio habrá de ser dictada por el presidente de la comunidad. Las Comunidades podrán solicitar de dicho Ministerio que la recaudación se realice por medio de los órganos ejecutivos del mismo.

(33) Ver TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Las comunidades de usuarios...*, cit.

(34) Ver PRIETO RODRÍGUEZ, F., «Comunidades de usuarios y vía de apremio», en *AIDA III*. Alicante, 1989, quien añade que en la práctica, sin embargo, el procedimiento ha resultado inoperante hasta la fecha por los motivos y circunstancias que analiza, que son fundamentalmente los siguientes: la legislación fiscal distingue con claridad entre ingresos de Derecho Público, a los que es aplicable la vía de apremio, e ingresos o derechos privados, a los que sólo es aplicable el procedimiento previsto en el Ordenamiento civil; asimismo distingue entre Administración Pública, que comprende los organismos autónomos y entidades delegadas o Corporaciones de Derecho Público, a las que no es automática la aplicación directa de la vía de apremio, sino que exige acuerdo previo del Ministerio de Economía y Hacienda, conforme a lo previsto en el artículo 6.1 del Real Decreto de 13 de junio de 1986. Por otra parte, las autoridades del Ministerio de Economía y Hacienda no parecen partidarias de facilitar el ejercicio de la vía de apremio a través de sus órganos específicos ni ratificar el nombramiento y actuación de agentes recaudadores ejecutivos designados por las Comunidades de Usuarios. Estas dificultades podrían solventarse mediante convenios de colaboración entre las Comunidades de Usuarios y el Ministerio de Economía y Hacienda, o entre este último depar-

Otra manifestación del ejercicio de potestades de la Administración consiste en que las comunidades de usuarios serán beneficiarias de la expropiación forzosa y de la imposición de las servidumbres que exijan su aprovechamiento y el cumplimiento de sus fines (art. 75.2 de la LA). Podrán solicitar del Organismo de cuenca que, conforme a las disposiciones vigentes, se declaren de utilidad pública los aprovechamientos de que son titulares o la ejecución singularizada de determinadas obras o proyectos. Obtenida la declaración de utilidad pública podrán solicitar del Organismo de cuenca la expropiación forzosa de los bienes y derechos afectados por las obras o proyectos declarados de utilidad pública, tramitándose los respectivos expedientes de acuerdo con la legislación de expropiación forzosa (art. 210.2 y 3 RDPH).

La participación de los usuarios y, entre ellos, básicamente los regantes integrados en comunidades, en los Organos Colegiados de la Administración Pública del Agua, se estructura desde los órganos más simples y de gestión propiamente dicha a los más complejos, con funciones de gobierno y de planificación hidrológica, conforme al siguiente sistema:

1.º Constitución de las diferentes Juntas de explotación de las obras hidráulicas y de los recursos de agua, superficiales y subterráneos (35).

2.º Constitución de la Asamblea de Usuarios de la Confederación correspondiente, con el conjunto de las Juntas de Explotación.

3.º Elección, de entre los miembros de la Asamblea de usuarios, por los representantes en la misma de cada una de las clases de aprovechamiento y en la proporción que corresponderá a los respectivos intereses implicados, de un tercio al menos de los vocales del Consejo de Agua de la cuenca y de la Junta de Gobierno de la Confederación; incluido el Vicepresidente Segundo de ambos órganos colegiados, elegido a su vez, de entre ellos, por estos vocales representantes de los usuarios.

4.º Nombramiento por la Junta de Gobierno, a propuesta de la Asamblea de Usuarios, de los representantes de los mismos en la Comisión de Desembalses.

5.º Elección, de entre los representantes de los usuarios en el Consejo del Agua de la cuenca, de los que tienen que representarlos, a su vez, en el Consejo Nacional del Agua.

---

tamento y los organismos de cuenca respectivos; las Confederaciones Hidrográficas (que pueden auxiliar a las Comunidades conforme a lo previsto en el art. 209 2 del RDPH) deberían, en este último caso, suscribir igualmente convenios previos con las Comunidades de Usuarios de su cuenca a fin de configurar como ingresos públicos las cantidades adeudadas por los partícipes o usuarios de las Comunidades afectadas.

(35) La participación de las Comunidades de Usuarios en estas Juntas de Explotación, punto de partida de la participación de las mismas en los demás órganos colegiados, está regulada en los artículos 41 a 43 del Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica.

Este es el proceso, incluso cronológico, de constitución de los órganos colegiados, de carácter general, de la Administración Pública del Agua. Con carácter ocasional, cuando la importancia de las obras lo requiera, se constituirá también las correspondientes Juntas de Obras.

Las comunidades de usuarios del agua estarán adscritas (como Corporaciones de Derecho Público) al Organismo de cuenca correspondiente, el cual velará por el cumplimiento de sus Estatutos u Ordenanzas y por el buen orden del aprovechamiento (art. 74.1 LA). Esta tutela de la Administración Pública del Agua se concreta, además, en la prestación del auxilio necesario para el cumplimiento de sus acuerdos, relacionados con las funciones de administración, policía y distribución de las aguas y cumplimiento de las Ordenanzas (art. 209.2 RDPH), en la posibilidad de imponer la realización de obras e instalaciones, en la de sustituir a las Comunidades en determinados supuestos y en la resolución de sus conflictos y recursos administrativos.

Todas las características legales descritas de las comunidades de usuarios en general y de las de regantes en particular hacen de ella entidades idóneas para asumir, de forma directa, prácticamente todas las funciones relativas a la gestión, explotación y conservación de los regadíos. Lógicamente la situación no puede ser la misma en regiones o comarcas con gran tradición en comunidades de riego que en otras en que esta circunstancia no se dé, ni estarán igualmente capacitadas para asumir la gestión completa de las zonas regables comunidades pequeñas y sin apenas organización que Comunidades Generales o Sindicatos Centrales que de hecho ya vienen colaborando con la Administración hidráulica de forma importante. Por ello, la transferencia de funciones que pudiera decidir llevar a cabo la Administración, tendría que hacerse de forma voluntaria y paulatina, previa preparación incluso de nuevos gestores y refuerzo de algunos cometidos de las comunidades de regantes reconocidos ya legalmente pero que no se ejercen de hecho por dificultades de todo tipo.

La posible colaboración de estas entidades de riego para la solución de los problemas de gestión del agua y de otros conexos, como los de saneamiento y drenaje, salinización de tierras y aguas y reutilización de las depuradas, aparece, por consiguiente, como un nuevo y fundamental motivo de promoción de las mismas.

EMILIO PÉREZ PÉREZ  
Doctor en Derecho

# Objeto social y poder de representación en la Sociedad Anónima (\*)

**SUMARIO.** I. SIGNIFICADO Y FUNCION DEL OBJETO SOCIAL. UNA VISION CRITICA.—II. ANTECEDENTES EN DERECHO ESPAÑOL.—III. REGIMEN VIGENTE (TEXTOS LEGALES): 1. PLANTEAMIENTO. 2. EL ARTÍCULO 9 DE LA DIRECTIVA 68/151/CEE. 3. LOS ARTÍCULOS 128 Y 129 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS.—IV. DELIMITACION DEL SISTEMA.—V. ALGUNAS CONSIDERACIONES ADICIONALES: 1. OTORGAMIENTO DE PODERES POR LA JUNTA. 2. AUTORIZACIÓN PARA LA REALIZACIÓN DE CIERTAS OPERACIONES. 3. CONFIGURACIÓN ESTATUTARIA DEL OBJETO SOCIAL. 4. CLÁUSULAS ESTATUTARIAS DE ATRIBUCIÓN DE FACULTADES. 5. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE PODER DE LOS ADMINISTRADORES. 6. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES.—VI. OBJETO SOCIAL Y CALIFICACION REGISTRAL —VII. CONCLUSION.

## I. SIGNIFICADO Y FUNCION DEL OBJETO SOCIAL: UNA VISION CRITICA

*«La idea que puede servirnos de punto de partida y que traduce de modo singularmente notable la especialidad del apoderamiento mercantil frente a la disciplina general de la representación en el Derecho Civil puede formularse en estos términos: dentro de la actividad de la empresa los auxiliares gozan, sin necesidad de un otorgamiento expreso de los poderes necesarios para el ejercicio de su función...» (A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, «Auxiliares del empresario», RDM, 1959, p. 281).*

La misma reflexión que hace treinta y cinco años formulaba don AURELIO MENÉNDEZ sirve hoy de hilo conductor en el estudio de una materia

---

(\*) Escrito para los «Estudios-homenaje al profesor Aurelio Menéndez».

—el ámbito del poder de representación de los administradores en la sociedad anónima— que presenta un claro paralelismo con la anterior. Si cualquier actividad empresarial tiende, por su propia naturaleza, a una actuación organizada, sistemática y reiterada en el mercado, se comprende fácilmente que la determinación del ámbito del poder de los representantes, orgánicos o voluntarios, del empresario es una cuestión de enorme trascendencia práctica y motivo de seria discusión en cualquier ordenamiento. En nuestro Derecho el contenido «mínimo» e «inderogable» del poder de ciertos representantes se ha vinculado históricamente al «giro o tráfico» de la empresa, noción que en el ámbito de las sociedades de capital se ha estimado equivalente al objeto social delimitado de los Estatutos. Dado que esta vinculación responde a una antigua tradición —desde el artículo 175 del Código de Comercio de 1829 que recogió la figura romana del «institor», pasando por el equivalente artículo 286 del Código de 1885, hasta el reciente artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989—, la doctrina de la determinación del poder de representación por el objeto social ha llegado a ser considerada por varias generaciones de juristas españoles como la piedra angular del régimen del órgano de administración en la sociedad anónima. La reforma de nuestra legislación mercantil que arranca de la Ley 19/1989 («De reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea [CEE] en materia de sociedades») ha obligado a someter a revisión muchas nociones jurídicas firmemente arraigadas; pero en este punto era imprescindible, en cualquier caso, una revisión crítica de la doctrina anterior a la vista de una práctica poco satisfactoria y de una dogmática que, por una parte, había oscurecido la auténtica naturaleza del objeto social (que se desenvuelve en el ámbito de las relaciones internas de la compañía), y por otra, sobrevalorado claramente lo que no es sino la solución adoptada en una etapa concreta de la evolución del Derecho de Sociedades:

a) El enfoque adecuado para comprender la función que el objeto social está llamado a desempeñar resulta de la contraposición entre el régimen legal de la sociedad colectiva y el de la sociedad anónima. En la escritura social de una compañía colectiva no es necesaria la determinación de un «objeto social», tal como resulta del artículo 125 del Código de Comercio (que omite toda referencia a esta mención) y de los artículos 136 y 137 («*En las sociedades colectivas que no tengan género de comercio determinado...*»; «*si la compañía hubiera determinado en su contrato de constitución el género de comercio en que haya de ocuparse...*»). En cambio, en una sociedad anónima la determinación del objeto social es una mención estatutaria esencial [artículo 9.b) de la Ley], cuya omisión determina la nulidad de la sociedad [artículo 34.b)]. Esta disparidad se basa en

la profunda diferencia estructural entre ambas formas sociales y, correlativamente, entre la posición del socio colectivo y la del accionista que carece de la facultad de participar directamente en la gestión de la compañía (que al socio colectivo atribuye el artículo 129 del Código de Comercio), está sometido a las decisiones de la mayoría (a diferencia del régimen de actuación unánime que apuntan los artículos 130 y 143 del Código) y a la rígida disciplina del capital social —contrapeso de la limitación de responsabilidad— que no permite obtener la restitución de las aportaciones realizadas (frente al derecho de separación automático del socio colectivo: artículo 224 del Código de Comercio). Si según la conocida y frecuentemente citada expresión de RIPERT: «*la sociedad anónima es un maravilloso instrumento creado por el capitalismo moderno para recoger el ahorro con el fin de fundar y explotar nuevas empresas*» («Aspectos jurídicos del capitalismo moderno», 1950, p. 109), un instrumento que nace cuando las necesidades de financiación de la gran empresa no pudieron ser atendidas por las antiguas formas sociales de estructura contractual, la concreta delimitación de la actividad a la que se van a destinar los recursos económicos obtenidos del público es una exigencia funcional de un mecanismo jurídico caracterizado por el organismo de terceros, la sujeción al principio mayoritario y la irrevocabilidad de las aportaciones. De este esquema resulta con claridad que la función básica del objeto social, exigida por la naturaleza del tipo social en cualquier sistema legislativo, se desenvuelve en el ámbito de las relaciones internas de la sociedad, y se concreta en la necesidad de una precisa determinación estatutaria, en la existencia de un régimen especialmente riguroso para la modificación del objeto social, en la responsabilidad de los administradores en caso de extralimitación y en la tipificación de la imposibilidad de conseguir el fin social como causa de la disolución de la compañía.

b) La delimitación de las facultades y el equilibrio de poderes entre los órganos sociales ha variado, en cambio, considerablemente a lo largo del tiempo, en una curiosa sintonía con la evolución de las ideas y de los regímenes políticos que, en su día, hizo notar GARRIGUES (*Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, edición de 1982, p. 412). En las grandes compañías que surgen en el siglo xvii para atender a las necesidades del comercio colonial, en íntima conexión con las monarquías absolutas de la época y dotadas de un régimen singular y privilegiado, los administradores —nombrados por el poder público— están investidos de poderes ilimitados no sujetos a control por las asambleas de accionistas que desempeñan un escaso papel. La irrupción de la sociedad anónima en el tráfico privado en la primera mitad del siglo xix determinó una profunda alteración en su estructura interna, que se organiza a imagen y semejanza del Estado liberal y parlamentario: la Junta General es el «órgano soberano» que define la voluntad social y que,

mediante el principio mayoritario, ofrece a todo accionista la posibilidad de influir con su voto en la dirección de la compañía. La Junta estaba investida de una «competencia residual»: no sólo le correspondía decidir sobre las materias expresamente conferidas por la Ley y los Estatutos, sino también sobre todas aquellas no atribuidas expresamente a otros órganos sociales. En este esquema el Código francés de 1807 atribuyó a los administradores la condición de «mandatarios» de los socios, calificación mantenida en la legislación posterior (Leyes de 1867, 1940 y 1943) y asumida por el Código italiano de 1882 y el español de 1885. Esta solución que teóricamente garantizaba una estrecha sujeción del administrador a las instrucciones impartidas por la Junta resultaba, en cambio, poco satisfactoria en orden a garantizar rapidez y seguridad en la contratación; los administradores no tenían más facultades representativas que las que expresamente les habían sido conferidas y no se garantizaba la atribución de esos «... *poderes necesarios para el ejercicio de su función...*» que el tráfico mercantil exige (es sumamente significativo que los artículos 444 y 447 de nuestro Código de Comercio establecieran que los administradores de compañías se entendían autorizados por el solo hecho de su nombramiento para firmar, a nombre de la sociedad, en letras de cambio, como libradores, endosantes o aceptantes). Ante esta situación, los diversos movimientos de «reforma de la sociedad anónima» que se desarrollaron desde los primeros años del siglo xx coincidieron en la necesidad de introducir una «corrección» en el sistema; este es el origen de la función del objeto social como elemento definidor del «ámbito mínimo» del poder de representación de los administradores que, sin embargo, no recibió acogida expresa en los textos legales hasta mediados de siglo: Código italiano de 1942, Ley española de 1951, Ley francesa de 1966.

En Alemania el derecho de sociedades había seguido una evolución muy diferente. Los Códigos de 1861 y 1897 ya habían partido de la atribución de un poder de representación ilimitado a los administradores; la Ley de Sociedades Anónimas de 1937 dio un paso más y estableció una distribución imperativa de competencias entre los órganos sociales en el que no sólo la representación, sino también la gestión de la sociedad corresponde con carácter exclusivo a la Dirección («Führerprinzip»), que ejerce estas funciones bajo su responsabilidad y la supervisión de un órgano específico de control: el Consejo de Vigilancia. La Junta de Accionistas queda así configurada como un órgano de «competencia especial» que está excluida de la toma de decisiones empresariales y no desempeña más funciones que las que expresamente le atribuye la Ley. La Ley alemana de 1937 ha influido claramente en todas las legislaciones europeas posteriores, en las que se ha producido un reforzamiento de la posición del órgano de admi-

nistración en el seno de la sociedad anónima que no puede dejar de influir en el sistema de atribución de facultades representativas.

## II. ANTECEDENTES EN DERECHO ESPAÑOL

En el Código de Comercio de 1885 el ámbito de las facultades representativas de los administradores y, en consecuencia, las condiciones de una actuación eficaz de los mismos frente a terceros estaba determinado por el contenido de las cláusulas estatutarias y por los acuerdos que al efecto hubiese adoptado la Junta General. A esta solución se llegaba no sólo por la configuración de los administradores como «mandatarios» de la sociedad (artículos 122.3 y 156 del Código de Comercio) cuyo ámbito de poder queda delimitado en consecuencia por los términos del mandato (artículos 1.713 y 1.714 del Código Civil), sino también por la expresa declaración del artículo 154 que establecía la responsabilidad de masa social por *«las obligaciones contraídas.. por persona legítimamente autorizada y en la forma prescrita en su escritura, Estatutos o Reglamentos»*. De acuerdo con este planteamiento, el «nombramiento y cese de administradores» no constituía una categoría autónoma dentro del catálogo de actos inscribibles en el Registro Mercantil, sino que se entendía subsumida en la categoría de los *«poderes generales... dados a gerentes, factores dependientes y cualesquiera otros mandatarios»* cuya inscripción estaba prevista en el número 6.º del primitivo artículo 21 del Código de Comercio (en la misma línea, el artículo 38.2 del Reglamento interino para la organización y régimen del Registro Mercantil aprobado por Real Decreto de 21 de diciembre de 1885). Cuando posteriormente el artículo 122 del Reglamento de 1919 dio un tratamiento individualizado a las «compañías anónimas» e impuso la necesidad de hacer constar en la primera inscripción la identidad de las *«personas que habrán de ejercer la administración»* (apartado 11), exigió al mismo tiempo la determinación de las *«facultades de los Consejos de Administración o Juntas directivas y de los Directores o Gerentes»* (apartado 12).

Este punto de vista era acogido sin apenas discusión en la doctrina; así afirmaba A. VICENTE Y GELLA (*Curso de Derecho Mercantil Comparado*, 1945, p. 229) que *«... por lo que afecta al Derecho español hay que estar igualmente en primer término a lo prescrito en los Estatutos. Felizmente, en la mayor parte de los contratos fundacionales se articulan, a veces con detalle excesivo, las atribuciones de los administradores. No es raro, sin embargo, advertir lagunas totales respecto del particular. En tal supuesto el problema sólo puede resolverse, a nuestro juicio, haciendo jugar*

*las reglas del mandato y especialmente los artículos 1.713 del Código Civil y 236 del de Comercio. Si los Estatutos no especifican dichas facultades se tratará de un mandato general que por lo tanto no faculta más que para los actos de administración. Pero como el artículo 236 del Código de Comercio presume autorizado al factor para todos los contratos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento, habrá que concluir en suma que tales administradores están facultados: 1) Para toda clase de actos de administración, y 2) Para todas aquellas operaciones propias del género de negocios normalmente explotados por la empresa, aun cuando éstas implicarán actos de dominio...»*

Las Leyes de 1951 y 1953 acudieron, en cambio, a la noción de «giro o tráfico» de la empresa como medida delimitadora de las facultades representativas de los administradores.

**Artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas:** *«La representación de la sociedad en juicio y fuera de él corresponde al Consejo de Administración. En defecto de éste, la representación se regirá por lo dispuesto en los Estatutos y en los acuerdos de la Junta General*

En todo caso, la representación de la sociedad se extenderá a todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa».

**Artículo 11 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada:** *«La administración de la sociedad se encomendará a una o más personas, socios o no, quienes la representarán en todos los asuntos relativos al giro o tráfico de la misma, obligándola con sus actos y contratos. Será ineficaz contra terceros cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, sin perjuicio de los apoderamientos que se puedan conferir a cualquier persona, cuyas facultades se medirán por la escritura de poder».*

A pesar de la falta de identidad en el tenor literal de los preceptos se generalizó una interpretación uniforme en la que la actuación externa de los órganos de las sociedades de capital aparecía configurada por las siguientes notas:

1.<sup>a</sup> Los administradores son un órgano de existencia necesaria al que la Ley encomienda la representación de la sociedad en sus relaciones con terceros, función ajena, en principio, a la competencia de la Junta. La remisión a «lo dispuesto en los Estatutos y en los acuerdos de la Junta General» debía entenderse referida a la posibilidad de separar —en ausencia de Consejo de Administración— las funciones administrativas (internas) y

las funciones representativas (externas), atribuyéndolas a personas distintas, pero sin que por ello deje de ser inexcusable la existencia de un órgano investido frente a terceros de las facultades señaladas en la Ley (en este sentido, J. GARRIGUES y R. URÍA en «Comentario...», tomo II, edición de 1976, p. 121).

La Resolución de 6 de diciembre de 1954 consideró «... *que el Consejo de Administración es el único órgano externo de la sociedad que dirige, gobierna y representa con extensas facultades, tanto para administrar —en el sentido típico que el Derecho Mercantil atribuye a esta palabra— como para representarla...*». En la misma línea la Resolución de 24 de abril de 1980 confirmó la nota del Registrador que había denegado la inscripción de una cláusula estatutaria de una sociedad de responsabilidad limitada al entender que mediante la misma «*se ha pretendido dejar sin efecto la distinción que la Ley vigente impone entre la existencia de un órgano deliberante y otro de administración, que quiere sean siempre distintos y cada uno con su esfera de competencia propia...*» La Resolución de 31 de octubre de 1989 **rechazó** la inscripción de un acuerdo social en virtud del cual la Junta debía asumir la administración de la sociedad en tanto no se procediera al nombramiento de un nuevo Consejo, dado que «*la función de gestión social atribuida a los administradores es incompatible, por su propia naturaleza, con las especiales características de un órgano colegiado como es la Junta General. Esta actúa de manera intermitente y su régimen se caracteriza por una rigidez que mal aviene con las exigencias puntuales de la administración de los asuntos sociales...*»

2.<sup>a</sup> El poder de representación de los administradores se extiende, como mínimo, «*a todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa*», noción que alude al ámbito de las actividades propias de la sociedad anónima de que se trate y, por tanto, resulta equivalente al concepto de «objeto social».

Un punto de vista particular fue defendido por M. DE LA CÁMARA ALVAREZ («Representación de sociedades mercantiles», *RDN*, 1967, y reiterado en «La representación de la sociedad anónima», Conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Barcelona en 1989), que partiendo de una noción estricta de «giro o tráfico» basada en el «sentido literal de las palabras» y en la comparación con el artículo 286 del Código de Comercio, sostuvo que única-

mente podían entenderse incluidos en el mismo aquellos que directamente concurren a la realización del objeto social, y no aquellos que simplemente coadyuvan a su realización: la compra de un local para instalar una dependencia de la empresa sería un acto que contribuye a la realización del objeto, pero no un acto comprendido dentro del giro o tráfico de la empresa. Por su parte, J. L. IGLESIAS PRADA (*Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, 1971, p. 115) entendía que mientras que el «objeto social», en cuanto mención estatutaria, hace referencia a algo estático, el «giro y tráfico» sólo parece comprensible desde una perspectiva dinámica, desde el campo de las actuaciones que pretenden desarrollar aquel objeto. Bajo esta idea no cabe duda de que, en ocasiones, puede comprender una mayor o menor esfera de actividades, de forma que en los casos en que el giro o tráfico exceda notoriamente del objeto social habría de estimarse aplicable el artículo 76.2.º, a cuyo tenor literal podrían acogerse los tribunales para proteger al tercero de buena fe.

Estas interpretaciones que partían de la diferenciación entre los conceptos de «giro y tráfico» y «objeto social» fueron rechazadas por la Dirección General de los Registros al declarar en Resoluciones de 17, 25 y 26 de abril de 1972 que *«... una de las finalidades que cumple la necesidad de determinar el objeto social en los Estatutos de la sociedad anónima... es precisamente que dicho objeto concrete el límite de las facultades de representación de los administradores al establecer el artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas que “la representación de la sociedad se extenderá a todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa”. expresión esta última que debe entenderse sustancialmente equiparada a objeto social...»*

3.ª Las facultades de los administradores podían, no obstante, ser ampliadas por acuerdo de los administradores o por disposición de la Junta General.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1989 afirmaba que *«... tal contenido mínimo e inderogable en las funciones representativas del órgano de administración es eso, mínimo, y no obstaculiza por lo tanto que la sociedad lo amplía a otras actividades o asuntos, en cuyo caso tales facultades tendrán como fuente legitimadora los estatutos o acuerdos sociales y no el referido artículo 76.2 de la Ley...»* La Resolución de la DGRN de 2 de octubre de 1981 destacaba *«... que los supuestos*

*que integran ese contenido mínimo de facultades pueden ser ampliados por las propias sociedades a otros actos al autorizar al órgano administrativo su realización, ya sean en los propios Estatutos, ya sea por acuerdo del órgano competente para un determinado acto concreto»; y en la misma línea la Resolución de 6 de septiembre de 1982: «... conforme a la reiterada doctrina de este Centro, los administradores de una sociedad anónima extienden su representación, como mínimo, a todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa, según establece el artículo 76.2 de la Ley, facultades que pueden ser ampliadas por los Estatutos sociales o la Junta General...»*

4.<sup>a</sup> El carácter «ilimitable» que se predica del poder de representación de los administradores se refiere únicamente al «contenido mínimo» de facultades delimitado por el objeto social.

Así, la Sentencia de 11 de octubre de 1983 entendió que el artículo 76 de la Ley «... está afirmando la existencia de un círculo mínimo de facultades que corresponden al órgano de administración para el cumplimiento del fin u objeto social, con la consecuencia de que cualquier limitación que de tales facultades se establezca en los Estatutos o fuera de ellos será ineficaz respecto a terceros...» La Resolución de 16 de diciembre de 1981 afirmaba que «... característica esencial de estas facultades representativas de los administradores es la ineficacia contra terceros de cualquier limitación a todo lo que se encuentre comprendido dentro de los asuntos del giro o tráfico de la sociedad, según establece el artículo 11 de la Ley...»

La claridad de los postulados anteriores desaparecía, no obstante, en el momento de su aplicación práctica dada la falta de concreción en que quedaban algunas de las piezas esenciales del sistema:

a) En primer lugar, por la imposibilidad de establecer con claridad cuándo un acto debía estimarse comprendido dentro de «los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa». La Ley no suministra criterio alguno para resolver esta cuestión, quizá porque sus redactores no se percataron de la trascendencia que la cuestión iba a tener en la práctica; así, J. GARRIGUES y R. URÍA defendieron una interpretación generosa del artículo 76 al afirmar que «... el órgano administrativo de la sociedad anónima puede realizar válidamente todos los actos y negocios jurídicos que, según el uso del comercio, estén incluidos en el círculo de las actividades propias

*de la sociedad anónima, desde el más sencillo acto de gestión hasta el más importante acto de disposición..., y tanto si se trata de asuntos ordinarios como si se trata de asuntos extraordinarios» (Comentario..., p. 123).* En cambio, en el «derecho vivo» de las sociedades anónimas la cautela fue la nota predominante y se generalizaron tanto las cláusulas estatutarias que concretaban las facultades de los administradores (a fin de evitar que pudiera ponerse en cuestión la competencia de éstos para concluir ciertos negocios) como aquellas que reservaban a la Junta la realización de algunos actos que se reputaban de especial trascendencia (disposición sobre bienes inmuebles, afianzamientos, etc.), de forma que en la práctica resultaba necesario —al igual que sucedía bajo el régimen del Código de Comercio— acudir a los Estatutos para poder formular un juicio suficientemente fundamentado acerca de las facultades de los administradores.

La posibilidad de concretar estatutariamente las facultades de los administradores mediante una enumeración de actos jurídicos que aquéllos estaban autorizados a realizar encontraba cierto fundamento en el artículo 4 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956, que exigía «*la previa inscripción de las facultades de los gerentes o administradores para inscribir los actos o contratos otorgados por los mismos*». Es discutible que ésta fuera una interpretación correcta del precepto; el artículo 4 era un precepto de naturaleza estrictamente registral (mediante el que se formulaba la regla del «tracto sucesivo» en el Registro Mercantil) y no parece adecuado extraer del mismo conclusiones relativas al régimen de actuación del órgano de administración; es digno de destacar, en cambio, que el artículo 102 del Reglamento de 1956 —norma correlativa a la contenida en el artículo 122 del Reglamento de 1919— no imponía, de forma general, la determinación de las facultades del órgano de administración (determinación que sólo era necesaria en el supuesto de que la administración fuera conferida «a un Consejo y a uno o varios administradores singulares», y únicamente a efectos de determinar «sus respectivas facultades»). A pesar de que según la autorizada opinión de GARRIGUES (*Comentario...*, p. 124) estas cláusulas únicamente debían tener eficacia interna, alcanzaron en la práctica una enorme difusión ya que evitaban el escollo que en la vida diaria de la sociedad podía derivarse de una valoración estricta del objeto social. En esta línea, E. CANO FERNÁNDEZ («Algunos aspectos de la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas en relación con el Registro de la Propiedad», *RCDI*, 1988, p. 1313) sostuvo que no era necesaria la mención del objeto social en la escritura cuando los Estatutos

enumerasen las facultades del administrador y estuviera específicamente concretada la que éste realizaba; igualmente, la Resolución de 2 de octubre de 1981 admitió la concreción de ciertos actos en los Estatutos, y la de 31 de marzo de 1986 afirmó que la enumeración de facultades puede ser innecesaria o superflua, pero *«... su inclusión no supone una concreción, sino una aclaración útil en cuanto a las facultades de representación y gestión del órgano administrativo...»*

La Dirección General de los Registros y el Notariado destacó la dificultad de dilucidar si un acto concreto podía ser considerado o no idóneo para dar cumplimiento al objeto social, aun cuando llegó a establecer —en ocasiones sólo en el terreno de los principios— una doctrina proclive a los denominados «actos neutros», de forma que debía procederse a la inscripción de los actos realizados por los administradores siempre que no resultasen claramente contrarios al objeto social (Resoluciones de 2 de octubre de 1981 y 12 y 16 de mayo de 1989).

La Resolución de 31 de marzo de 1986 destacaba en relación a la necesidad de hacer constar el objeto social en la escritura que *«el Registrador ha de tener a la vista esta importante circunstancia, que de por sí conlleva una gran complejidad para su función calificadora...»* Más difícil resultó la fijación de soluciones concretas; la Resolución de 2 de octubre de 1981 señalaba *«... que los criterios que se han pretendido observar para determinar de una manera objetiva si el acto se encuentra o no comprendido dentro del objeto social—como podría ser concreción de dichos actos en los Estatutos sociales y entender que sólo los allí enumerados serían los únicos que pueden llevar a cabo los administradores o el criterio de la exarbitancia del acto en relación al capital social— no pueden ser tenidos en cuenta de una manera absoluta por el Registrador, sino como un indicio o factor más a tener presente en la calificación...»* La Resolución de 11 de febrero de 1989 apunta un criterio teológico al afirmar que *«... no es la clase de acto en sí mismo lo que ha de tenerse en cuenta, sino si con ellos se alcanza la finalidad del objeto social...»*

b) En segundo término, porque ni la doctrina ni la jurisprudencia llegaron a configurar con claridad el régimen de los «actos extraños al objeto social». En principio su realización —o la autorización para su realización— debía corresponder a la Junta General, si bien a esta solución se llegaba a través de un razonamiento indirecto: se trata de actos ajenos

a la competencia del órgano de administración (artículo 76) que, no obstante, pueden ser realizados sin lugar a dudas por la sociedad dado que nuestro Ordenamiento se adscribe al sistema de la denominada «capacidad general» (artículo 38 del Código Civil; Sentencia de 5 de noviembre de 1959: «*en nuestro Derecho, por principio, las personas jurídicas gozan de una capacidad plena y general*»). La determinación del régimen aplicable a este acuerdo social suscitaba, no obstante, serias dificultades: la Junta General también está vinculada por el «programa de actividades» definido en los Estatutos y no cabía pensar en que una mera decisión adoptada con arreglo al principio mayoritario pudiera legitimar el empleo de los recursos de la compañía en actividades ajenas al desarrollo del objeto social, sino que parece que cualquier desviación debía someterse a los requisitos de la modificación estatutaria (artículos 58, 84 y 85 de la Ley de 1951). En la práctica era frecuente resolver el problema acudiendo al expediente de la «Junta Universal» (véase al respecto el comentario de J. P. RUANO BORRELLA, *El órgano de administración después de la Reforma de 1989*, 1991, p. 197), pero esta solución irregular no únicamente puede ser valorada como una manifestación de la «deformación del concepto de persona jurídica» denunciado por DE CASTRO, una desviación del modelo legal de sociedad anónima fundado en el principio mayoritario y en el que no es concebible remitir cuestión alguna al acuerdo unánime de los socios.

En cuanto al régimen de la actuación extralimitada de los administradores, la doctrina dominante lo situaba en el ámbito de la representación sin poder (artículo 1.259 del Código Civil) o de la transgresión de facultades (artículo 1.727), con la consiguiente posibilidad de ratificación.

En la jurisprudencia únicamente se encuentran consideraciones marginales, lo que contrasta con las abundantísimas referencias formuladas en relación a los demás aspectos del artículo 76. En la Sentencia de 10 de julio de 1987 se afirma que «... *era necesario para la validez del aval el que en los Estatutos figurara la concreta facultad de avalar o la de afianzar en términos generales, lo que según acaba de comprobarse no ocurre, por lo que se precisaba acuerdo de la Junta General, si es que podía adoptarse, ya que tan lejos se halla el aval del objeto propio de una aseguradora como que actualmente les está expresamente prohibido...*» No se trata de una doctrina precisa, ya que el problema de la extensión de las facultades de los administradores aparecía vinculado con el de la capacidad jurídica de la compañía. Por su parte, en algunas Resoluciones de la Dirección General de los Registros, tras prolijas consideraciones acerca de la función del objeto social, se llegaba a la conclusión de que el acto en cuestión debía inscribirse al haber

sido ratificado por la Junta (por acuerdo unánime de la totalidad del capital social), con lo que quedaba superado el problema de la actuación extralimitada de los administradores (Resoluciones de 16 de octubre de 1964, 2 de febrero de 1966 y 31 de marzo de 1989).

Contemplado con la perspectiva que permite el paso del tiempo, la aplicación de la Ley de 1951 muestra un claro alejamiento de los planteamientos iniciales y una cierta inercia que lleva a mantener nociones jurídicas propias del anterior régimen legal de los administradores. Probablemente, en la intención de sus redactores, el artículo 76 no se encaminaba a establecer una distribución de competencias entre los administradores y la Junta —que fue a lo que, en definitiva, condujo la interpretación doctrinal y jurisprudencial del precepto—, sino a marcar el tránsito desde un sistema que asimila la posición del administrador a la de un mandatario, a otro en el que aquéllos tienen la consideración de «órgano» de la sociedad, cuyas facultades representativas no derivan de la autonomía privada (acuerdos de la Junta o disposición estatutaria), sino que están tipificadas en la Ley. La noción de «giro o tráfico de la empresa» debió ser considerada como un expediente idóneo para investir a los administradores de los «poderes necesarios» para ejercer la efectiva dirección de la empresa. Por otra parte, no fue suficientemente valorado el hecho de que la regulación de los órganos sociales se había aproximado al sistema de la Ley alemana de 1937 y que ciertos preceptos apuntaban la configuración de la Junta como un órgano de «competencia especial» (artículo 48 de la Ley: «... *en los asuntos propios de la competencia de la Junta*») cuyas funciones típicas se desenvolvían en el ámbito interno y organizativo de la compañía (artículo 50: censura de la gestión social, aprobación de cuentas anuales y aplicación del resultado; artículo 58: emisión de obligaciones, aumento y reducción del capital, transformación, fusión, disolución y, en general, cualquier modificación estatutaria). Resultan sumamente significativas a este respecto ciertas afirmaciones del Estudio preliminar del Anteproyecto:

*«... el capital que los accionistas aportan no debe serlo todo... porque, en primer término, el capital ha de ser administrado por alguien, y en segundo lugar, porque lo que da valor a las aportaciones de capital es justamente la organización colectiva..., la solución prudente, por tanto, consiste en contrapesar los poderes de la dirección y el poder de la Junta General, reduciendo considerablemente la competencia de ésta y excluyendo de tal competencia todos los asuntos propios de la gestión ordinaria social...»*

El diseño del legislador —atribución *ex lege* a los administradores de un conjunto de facultades que les permitiera actuar en el tráfico mercantil, con independencia de los acuerdos de la Junta y de las cláusulas estatutarias— no llegó a realizarse completamente dada la falta de concreción del instrumento utilizado; la Reforma de nuestro Derecho de Sociedades, que arranca de la Ley 19/1989, de 25 de julio, sigue en apariencia los mismos pasos al establecer el artículo 129 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas que «*la representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los Estatutos...*» No obstante, el adecuado encaje del precepto exige tener en cuenta la aparición en escena de nuevos elementos: la necesidad de coordinar los textos legales nacionales con los de la Primera Directiva y la regla —innovadora en nuestro Derecho— de protección del tercero de buena fe, aun cuando el acto exceda del objeto social. La adecuada comprensión de los nuevos preceptos exige, en primer lugar, un análisis pormenorizado de los mismos.

### III. REGIMEN VIGENTE: TEXTOS LEGALES

#### 1. PLANTEAMIENTO

La adecuada comprensión del régimen aplicable a las facultades de los administradores no sólo requiere un minucioso examen de los artículos 128 y 129 de la Ley de Sociedades Anónimas, sino también el artículo 9 de la Primera Directiva del Consejo en materia de Derecho de Sociedades de 9 de marzo de 1968 (68/151/CEE). No es necesario recordar que de la Constitución Española resulta un sistema jurídico complejo en el que coexisten varias instancias con poder creativo de normas (Unión Europea, Estado, Comunidades Autónomas) y que el intérprete debe realizar una «aplicación integradora» de los bloques normativos resultantes. Cabe destacar que en algunas Resoluciones que tendremos ocasión de examinar (12 de junio de 1922, 12 de julio de 1993 y 3 de octubre de 1994) la Dirección General de los Registros no sólo dio entrada a la solución que —sin estar, en el primer caso, expresamente acogida en la Ley española— resultaba del texto comunitario, sino que el referido artículo 9 de la Primera Directiva fue citado entre los preceptos «vistos» como fundamento de la decisión.

Aun cuando excede del propósito de este trabajo, en este punto resulta necesario hacer una reflexión acerca del valor de la norma comunitaria.

a) En primer término habrá de reconocerse a la Directiva una función interpretativa de singular importancia. El análisis de los

textos legales nacionales debe hacerse a la luz de las Directivas, tanto por razones lógicas (la Ley 19/89 responde a la necesidad de adaptación a las normas comunitarias, que constituyen, por tanto, sus «antecedentes históricos o legislativos»: artículo 3 del Código Civil) como coherencia y unidad del sistema jurídico, ya que, en principio, no debe partirse de una interpretación que suponga que la Ley 19/89 ha adoptado incorrectamente la Directiva y que el Reino de España ha incumplido aquello a que estaba obligado el mérito del artículo 395 del Acta de Adhesión. En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas «Von Colson y Kamann» de 10/4/84 (14/84) declaró que *«al aplicar el Derecho Nacional, y en particular las disposiciones de una legislación nacional especialmente introducida con el fin de ejecutar la Directiva... los Tribunales nacionales deben interpretar su Derecho Nacional a la luz del texto y del propósito de la Directiva en orden a alcanzar el resultado a que se refiere el artículo 189.3»*.

b) Pero, además, la Directiva tiene un valor propio, que encuentra su fundamento en la posibilidad sancionada por el artículo 93 de la Constitución, de atribuir *«a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución»*. Esta habilitación otorga al Derecho Comunitario una significación muy distinta de la que tradicionalmente se ha atribuido a los Tratados Internacionales (tal y como señaló el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la Sentencia Van Gend and Loos de 5/2/1963 [26/62]), configurándolo como un «bloque normativo» integrado en el sistema jurídico interno sin necesidad de una fórmula especial de introducción (a diferencia del supuesto del artículo 96 de la Constitución y artículo 1.5 del Código Civil). Las normas contenidas en los Tratados Constitutivos y el Derecho Derivado ocupan su lugar en los respectivos Ordenamientos nacionales en calidad de Derecho Comunitario y los jueces y autoridades nacionales tienen obligación de aplicarlas en los términos procedentes. Cuales sean estos términos dependerá de la naturaleza de la norma comunitaria; las Directivas, tal como determina el párrafo 3 del artículo 189 del Tratado Constitutivo de la CEE, *«obligan a todo Estado miembro en cuanto al resultado a conseguir, si bien dejan a las instancias nacionales libertad en cuanto a la forma y los medios para alcanzar tal finalidad»*. No se trata exactamente —como en ocasiones se afirma— de que la Directiva carezca de aplicación directa, sino de un mecanismo complejo de creación de la norma jurídica en el que en la instancia comunitaria

se determinan una serie de objetivos de preceptivo cumplimiento —y con ello, en gran medida, el contenido de aquella—, y en las instancias nacionales los mecanismos que se estiman más adecuados para su obtención. La norma estatal aparece presidida por un marcado carácter instrumental e, incluso, en ciertas circunstancias, se puede prescindir de ella (es el llamado «efecto directo», sancionado por reiterada jurisprudencia comunitaria).

## 2. EL ARTÍCULO 9 DE LA DIRECTIVA 68/151/CEE

La finalidad de la Directiva en este punto aparece reflejada con claridad en su Preámbulo: permitir a los terceros «*conocer los actos esenciales de la sociedad y . en particular la identidad de las personas que tienen el poder de obligarla*» y limitar «*en tanto sea posible las causas de la invalidez de los compromisos contraídos en nombre de la sociedad*». La existencia de un mercado único abierto a todas las empresas [artículos 54.3.g) y 3.4 del Tratado CEE] requiere eliminar perturbadoras diferencias entre las legislaciones nacionales, haciendo posible la unificación de las pautas de conducta que los operadores económicos han de seguir en los distintos Estados miembros en orden a una contratación válida. El desenvolvimiento de esta sencilla idea planteó, no obstante, serias dificultades. Las legislaciones nacionales estaban presididas por principios muy diferentes en el momento en que se elaboraba la Primera Directiva; y la búsqueda de una solución que resultara razonablemente aceptable para todos generó un texto cuya adecuada comprensión requiere cierto esfuerzo:

**Artículo 9, apartado 1, párrafo 1.º:** *La sociedad quedará obligada frente a terceros por los actos realizados por sus órganos incluso si éstos no corresponden al objeto social, a menos que dichos actos excedan de los poderes que la Ley atribuye o permita atribuir a estos órganos.*

El texto anterior contiene la regla general: el principio de vinculación de la sociedad por los actos realizados por los administradores [los «órganos» a que alude el artículo 9.1 no pueden ser sino los determinados en el artículo 2.1.d) de la Directiva, esto es, aquellos que «tengan el poder de obligar a la sociedad con respecto a terceros»). La regla aparece configurada por una doble delimitación, positiva y negativa:

1. El acto debe estar incluido en la esfera de competencia propia del órgano de administración, si bien para determinar esta esfera de competencia la Directiva se remite no sólo a «*los poderes que la Ley atribuye*», sino también a los que «*permita atribuir*» a estos órganos. A efectos de terceros, el órgano de administración no se encuentra investido únicamente de las

facultades que la Ley le otorga, sino también de todos aquellos que potencialmente le pueden ser conferidos por disposición estatutaria o acuerdo de la Junta, aun cuando no se le hubieran otorgado expresamente en el supuesto de que se trate.

Apunta G. ESTEBAN VELASCO (*Organización y contenido del poder de representación en las sociedades de capital*, 1987, p. 411) que la mención a la Ley es la única contenida en el texto inicial de la propuesta de Directiva, pero pronto se advirtió que la diversidad de sistemas y criterios legales de determinación de la competencia de los órganos en las legislaciones internas impedía en ocasiones conocer con seguridad los límites legales y conseguir un régimen equivalente en sus resultados en el ámbito comunitario. Así, en la legislación belga las facultades del órgano de administración para realizar ciertos actos de disposición dependían de lo establecido en los Estatutos. El escollo se trató de evitar mediante la citada fórmula de atribución legal implícita de facultades a efectos de vinculación de la sociedad.

2. En cambio, el objeto social no constituye un límite a la actuación representativa de los administradores, ya que la sociedad queda obligada «incluso si éstos (actos) no corresponden al objeto social». Debe tenerse en cuenta que la Directiva se ocupa únicamente de la actuación externa («la sociedad quedará obligada frente a terceros») y no condiciona, por tanto, la función que en el ámbito interno de la sociedad puedan atribuir al objeto social las legislaciones nacionales.

*Artículo 9, apartado 1, párrafo 2: No obstante, los Estados miembros podrán prever que la sociedad no quedará obligada cuando estos actos excedan los límites del objeto social si demuestra que el tercero sabía que el acto excedía de este objeto o no podía ignorarlo teniendo en cuenta las circunstancias, quedando excluido el que la sola publicación de los Estatutos sea suficiente para constituir esta prueba*

El párrafo 2 del artículo 9.1 habilita a los Estados miembros para introducir una corrección en el sistema general al permitir que las legislaciones nacionales puedan prever que, en ciertas circunstancias, la sociedad «no quedará obligada» por los actos realizados por sus representantes; los presupuestos de esta «actuación ineficaz» de los administradores son los siguientes:

1. Que el acto «exceda de los límites del objeto social». De esta forma puede alcanzar trascendencia frente a terceros un hecho —la transgresión

del objeto social— que, en principio, se desarrollaría en el ámbito interno de la compañía: infracción del deber de lealtad de los administradores y posible fundamento de una acción de responsabilidad.

2. Que el tercero tuviera conocimiento de que el acto en cuestión «excedía de este objeto o no podía ignorarlo teniendo en cuenta las circunstancias». Se trata de un elemento psicológico, una situación de conocimiento o desconocimiento, que debe considerarse el «límite máximo» de la diligencia exigible al tercero; las legislaciones nacionales podrán añadir requisitos adicionales (que al limitar el contenido de la excepción supondrán una ampliación del ámbito de actuación eficaz de los administradores), por ejemplo, la concurrencia de un elemento internacional cualificado como el designio o, al menos, el conocimiento de que con el acto de que se trata se causa un perjuicio a la sociedad.

3. Que la sociedad acredite («... si demuestra...») las circunstancias anteriores, sin que sea suficiente a estos efectos la mera publicación de los Estatutos. La carga de la prueba afecta tanto a la transgresión del objeto como al conocimiento de la misma (en esta línea. E. POLO SÁNCHEZ, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo VI, 1991, p. 166) y tiene como consecuencia que en el sistema de la Directiva la función del objeto social como límite de las facultades representativas de los administradores quede reducida a una posible impugnación *a posteriori* de actos originariamente eficaces: dado que nada tiene que demostrar el tercero, éste podrá considerar válido y eficaz el acto en tanto no se produzcan las oportunas alegaciones por la sociedad.

*Artículo 9, apartado 2: Las limitaciones a los poderes de los órganos de la sociedad que resulten de los Estatutos o de una decisión de los órganos competentes son siempre imponibles a los terceros, incluso si son publicados.*

El texto anterior complementa el régimen general diseñado en el párrafo primero del artículo 9.1. Tal como dice G. ESTEBAN VELASCO, en una fórmula sintética, la idea-clave de la Directiva es sencilla: los límites legales son oponibles; los voluntarios, no (cit. p. 410); o dicho de otra forma, el principio de autonomía es sustituido por el de legalidad en la configuración del poder de representación (cit. p. 408). Las restricciones de origen convencional tienen, por tanto, mera eficacia interna, ya que el poder de representación de los administradores únicamente se ve limitado por aquellas disposiciones legales que expresamente atribuyen competencia o exigen la intervención de otro órgano para una actuación eficaz frente a terceros.

*Artículo 9, apartado 3: Si la legislación nacional previera que el poder de representación de la sociedad puede atribuirse, no obstante la regla*

*general en la materia, por los Estatutos a una o varias personas que actúen conjuntamente, esta legislación podrá prever la oponibilidad de esta disposición de los Estatutos frente a terceros, a condición de que se refiera al poder general de representación; la oponibilidad de tal disposición estatutaria frente a terceros estará regulada por las disposiciones del artículo 3.*

En el precepto aparecen deslindadas con claridad dos cuestiones referentes respectivamente al «ejercicio» y al «contenido» del poder de representación. En relación a la primera de ellas, la Directiva parece contemplar la posibilidad de que mediante disposición estatutaria o acuerdo de la Junta General se proceda a concretar la titularidad del poder de representación en alguno o algunos de los integrantes del órgano de administración (en el Presidente del Consejo; en dos vocales actuando conjuntamente) alterando la configuración normal del mismo prevista en la Ley. Aquí nos interesa destacar, no obstante, el segundo aspecto: la atribución unitaria y global del poder de representación, con independencia de la estructura del órgano o de las cláusulas sobre su ejercicio («... a condición de que se refiera al poder general de representación...»), lo que lleva, entre otras consecuencias, a excluir la posibilidad de que se exija la actuación individual para ciertos actos y conjunta para otros (en esta línea, M. DE LA CÁMARA, cit., p. 29, y G. ESTEBAN DE VELASCO, cit., p. 405).

### 3. LOS ARTÍCULOS 128 Y 129 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS

*Artículo 128: La representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los Estatutos.*

El precepto anterior, en sintonía con el artículo 9 de la Primera Directiva (apartado 1, primer párrafo), realiza una atribución legal del poder de representación de la compañía al órgano de administración, quedando, en consecuencia, excluida en esta materia la libertad estatutaria y la competencia de la Junta (a diferencia del artículo 76 de la Ley de 1951 que permitía la atribución estatutaria en los casos en que no existiese Consejo de Administración). La referencia a «la forma determinada por los Estatutos» no alude a la titularidad o a la extensión del poder de representación, sino a su forma de ejercicio en función de la estructura del órgano de administración (unipersonal o pluripersonal; de actuación indistinta, conjunta o colegiada), cuya configuración sí es materia estatutaria: artículo 9.3 de la Directiva; artículos 9.h) (en la necesaria determinación del «régimen de actuación») y 125, último inciso (en la referencia a la actuación indistinta

o conjunta de los administradores) de la Ley de Sociedades Anónimas; artículo 124.1 del Reglamento del Registro Mercantil.

A este régimen de atribución legal del poder de representación se superpone —de acuerdo con el apartado tercero del artículo 9 de la Directiva— la posibilidad de concretar estatutariamente su ejercicio en alguno o algunos de los administradores. Los artículos 9.h) y 125 de la Ley de Sociedades Anónimas distinguen dentro de los administradores a aquellos «a quienes se confiere el poder de representación», «que tengan atribuida la representación de la sociedad»; el artículo 124.2 del Reglamento del Registro Mercantil limita el ámbito de estas cláusulas estatutarias a los supuestos en que el gobierno de la sociedad se confíe a un consejo de administración. Estas cláusulas, muy poco frecuentes en la práctica, permiten separar la gestión de la representación de la sociedad y no afectan, en cambio, al contenido del poder de representación que es contemplado por todos los preceptos citados de forma unitaria e indivisible, ya corresponda al consejo como órgano [en virtud de la atribución legal; artículo 128 de la Ley y artículo 124.2.d), primer inciso, del Reglamento] o alguno de sus miembros mediante la oportuna concreción estatutaria [artículo 9.h) de la Ley; artículo 124.2.d), segundo inciso, del Reglamento]. En cambio, no caben las cláusulas estatutarias que respecto al órgano de administración de una sociedad anónima integrado por dos administradores indistintos exijan la actuación conjunta de ambos (Resolución de 12 de junio de 1992).

*Artículo 129, apartado 1, primer inciso: La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los Estatutos.*

El tenor literal del texto anterior, que aparece precedido de la rúbrica «ámbito de la representación», plantea problemas de adecuación tanto a la Directiva como a los restantes preceptos de nuestra Ley:

1. En el sistema general de la Primera Directiva el objeto social no sólo no constituye un límite de las facultades representativas de los administradores, sino que se establece expresamente la regla contraria, la vinculación de la sociedad incluso si los actos «no corresponden al objeto social».

2. La atribución a los administradores del poder de representación de forma unitaria e indivisible en los artículos 9.h), 125 y 128 de la Ley y 124 del Reglamento, es en principio incompatible con una ulterior delimitación del ámbito de la representación. Y si lo que se pretende es que el artículo 129.1 suponga una matización a la doctrina sentada en los preceptos anteriores, la coherencia interna del sistema hubiera requerido una determinación del régimen de los actos no «comprendidos en el objeto social» (que, como ya hemos dicho, la sociedad tiene capacidad para realizar al adscribirse nuestro Derecho al sistema de la llamada «capacidad general»).

**Artículo 129, apartado 1, segundo inciso:** *Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil será ineficaz frente a terceros.*

El texto anterior es, en apariencia, la norma de Derecho interno correlativa al artículo 9.2 de la Directiva. No obstante, también aparecen problemas de interpretación cuando se trata de determinar la naturaleza de las «limitaciones» a que se refiere. El artículo 9.2 de la Directiva precisa (a diferencia de la Ley española) que las limitaciones inoponibles son las «*que resultan de los Estatutos o de una decisión de los órganos competentes*», expresando, junto a la declaración contenida en el primer párrafo del artículo 9.1, la que hemos calificado de idea-clave de la Directiva: las limitaciones de origen legal son oponibles; las de origen convencional, no. En cambio, el texto que examinamos habrá de interpretarse, en razón de su ubicación sistemática, en conexión con el primer inciso del artículo 129.1, de manera que la ineficacia de las cláusulas limitativas de las facultades representativas habrá de referirse precisamente al ámbito que se acaba de delimitar: «*los actos comprendidos en el objeto social*». En definitiva, una solución equivalente a la que, según la opinión general, resultaba del artículo 76 de la Ley de 1951 y del artículo 11 de la Ley de 1953: ineficacia frente a tercero de cualquier limitación dentro del contenido mínimo de facultades representativas de los administradores («*todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa*»). Obsérvese que, interpretado este texto en el mismo sentido que el artículo 9.2 de la Directiva resultaría directamente contrario al primer inciso del artículo 129.1, pues como apunta E. POLO SÁNCHEZ (cit. p. 171), los límites establecidos en aquél, los derivados del objeto social, no se encuentran en el objeto social, sino en los Estatutos; e interpretado en un sentido literal estricto, sin conexión con el primer inciso, incluiría las limitaciones derivadas de la distribución legal de competencias entre los órganos de la sociedad, que aunque sean escasas (arts. 41, 75 y 80 de la Ley) sí tienen plena eficacia externa. Resulta paradójico que el único límite general aceptado por la Directiva (artículo 9.1: actos que «*excedan de los poderes que la Ley atribuye o permita atribuir a estos órganos*») sea precisamente el que no recogen los artículos 128 y 129 de la Ley española.

**Artículo 129, apartado 2:** *La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los Estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social*

La Ley española entronca con el principio inspirador de la Directiva, la protección del tráfico jurídico y de los terceros, mediante una disposición que aparentemente se configura como una excepción —de enorme ampli-

tud— a la regla general contenida en el apartado primero, ya que aun cuando «*el acto no esté comprendido en el objeto social, la sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave*». Esta fórmula, aun cuando distinta a la empleada por la Directiva, parece que ha de llevarnos a idénticas consecuencias. En cuanto a la noción de buena fe, afirma F. VICENT CHULIÁ (*Introducción al Derecho Mercantil*, 1994, p. 200) que por tal debe entenderse el desconocimiento subjetivo, y por ausencia de culpa grave la omisión de la diligencia objetiva exigida en el tráfico, esto es, conceptos equiparables a los utilizados por el artículo 9.1, segundo párrafo, de la Directiva. Alguna dificultad puede plantear, no obstante, la calificación de la culpa como «grave», que parece seguir el sistema romano de graduación de culpa, no recogido por el artículo 1.104 de nuestro Código Civil.

#### IV. DELIMITACION DEL SISTEMA

Una vez analizado individualmente cada uno de los elementos podemos pensar en establecer las conclusiones que definen la interpretación global del sistema. Este empeño tropieza, como hemos visto, con el problema de la defectuosa técnica del artículo 129 de la Ley, que además de haber prescindido de cuestiones fundamentales en la Directiva (como la relativa a la carga de la prueba de la mala fe del tercero o a los límites legales) ha seguido una sistemática distinta y, aparentemente, ha formulado la regla en términos inversos a aquélla (limitación de las facultades representativas en virtud del objeto social como regla general y protección del tercero de buena fe; frente a inoponibilidad del objeto y eficacia excepcional del mismo frente a terceros de mala fe). Probablemente el tenor literal del artículo 129 es el resultado de un intento de armonizar el precedente del artículo 76 de la Ley de 1951 con las exigencias del artículo 9 de la Directiva 68/151/CEE. La búsqueda de un punto de equilibrio entre la tradición y el cambio es, en general, una solución prudente, pero en este punto ha resultado bastante desafortunada, pues (con independencia de consideraciones teóricas) es evidente que la aplicación de la norma anterior estuvo plagada de dificultades e incertidumbres y que del legislador se esperaba, además de acierto, claridad. En lugar de ello nos encontramos con unos textos legales de difícil comprensión y susceptibles de diversas interpretaciones con los que resulta difícil llegar a una delimitación pacífica del sistema (pueden examinarse al respecto las opiniones contrapuestas de A. ROLDÁN RODRÍGUEZ, por una parte, y P. AVILA NAVARRO y J. M. GARCÍA GARCÍA, por otra, en el número 606 de la *RCDI*, septiembre-octubre de 1991). No obstante, creo que cualquier interpretación debe partir de la premisa de que la Directiva ha sido incorporada correctamente y de que

—en tanto exista una vía para sostenerlo— todas las piezas que integran el sistema definido por los artículos 128 y 129 de la Ley española corresponden a las correlativas de la norma comunitaria. A la vista de los nuevos textos legales, la idea básica de la que debemos partir es la de protección del tráfico mercantil, en el que debe estimarse que los representantes de la compañía gozan de los «poderes necesarios» para el ejercicio de su función, y no cabe imponer al tercero la carga de asumir la conexión entre el acto que va a celebrar con el administrador y el objeto social redactado unilateralmente por la otra parte contratante (tal como ya había advertido la Resolución de 16 de octubre de 1964 y afirma abiertamente la reciente jurisprudencia de la Dirección General: Resoluciones de 11 de noviembre de 1991, 11 de marzo de 1992 y 3 de octubre de 1994). De acuerdo con este principio orientador, la actuación representativa de los administradores se sujeta a las siguientes reglas:

1.<sup>a</sup> El objeto social únicamente cumple aquella función que la normativa comunitaria le permite realizar, de forma que el primer párrafo del artículo 129, pese a su tenor literal («*la representación se extenderá...*»), en realidad delimita el ámbito interno de la representación, que la Directiva deja en manos de las legislaciones nacionales, y en el que los límites convencionales sí pueden desenvolver su eficacia. La eficacia externa del poder de representación debe buscarse en el artículo 128 (que atribuye, de forma genérica e ilimitada, la representación de la sociedad al órgano de administración) y en el segundo párrafo del artículo 129 (que contiene una excepción de oponibilidad perfectamente encuadrable dentro del segundo párrafo del número 1 del artículo de la Directiva), de forma que la sociedad, **en principio**, queda siempre obligada por los actos de sus administradores, estén o no incluidos en el objeto social.

Apuntan el criterio anterior como una interpretación posible G. ESTEBAN VELASCO (cit. p. 431) y F. VICENT CHULIÁ (cit. p. 200), y la defienden abiertamente J. M. OLIVARES JAMES (cit. p. 320) y E. POLO SÁNCHEZ (cit. pp. 172 y ss.); y cabe encontrar un atisbo de la misma en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de julio de 1991, que parece centrar la eficacia externa de la representación en el párrafo segundo del artículo 129 al destacar «...*la trascendencia misma que el objeto social reviste, así en la relación interna de los socios y la sociedad como en las que ésta establezca con terceros; y aunque en este plano externo su alcance quede ostensiblemente reducido a tenor del mero artículo 129.2.º del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, no por ello queda totalmente eliminado (piénsese*

*en la hipótesis de actuación extralimitada indubitadamente conocida por el tercero)...» En los mismos términos la Resolución de 10 de septiembre de 1991.*

2.<sup>a</sup> Aun cuando nada dicen los artículos 128 y 129, existen límites a la actuación representativa de los administradores que derivan de preceptos legales que atribuyen la competencia a la Junta o exigen la autorización previa de ésta para la eficacia frente a terceros de ciertos actos: adquisiciones onerosas celebradas dentro de los dos primeros años de la vida social (artículo 41 de la Ley española; artículo 11 de la Directiva 77/91/CEE), adquisición en garantía de las propias acciones (artículos 80 de la Ley y 24 de la Directiva) y emisión de obligaciones (artículo 283 de la Ley). Se trata de supuestos en los que la relación contractual entre la sociedad y el tercero —que en muchos casos es un socio— tiene consecuencias de orden interno que afectan a la «estructura y organización económica y jurídica de la compañía», ámbito reservado tradicionalmente a la competencia de la Junta. Así, las adquisiciones onerosas son estudiadas bajo la significativa denominación de «fundación retardada»; el régimen jurídico de las acciones propias permite configurar, dentro de los límites legales, un auténtico «capital variable»; mediante la emisión de obligaciones la sociedad obtiene financiación a largo plazo, estrechamente vinculada por tanto a las vicisitudes de la empresa, lo que ha justificado una normativa singular (que excede de la mera atribución de la competencia de la Junta: límites legales de emisión, publicidad registral, sindicato de obligacionistas, posibilidad de configurar las obligaciones como convertibles).

La Ley de Sociedades Anónimas española ha hecho un uso muy moderado de la disposición del artículo 9.1 de la Directiva (en la referencia a los «*poderes que la Ley atribuye o permite atribuir a dichos órganos*») y únicamente ha limitado la eficacia externa de la actuación de los administradores en supuestos muy cualificados, predeterminados además en la normativa comunitaria. En cambio, el artículo 24.4 de la Ley del Deporte, Ley 10/1990, de 15 de octubre (reiterado en el artículo 14 del Real Decreto 1084/1091, de 5 de julio, sobre Sociedades Anónimas Deportivas), exige «*autorización específica... de la Junta General de Accionistas tomada por mayoría del capital*» para que el Consejo de Administración pueda en ciertos casos «*realizar actos o negocios jurídicos de disposición o gravamen sobre los inmuebles de la sociedad*». Dado que la propia Ley matiza que «*queda a salvo la responsabilidad de la sociedad frente a terceros en los términos establecidos en la Ley de Sociedades Anónimas*», parece

que —aun cuando hubiera sido posible adoptar la solución contraria— no se ha alterado el sistema general de los artículos 128 y 129 de la Ley de Sociedades Anónimas, de forma que las limitaciones tienen un carácter meramente interno y, tal como señala L. M. SELVA SÁNCHEZ (*Sociedades anónimas deportivas*, 1992, p. 141), constituyen una mera delimitación de la responsabilidad de los administradores en el sentido de que no será necesaria la prueba de la concurrencia de una causa determinante de la misma.

3.<sup>a</sup> La eficacia externa del objeto social ha de buscarse en el artículo 129.2 de la Ley, que de conformidad con el artículo 9.1, segundo párrafo, de la Directiva debe ser interpretado como una norma que habilita a la sociedad para impugnar los actos de los administradores cuando concurren los presupuestos para ello: extralimitación con relación al objeto social; prueba de la existencia de la mala fe o culpa grave en la conducta de la otra parte contratante. A esta conclusión llegó la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 11 de noviembre de 1991 (seguida por las de 11 de marzo de 1992 y 3 de octubre de 1994), aunque a través de un camino distinto: la dificultad, en ocasiones insuperable, de valorar en el momento de la conclusión del negocio la relación del mismo con el objeto social.

Afirma la Resolución que «... *la conexión de un acto en el objeto social no es sencilla en general "a priori", ya que esa conexión tiene en algún aspecto matices subjetivos —sólo conocidos por el administrador—, participa en muchas ocasiones del factor de riesgo, implícito en los negocios mercantiles, y suele precisar del conveniente sigilo para no hacer ineficaces —por públicas— determinadas decisiones empresariales que pretenden por medios indirectos resultados negociales propios del objeto de la sociedad que representan. En consecuencia... no puede el tercero asumir la carga de interpretar la conexión del acto que va a celebrar con el administrador de un objeto social redactado unilateralmente por la otra parte la única legitimada para contrastar esa conexión y exigir las responsabilidades precedentes al Administrador que hubiese realizado actos desconectados del objeto social o incluso la anulación del acto si éste resultase claramente contrario al objeto social...»*

4.<sup>a</sup> Esta construcción conduce al difícil terreno de la ineficacia del negocio jurídico. Será necesario, por tanto, situar en alguna de las categorías generales que conoce nuestro derecho la «anulación del acto» a que

aluden las referidas Resoluciones (la solución alternativa: entender que se trata de un supuesto especialísimo que vive al margen del régimen común es, al menos como punto de partida, poco satisfactoria):

a) La orientación tradicional reconducía, como hemos visto, el régimen de los actos extraños al objeto a un supuesto de representación sin poder (artículos 1.259 y 1.727 del Código Civil) que nuestra mejor doctrina configura como un supuesto de inexistencia por tratarse de un negocio inacabado en el que no ha llegado a completarse el total consentimiento contractual necesario (F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, 1971, p. 465; en la misma línea parece estar L. Díez-PICAZO, *La representación en Derecho Privado*, 1979, p. 219). En el momento actual es posible hacer dos objeciones; por una parte, esta solución es propia de un sistema —como el de la Ley de 1951— en que el poder de representación de los administradores no es pleno, sino que está estructuralmente limitado por el objeto social, de forma que cabe predicar la ineficacia originaria de los actos celebrados por los administradores fuera de este ámbito. Pero si partimos de una atribución genérica e ilimitada del poder de representación al órgano de administración (artículo 128 de la Ley de Sociedades Anónimas), unido a una posibilidad de impugnación *a posteriori* (artículo 129.2, tal como ha sido interpretado por las Resoluciones anteriormente citadas), nos encontramos en realidad ante un supuesto de ineficacia sobrevenida y no inexistencia. Por otra parte, no parece adecuado atribuir a un tercero de mala fe o en cuya actuación media «culpa grave» la facultad de desistimiento reconocida en el artículo 1.259 del Código Civil.

b) A la vista de la reciente doctrina de la Dirección General —los actos jurídicos considerados en abstracto tienen un marcado carácter neutro y no es posible *a priori* hacer un juicio de valor acerca de su adecuación a la actividad económica que el objeto social define—, quizá la solución más razonable sea asimilar la posibilidad de impugnación que deriva del artículo 129.2 de la Ley de Sociedades Anónimas al régimen de las «acciones rescisorias» reguladas en el Capítulo V del Título II del Libro IV del Código Civil. Existen claras similitudes entre el supuesto que nos ocupa y la figura a que se refieren los artículos 1.290 y siguientes del Código Civil:

1) La rescisión opera sobre contratos «válidamente celebrados» (artículo 1.290) y se configura como un recurso extraordinario encaminado a evitar ciertas consecuencias injustas que se derivarían del juego normal del sistema jurídico. Se diferencia, por tanto, de las otras categorías de la ineficacia negocial —inexistencia, nulidad, anulabilidad— en el hecho de que en estos tres supuestos la circunstancia que impide al negocio prosperar es la existencia de un vicio o defecto estructural que concurre y puede ser

apreciado desde el mismo momento de su celebración; en cambio, en el caso que nos ocupa será necesario esperar a que el acto se inserte o se conecte con la estructura empresarial que permite desarrollar la actividad que el objeto social define para poder pronunciarnos acerca de su adecuación o no a la misma (en relación a esta última consideración, véase J. C. SÁENZ DE ALBIZU, cit., p. 241).

2) El presupuesto de la acción rescisoria es una conducta contractual irregular de la que resulta un perjuicio para terceros ajenos al negocio (enajenaciones en fraude de acreedores y contratos sobre bienes litigiosos: artículo 1.291.3 y 4) o que no han intervenido materialmente en la operación (lesión en los contratos celebrados en representación de los menores o ausentes: artículo 1.291.1 y 2).

El apartado 5.º del artículo 1.291 establece que son rescindibles «cualesquiera otros en que especialmente lo determina la Ley». Para entender incluido un supuesto en esta cláusula no parece que sea necesario que la Ley utilice sacramentalmente el término o remita expresamente al artículo referido en los comentarios; en el Código Civil de QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA (tomo XX, edición revisada por P. MARÍN LÓPEZ, p. 947) se afirma que «cuando el artículo 1.291.5º del Código dice “especialmente determinado” no quiere significar “expresamente determinado”. Son varias las ocasiones en que la palabra rescisión está sustituida en el Código por la de revocación, por la de ineficacia, por la de no producir efecto el contrato. De cualquiera de estas maneras de expresar la Ley la referida ineficacia, o sea, la falta de consecuencias jurídicas del acto o contrato realizado, se está plenamente en el caso del artículo 1.291 del Código, aun sin decirse expresamente que el acto o contrato sea rescindible. Lo que se quiere es que la acción contra las consecuencias del contrato derive de la Ley..., mas no en términos que supongan el empleo preciso de las palabras “rescindible” o “rescisión”..»

La aplicación de las normas de la rescisión supondría una concreción de régimen jurídico de gran trascendencia: se trata de una acción personal (artículo 1.295), ha de ejercitarse en un plazo de cuatro años (artículo 1.299) y tiene naturaleza subsidiaria (artículo 1.294: «no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio»). Este último precepto exigiría la concurrencia de circunstancias no previstas en el artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas: la existencia de un perjuicio como presupuesto de la impugnación del acto extraño al objeto (tal y como establece el

artículo 2.384 del Código Civil italiano) y la ausencia de otra vía para obtener la reparación (por ejemplo, mediante el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores).

5.<sup>a</sup> La remisión al régimen de la rescisión no resuelve, sin embargo, la cuestión de la legitimación para pedir la anulación; las resoluciones citadas se limitan a señalar genéricamente que «... *es sólo la entidad... la única legitimada...*» No cabe duda de que la Junta, mediante un acuerdo mayoritario, podrá promover el ejercicio de la acción de impugnación; la cuestión es si también podrán hacerlo los socios, individualmente o como derecho de minoría. J. C. SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU descarta esta posibilidad argumentando que permitir que cualquier socio pueda, siquiera por vía indirecta, impugnar un acto que sólo es imputable a la sociedad supone cargar el tráfico con una inseguridad que no resulta admisible, a riesgo además de atentar contra lo que el propio concepto de persona jurídica conlleva (cit. p. 278). No se trata, a mi juicio, de argumentos decisivos; teniendo la impugnación como presupuesto una actuación contractual irregular (mala fe o culpa grave en el tercero), la incidencia en el tráfico ha de ser marginal, y, en cualquier caso, lo que atenta a los «principios configuradores de la sociedad anónima» es precisamente la utilización de los fondos sociales en actividades distintas de aquella que constituye su razón de ser. Por otro lado, los problemas de extralimitación respecto al objeto social normalmente se plantean en el terreno de las relaciones entre la mayoría de control y los grupos minoritarios y no en el de la delimitación de competencias entre órganos sociales, por lo que resultaría mucho más razonable buscar una conexión con el artículo 143 de la Ley y admitir la legitimación de cualquiera de los administradores o de accionistas que representen el cinco por ciento del capital social. Por esta solución parece inclinarse J. MASSAGUER FUENTES (*La doctrina de la DGRN en torno a la mención estatutaria relativa al objeto social: un primer balance de la aplicación del artículo 117 del Reglamento del Registro Mercantil*, 1993, p. 27) en un supuesto concreto de extralimitación: actos de representación efectuados por los administradores de la sociedad dominante en relación con la dirección unitaria del grupo cuando no existe la específica habilitación estatutaria prevista en el artículo 117.4 del Reglamento del Registro Mercantil, que serían impugnables como actos que contravienen los Estatutos (artículo 143, en relación con el 129.1 de la Ley de Sociedades Anónimas).

En cualquier caso, el artículo 143 plantea serias dificultades de encaje en el sistema general de la Ley: 1) únicamente se refiere a la impugnación de los acuerdos «del consejo de administración

o de cualquier otro órgano colegiado de administración», y no afecta a las decisiones de un órgano de administración de actuación individual o conjunta; 2) no determina las causas de impugnación, la remisión a «lo establecido para la impugnación de los acuerdos de la Junta General» en principio sólo se refiere a la tramitación de procedimiento; 3) en cualquier caso, aun cuando llegara a prosperar la impugnación del acto contrario a los Estatutos, el régimen de la Directiva (los límites legales son oponibles; los voluntarios, no) impide que esta transgresión sea oponible a terceros. Quizá la clave para entender el precepto se encuentre en la idea de que los acuerdos impugnables han de ser aquellos que —al igual que los acuerdos de la Junta General— desenvuelven su eficacia en el ámbito interno y organizativo de la sociedad y que se producen de forma típica en sociedades de estructura administrativa compleja (de ahí la referencia a los órganos colegiados de administración). De acuerdo con esta interpretación, el artículo 143 no guardaría relación con la actuación representativa, externa, de los administradores y la solución propuesta en relación a la legitimación para pedir la anulación del acto extraño al objeto derivaría de una mera aplicación analógica y no de una aplicación directa del precepto.

## V. ALGUNAS CONSIDERACIONES ADICIONALES

Hemos visto cómo las dificultades que plantean al intérprete los artículos 128 y 129 de la Ley de Sociedades Anónimas tienen su origen en la incorporación a estos preceptos de elementos que provienen de dos sistemas jurídicos contrapuestos: el de la Ley de 1951, tal como fue interpretada por la doctrina y la jurisprudencia (en el que el objeto social tiene una función delimitadora de las facultades representativas de los administradores) y el de la Directiva 68/151/CEE (en el que la transgresión del objeto únicamente faculta a la sociedad para solicitar su impugnación en ciertos supuestos). La opción por uno u otro sistema no sólo afecta a las relaciones externas de la sociedad, sino que tiene además importantes consecuencias en el plano organizativo e interno de la compañía, puesto que la regla de la extensión del poder de representación de los administradores a todos los actos comprendidos en el objeto social lleva implícita una distribución de competencias entre los órganos sociales (los actos extraños al objeto corresponden o, al menos, requieren la intervención de la Junta). Esta consideración ofrece otra perspectiva para abordar la cuestión que nos ocupa, puesto que toda

interpretación que tienda a circunscribir la actuación de la Junta al ámbito interno de la compañía (y correlativamente a reforzar la posición independiente de los administradores en las relaciones con terceros) nos aproxima al sistema de la Directiva. En relación con esta idea debemos examinar las siguientes cuestiones:

### 1. OTORGAMIENTO DE PODERES POR LA JUNTA

Si la decisión acerca de los actos caracterizados como «extraños al objeto» ha de corresponder a la Junta, habrá que plantearse —además de la ardua cuestión relativa al régimen a que ha de quedar sometido el acuerdo— cuáles son las vías a través de las que puede encontrar cauce esta competencia. En una primera aproximación cabría pensar en la designación por la Junta de un apoderado que actuaría al margen del órgano de administración. Anteriormente, esta interpretación encontraba apoyo en el artículo 110 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956 que aludía a la inscripción de *«los poderes generales que, en su caso, acordare conceder la Junta General»*. La interpretación del precepto no resultaba clara del todo, pero no cabe duda de que, al menos en algunos supuestos, la Junta podía conceder poderes. En el Derecho vigente no sólo no hay precepto alguno, legal o reglamentario, que haga referencia al otorgamiento de poderes de la Junta, sino que se ha afianzado una línea jurisprudencial contraria. La Resolución de 1 de marzo de 1993 señala: *«... en el segundo de los defectos que es el objeto de impugnación se plantea si la Junta General de la sociedad anónima puede otorgar y revocar poderes. Se trata de una cuestión ya resuelta por este Centro Directivo en sentido negativo dada la distribución competencial entre los distintos órganos sociales y la atribución al Consejo de Administración de la representación de la sociedad en juicio y fuera de él...»*

Aun cuando la Dirección General remite a la doctrina de resoluciones anteriores, puede apreciarse en este punto una clara evolución. La Resolución de 8 de febrero de 1975 se limitó a afirmar que la Junta no podía revocar el poder otorgado por los administradores *«... por suponer una intromisión en las relaciones internas del Consejo con su apoderado...»*, sin perjuicio de fiscalizar la gestión social del administrador, aprobar o no la actuación seguida y proceder en consecuencia, si se estimaba oportuno, a su remoción. Las Resoluciones de 31 de octubre de 1989 y 28 de febrero de 1991 (relativa esta última a unos acuerdos sociales sometidos a la Ley anterior) establecieron que la Junta General no podía

conceder poderes «directamente», debiendo ser el órgano de administración «... *quien en ejecución del acuerdo de la Junta —que por sí carece de facultades representativas— comparezca ante Notario y otorgue la correspondiente escritura de poder o revocación...*», doctrina bien distinta, por tanto, a la de la Resolución de 1993, que escuetamente sienta el principio de que la Junta no puede «otorgar y revocar poderes».

## 2. AUTORIZACIÓN PARA LA REALIZACIÓN DE CIERTAS OPERACIONES

Rechazada la posibilidad de una actuación representativa al margen del órgano de administración, pudiera pensarse que la competencia de la Junta en relación a los actos «extraños al objeto» se desenvuelve en la necesidad de una previa autorización de los mismos. La importante Resolución de 12 de julio de 1993 excluye esta línea de pensamiento al establecer que la cláusula estatutaria que exigía para el ejercicio de ciertas facultades (actos de enajenación y gravamen de inmuebles) el acuerdo de la Junta General tiene un alcance meramente interno; doctrina que no es sino estricta aplicación del artículo 9.2 de la Directiva.

La Resolución de junio de 1992 ya había afirmado «*que en las hipótesis de pluralidad de administradores solidarios el poder de representación corresponde por ministerio de la Ley a cada uno de aquellos individualmente, quedando excluida de la autonomía de la voluntad de la alteración de este esquema legal...*» La Resolución de 12 de julio de 1993 reproduce esta consideración, añadiendo que «... *deberá rechazarse el acceso registral de la cláusula debatida en tanto en ella no se precise debidamente el alcance meramente interno de esta necesidad de autorización de la Junta para los actos cuestionados, y ello a pesar de que tal concreción de efectos se impondrá en definitiva en función de la indudable subordinación de las previsiones estatutarias a las normas legales imperativas...*»

Obsérvese que la Resolución no se pronuncia acerca del carácter extraño o no al objeto de los actos para los que exigía la autorización (materia que constituía el nervio de la argumentación del recurrente) y que tampoco alude a la dificultad de valorar la conexión entre acto y objeto (que había apuntado el Registrador en la línea de la Resolución de 11 de noviembre de 1991), sino que la solución dada al caso se basa en la atribución legal no compartida del poder de representación al órgano de administración, artículos 9.h) y 128 de la Ley de Sociedades Anónimas.

### 3. CONFIGURACIÓN ESTATUTARIA DEL OBJETO SOCIAL

La Ley de 1951 se había limitado a exigir la constancia en los Estatutos de «el objeto social» [artículo 11, tercero, apartado *b*)], noción que el Reglamento de 1956 concretaba en «*la clase de operaciones a que se dedique la sociedad*» [artículo 102.*b*)]. La reforma del Derecho de Sociedades de 1989 también ha incidido en este punto; la nueva Ley dispone que la configuración estatutaria del objeto se ha de realizar «*determinando las actividades que lo integran*», y en la misma línea el artículo 117.1 del Reglamento del Registro Mercantil establece que «*el objeto social se hará constar en los Estatutos por medio de la determinación precisa y sumaria de las actividades que lo integren*». De esta forma, algunas nociones que la doctrina y la jurisprudencia habían considerado implícitas en el régimen anterior (identificación entre objeto y actividad; exigencia de determinación y sumariedad en la configuración estatutaria) han recibido consagración normativa, y también un corolario que ha tenido importantes repercusiones en la práctica diaria: la prohibición de incluir en la cláusula estatutaria delimitadora del objeto social «*los actos jurídicos necesarios para la realización o desarrollo de las actividades indicadas en él*». Apunta J. MASSAGUER FUENTES (ob. cit., p. 18) que este precepto constituye una novedad del Reglamento, ya que anteriormente no sólo se había reconocido la validez de las cláusulas relativas al objeto que relacionaban actos jurídicos (Sentencia de 11 de octubre de 1983 y Resolución de 31 de marzo de 1986), sino que se había llegado a destacar la conveniencia de las mismas (Resoluciones de 12 de septiembre de 1985 y 21 de mayo de 1986), pero que, en cualquier caso, la razón de esta prohibición es evidente: el objeto social es actividad y su realización comporta irremisiblemente la realización de actos jurídicos, de modo que la previsión de éstos está implícita en la identificación de aquélla y, por consiguiente, en el ámbito de las facultades representativas de los administradores sociales (artículo 129).

En relación a la materia que examinamos interesa destacar que la configuración estatutaria del objeto social mediante una enumeración de actos jurídicos tiene pleno sentido en el sistema del objeto-límite, pues facilita extraordinariamente la necesaria tarea de encuadrar un concreto acto jurídico en el ámbito del objeto social; en cambio, la norma del artículo 117.2 se sitúa plenamente en la línea abierta por la Resolución de 11 de noviembre de 1991: la dificultad de valorar *a priori* la conexión entre un acto jurídico y la «actividad» en que el objeto social consiste nos conduce a un sistema en que por la propia naturaleza de las cosas únicamente cabe una impugnación *a posteriori*, en ciertos casos, de la actuación extralimitada de los administradores.

#### 4. CLÁUSULAS ESTATUTARIAS DE ATRIBUCIÓN DE FACULTADES

Destaca J. MASSAGUER FUENTES (ob. cit., p. 18) que el artículo 117.2 del Reglamento, respaldado por el 119 de la Ley, no ha sido suficiente para poner punto y final a la extendida práctica de detallar los actos jurídicos comprendidos en el objeto social; únicamente la ha desplazado al precepto estatutario dedicado al órgano de administración a la escritura de nombramiento. En realidad, esta práctica se remonta, como hemos visto, al Código de Comercio y al Reglamento de 1919 (en los que el ámbito del poder de representación de los administradores descansaba enteramente en la autonomía de la voluntad), y se mantuvo durante la vigencia de las Leyes de 1951 y 1953 por la necesidad de práctica de concretar el difuso concepto legal de «giro y tráfico de la empresa», aun cuando su encaje en el sistema legal, como ya hemos dicho, resultara dudoso. No deja de ser significativo que el artículo 11 de la Ley de 17 de julio de 1953 contrapusiera el ámbito del poder de representación de los administradores (que no era necesario especificar) con el de los apoderados («cuyas facultades se medirán por la escritura de poder»). En los últimos años la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros ha cuestionado, primero, la utilidad y, posteriormente, la legalidad de estas cláusulas. No podía ser de otra forma en un sistema que tiende a atribuir a los administradores en exclusiva la representación de la compañía (Resolución de 11 de marzo de 1992: «*es el único órgano externo de la sociedad...*») y en el que éstas deben entenderse investidas de todas las facultades que potencialmente les pueden ser conferidas (artículo 9, apartado 1, párrafo 1.º, de la Directiva 68/151/CEE).

El cambio de orientación jurisprudencial se inicia con la Resolución de 16 de marzo de 1990. El Registrador había denegado la inscripción de un precepto estatutario que otorgaba a los administradores (sin conexión con el objeto social) la facultad de «afianzar y avalar a terceros» y de «fundar y constituir sociedades». La Resolución estimó el recurso revocando la nota al afirmar que «... *dichas cláusulas pueden y deben interpretarse como cláusulas de ampliación del objeto social...*», si bien matiza que «... *no obstante, resulta oportuno señalar que la especificación de estas facultades —o de cualquier otras— en la escritura resulta de todo punto innecesaria, pues no añaden nada...*» En la misma línea la Resolución de 20 de diciembre de 1990. Un paso más dieron las Resoluciones de 22 de julio y 10 de septiembre de 1991 (de idéntico contenido), que confirmaron la nota del Registrador que había rechazado la inscripción de una cláusula estatutaria que atribuía a los administradores la facultad de decidir la participación en la

promoción y constitución de otras sociedades, cualquiera que fuera su objeto social. Señala la Dirección que *«... si la sociedad anónima tiene capacidad general para realizar actos como sujeto de Derecho..., careciendo el objeto social de virtualidad limitadora de la misma, debe reconocerse que la enumeración detallada en los Estatutos de los actos concretos que al amparo de esa capacidad general puede realizar la sociedad, resulta en todo caso innecesaria y, en algunos como el ahora debatido, inconveniente... pone en entredicho esta delimitación posterior del objeto social; cuando menos, oscurece y enturbia el significado jurídico que le corresponde...»*

##### 5. AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE PODER DE LOS ADMINISTRADORES

Esta cuestión está íntimamente relacionada con la admisibilidad de las cláusulas que acabamos de examinar, pues normalmente una enumeración incluye facultades que, entendidas en términos absolutos, exceden del objeto social. Hemos visto cómo bajo el régimen de la Ley de 1951 la doctrina y la jurisprudencia habían admitido sin dificultad la posibilidad de atribuir a los administradores un conjunto de facultades por encima del mínimo determinado por el *«giro o tráfico de la empresa»*. En definitiva, estas cláusulas responden a la lógica de un sistema caracterizado por la limitación del poder de representación de los administradores: cambian la ubicación del límite, pero mantienen el principio de distribución de poderes entre los órganos sociales. La Resolución de 16 de marzo de 1990 realizó una interesante afirmación (no reiterada en la jurisprudencia posterior de la Dirección General) que marca una total ruptura con el esquema anterior: *«... el objeto social constituye no sólo el límite mínimo (frente a terceros no dolosos), sino también el límite máximo del contenido del poder de representación puesto que, dada la esencia ejecutiva del órgano gestor, éste no puede tener atribuido un poder representativo que exceda de aquel ámbito de actuación...»* En esta doctrina late la idea de que objeto social y poder de representación se encuentran en una relación de «medio» a «fin»: la delimitación estatutaria de la actividad a que se deben dedicar los recursos de la compañía vincula a todos los órganos sociales (y éste es el auténtico sentido del artículo 129.1 de la Ley) y, en consecuencia, resulta directamente contraria a cualquier previsión de actuación extralimitada; los medios que cabe utilizar para el desarrollo del objeto no están, en cambio, limitados legalmente (al adscribirse nuestro Derecho, como varias veces hemos repetido, al sistema de la llamada «capacidad general»), de forma que, en principio, nada hay que objetar a la eficacia de un acto jurídico concluido

por los administradores, a quienes se atribuye en exclusiva y sin concurrencia con la Junta la «representación de la sociedad».

El mismo sentido puede darse a las Resoluciones de 22 de julio de 1991 y 8 de junio de 1992, que no admitieron la cláusula estatutaria que atribuía a los administradores la facultad de decidir la participación «*en la promoción y constitución de sociedades mercantiles... cualquiera que sea su objeto...*» El rechazo se debía a la «ambivalencia» de la cláusula (esta última referencia —«cualquiera que sea su objeto»— no aparecería en la cláusula que había admitido la Resolución de 16 de marzo de 1990), si bien la Dirección General matiza que «*... la suscripción o posterior adquisición por una sociedad anónima de acciones o participaciones de una entidad que tenga un objeto social diferente no implica necesariamente para aquella una actuación ajena a un objeto social...; habrá de estarse, por tanto, al caso concreto para apreciar si existe o no extralimitación respecto al objeto social y aplicar las soluciones jurídicas que resulten pertinentes...*» Esto es, necesidad de precisión en la configuración estatutaria del objeto social; libertad en cuanto a los medios —actos jurídicos— precisos para su desarrollo.

## 6. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

Las cláusulas estatutarias que acabamos de examinar ponen de relieve, además, un efecto singularmente perverso del sistema del objeto-límite cual es la tendencia a desdibujar el régimen de responsabilidad de los administradores. Cabría pensar que si el órgano de administración se encuentra estatutariamente facultado para realizar una cierta categoría de actos jurídicos (por ejemplo, enajenación de bienes inmuebles), en ningún caso una operación de estas características quedaría sometida al régimen de los «actos extraños al objeto social» (posibilidad de anulación y ejercicio de la acción de responsabilidad, de acuerdo con la doctrina sentada por la Resolución de 11 de noviembre de 1991). Se trata de una interpretación desafortunada, pues, como hemos visto, en principio, cualquier acto jurídico tiene carácter «neutro» y sólo *a posteriori* puede apreciarse adecuadamente su conexión con la actividad empresarial que el objeto define; el rechazo que a las referidas cláusulas formularon las Resoluciones de 22 de julio y 10 de septiembre de 1991 no se basaba únicamente en la indeterminación que producían en la delimitación del objeto social, sino también en la inadmisibilidad de una disposición que pudiera enervar la responsabilidad del órgano de administración.

Las citadas resoluciones destacan «... *la incertidumbre que se produce cuando en esa enumeración se incluyen facultades que, entendidas en términos absolutos, desbordarían claramente el objeto social, pues tanto podría entenderse que esta atribución suplementaria revela una ampliación indirecta de aquél... como que la finalidad perseguida es exclusivamente la mera autorización anticipada para la realización ocasional de actos ajenos al ámbito de actividad propio de la sociedad, lo que —sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 129.2 de la Ley de Sociedades Anónimas— sustentaría su validez y eficacia frente a la sociedad y excluiría la eventual responsabilidad de los administradores...*»

Un razonamiento similar hay que realizar en relación a la eventual autorización o ratificación por la Junta General de ciertas operaciones. La protección del accionista no se encuentra en la limitación de las facultades representativas de los administradores (y en la consiguiente atribución de competencia de la Junta), sino en una adecuada tutela de los accionistas extraños al grupo de control. Por este motivo resulta especialmente significativa para nuestro estudio la norma contenida en el párrafo 3 del artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas, a cuyo tenor «*en ningún caso exonerará de responsabilidad la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la Junta General*». Esta disposición, introducida por la Ley 19/89, de 25 de julio, ha ampliado considerablemente el contenido del artículo 110 de la Ley de 1951, de acuerdo con el cual la aprobación de las cuentas no suponía el «descargo de los administradores por la responsabilidad en que hubieren incurrido (norma contenida en el artículo 134.2 de la Ley vigente) y tiene un extraordinario valor institucional, ya que reduce drásticamente la posibilidad de una injerencia de la Junta en la gestión social. Obsérvese la escasa relevancia que en el momento actual hay que atribuir a la adopción, autorización o ratificación por la Junta de un acto (cualquier acto, puesto que el artículo 133.3 no especifica, como hacía el artículo 120 del Anteproyecto de 1979, que se trate de un acto o acuerdo lesivo «propio de la competencia de los administradores»): ninguna en el plano de las relaciones externas de la sociedad, pues de conformidad con la doctrina sentada por la Resolución de 12 de julio de 1992 no puede condicionar la eficacia del acto frente a tercero; muy reducida en el plano de las relaciones internas, ya que la ausencia de autorización podrá determinar la responsabilidad de los administradores (si tal autorización era preceptiva por disposición estatutaria), pero ésta no queda excluida por la concurrencia de aquélla.

## VI. EL OBJETO SOCIAL Y CALIFICACION REGISTRAL

Una gran parte de las cuestiones que hemos examinado se han suscitado precisamente en relación a actos sujetos a inscripción en el Registro de la Propiedad o en el Registro Mercantil. La actuación del Registrador está presidida por el «principio de legalidad» que se concreta en la llamada «calificación registral», el juicio que con carácter previo a la inscripción debe formular el Registrador acerca de la adecuación al Ordenamiento jurídico del acto cuyo acceso al Registro se pretende. Dado que la calificación comprende la «validez del acto» (artículo 18 de la Ley Hipotecaria; artículo 18.2 del Código de Comercio) y que ésta —en el supuesto que nos ocupa— está condicionada por la suficiencia de las facultades representativas de quien actúa en nombre de la compañía, se comprende la importancia que en el ejercicio diario de la función tienen los artículos 128 y 129 de la Ley de Sociedades Anónimas.

En el sistema del objeto-límite, en el que únicamente se atribuye de forma parcial al órgano de administración el poder de representación de la sociedad, no existía la menor duda de que el Registrador debía rechazar la inscripción de aquellos actos realizados por los administradores que no aparecieran conectados con el objeto social (salvo, como hemos visto, que los Estatutos autorizaran expresamente su conclusión). A este respecto, resultaba sumamente significativa la doctrina de la Resolución de 31 de marzo de 1986:

*«... la necesidad de hacer constar el objeto social es inevitable en todos aquellos supuestos en que el administrador actúa en nombre de la sociedad, pues sus facultades —salvo que estén ampliadas— se concretan, como mínimo, a los actos que estén comprendidos dentro del giro o tráfico de la empresa, y por ello el Registrador ha de tener a la vista esta importante circunstancia...»*

La introducción en nuestro Derecho de la regla de la protección incondicionada del tercero de buena fe y la necesidad de armonizar los textos vigentes con las disposiciones de la Primera Directiva obligan, no obstante, a cuestionar —o al menos a matizar— los fundamentos de la doctrina anterior. En uno de los primeros trabajos aparecidos con posterioridad a la publicación del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (ob. cit., p. 194), J. P. RUANO BORRELLA apuntaba —aun destacando las dificultades de la materia— una interpretación proclive a la inscripción de los actos de los administradores, aun fuera del objeto social, atendida la circunstancia de que en nuestro Derecho se parte del principio de la presunción de la buena fe y de que, con arreglo al artículo 129.2, la actuación de éstos debe reputarse eficaz en tanto no se pruebe la mala fe del tercero. En una línea similar, J. C. SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU (cit., p. 237) patrocina una

interpretación progresiva del principio de legalidad, coordinada con el principio de tutela del tercero de buena fe, con arreglo a la cual «... sería prudente no denegar la inscripción salvo en aquellos casos en que de un modo absolutamente indiscutible hubiera que dictaminar esa insuficiencia de poder; cualquier otra interpretación acabaría desdibujando esa especial tutela que patrocina el artículo 129...»

Una postura aún más rotunda adopta E. POLO SÁNCHEZ (cit., p. 185) al entender que no cabe denegar la inscripción de los actos extraños al objeto social o ajenos a las facultades representativas estatutarias, y ello porque tales actos, salvo prueba por la sociedad de la mala fe o culpa grave del tercero son plenamente eficaces *ex lege*, de forma tal que el principio de legalidad debe atender al ámbito legal del poder, que protege al tercero de buena fe y que la norma declara ilimitable, y no al ámbito estatutario que protege a la sociedad y cuyas limitaciones son únicamente eficaces en la relación interna entre sociedad y administrador. A esta misma conclusión nos lleva la posición defendida en este trabajo al estimar que del artículo 129.2 únicamente resulta una acción rescisoria encaminada a privar de eficacia *a posteriori* a los actos de los administradores extraños al objeto. En este punto conviene recordar la doctrina anteriormente expuesta: si la sociedad es la única legitimada para apreciar la conexión entre acto y objeto social, sólo a los socios (y en su caso a los tribunales) corresponde el control de la actuación de los administradores.

En el estricto terreno de los principios, la doctrina de la Dirección General posterior a la reforma mercantil ha seguido una orientación continuista, en la que se mantienen las afirmaciones generales realizadas por la jurisprudencia anterior. Las Resoluciones de 11 de noviembre de 1991, 11 de marzo de 1992 y 3 de octubre de 1994 reproducen literalmente los razonamientos de las Resoluciones de 2 de octubre de 1981 (quedan excluidos, en principio, únicamente del poder de representación, no los actos ajenos al objeto, sino los claramente contrarios a él) y 12 y 16 de mayo de 1989 (los denominados actos neutros son inscribibles salvo contradicción clara con el objeto social).

La Resolución de 11 de marzo de 1992 señala que «... la anterior doctrina se encontraba ya implícita en la jurisprudencia en torno al artículo 76 de la anterior Ley, y aparece recogida y reforzada en la vigente —artículos 117, 129 y 133, entre otros— al haber aceptado en el ámbito del poder de representación de los administradores no sólo los actos de desarrollo o ejecución del objeto de forma directa o indirecta, así como los complementarios o auxiliares para ello, sino también los actos neutros o polivalentes (Resoluciones de 2 de octubre de 1981 y 12 de mayo de 1989)

*e incluso los actos aparentemente no conectados con el objeto social (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1984 y 24 de noviembre de 1989, y Resoluciones de 1 de julio de 1976 y 31 de marzo de 1986, en relación a los avales a terceros), quedando excluidos en principio del ejercicio del poder de representación los claramente contrarios al objeto...»*

Existen también, no obstante, afirmaciones que marcan un cambio de tendencia. Así, la línea jurisprudencial que destacaba la dificultad que entrañaba para el Registrador la valoración de las facultades representativas de los administradores ha dado paso al criterio (apuntado en la Resolución de 18 de mayo de 1986 y recogido en las tres anteriormente citadas) de que debido a la dificultad de determinar *a priori* la conexión de un acto con el objeto social, *«rechazar esta conexión... escapa ordinariamente a la función calificadora..., por lo que normalmente es sólo la entidad, y “a posteriori”, la única legitimada...»* Se trata de una afirmación de extraordinaria trascendencia, pues aun cuando las Resoluciones anteriores también habían hecho referencia al derecho de los interesados para discutir en los tribunales acerca de la validez del acto por extralimitación de las facultades de los administradores, ahora se afirma que «normalmente» este es el único camino. De la misma forma, la Resolución de 11 de noviembre de 1991 matiza que la necesidad de hacer constar el objeto en la escritura radica *«en la trascendencia que el acto puede tener, si no en orden a su inscripción, al menos en cuanto a liberar de responsabilidad al administrador si surgiese cuestión sobre ello»*.

En cambio, al abandonar el plano de los conceptos teóricos y abordar el análisis de problemas concretos, la diversidad de enfoques se hace patente. Existe una notable distancia entre la Resolución de 2 octubre de 1981 y la reciente Resolución de 3 de octubre de 1994. En aquélla, aun cuando se trataba de una hipoteca en garantía de deuda ajena, la Dirección General no abordó el problema de la eventual gratuidad del negocio, sino que acudió a consideraciones de carácter general para confirmar la calificación denegatoria del Registrador, atendido el hecho de que aun cuando el administrador estaba expresamente *«facultado para hipotecar en virtud de disposición estatutaria «... tal facultad hay que relacionarla con el más singular precepto estatutario del artículo 2, en el que tras establecer que el objeto exclusivo de la sociedad es la adquisición o construcción de fincas urbanas, se indica que accidentalmente pueda la sociedad enajenar inmuebles sin modificar Estatutos y por simple acuerdo de la Junta General, por lo que al envolver la hipoteca una posible enajenación forzosa del inmueble hay*

*que entenderla incluida dentro de los actos que precisan este previo acuerdo social...» En 1994, en cambio, la Dirección General afirma que «... en el acto ahora cuestionado —tomar dinero a préstamo con garantía hipotecaria— no concurre ninguna circunstancia que permita apreciar su inequívoca contradicción con el objeto social, sino que, por el contrario, se trata de una de esas actuaciones que la doctrina ha dado en calificar de neutros o polivalentes; deberá concluirse en la procedencia de la inscripción solicitada...»*

La comparación de las dos Resoluciones es bastante significativa, pues partiendo del mismo fundamento teórico (expresado prácticamente en los mismos términos) llegan a conclusiones divergentes. En realidad, en caso resuelto en 1981 lo que llama la atención es que los Estatutos llegarán a inscribirse en el Registro Mercantil, pues en una sociedad dedicada a la construcción difícilmente se puede estimar que la enajenación de inmuebles no esté comprendida dentro del «giro y tráfico de la empresa» (ámbito en el que, de acuerdo con el artículo 76 de la Ley de 1951, no cabía limitar las facultades de los administradores) o que la cláusula estatutaria que exigía acuerdo de la Junta para enajenar fuera compatible con la ulterior delimitación de las facultades del órgano de administración. En otros supuestos, las conclusiones no son tan claras; las Resoluciones de 12 y 16 de mayo de 1989 admitieron la inscripción de una hipoteca en garantía de deuda ajena constituida por el consejero-delegado, pero la Dirección General fundamenta esta decisión en el hecho de que el órgano de administración estaba expresamente facultado en los Estatutos para constituir garantías reales (y estas cláusulas de atribución de facultades tienen muy difícil encaje en el Derecho vigente). La Resolución de 11 de noviembre de 1991 consideró inscribible la compra de un inmueble para la sociedad realizado por el administrador único autorizado para «realizar toda clase de actos y contratos», aun cuando en la escritura de compraventa no se había expresado el objeto social; ciertamente, el Código Civil (artículos 166, 271, 323, etc.) exige requisitos especiales para la enajenación y no para la adquisición de inmuebles, pero contemplada la cuestión desde la perspectiva del Derecho de Sociedades, tan ajena al objeto social, puede ser una como otra operación, e incluso podría pensarse que el verdadero peligro para el accionista deriva de la inversión de fondos sociales en activos carentes de liquidez que puede poner en peligro el pago de un dividendo en metálico.

En el ámbito del Registro Mercantil también se aprecia una clara diferencia de talante entre las Resoluciones de 18 de mayo de 1986 y de 22 de marzo de 1992. En la primera de ellas se plantea la cuestión de si el órgano de gestión de una sociedad que tiene por objeto la administración de patrimonios propios o ajenos puede constituir junto con otras personas físicas una sociedad anónima dedicada al alquiler de fincas urbanas, construcción de edificios y operaciones con ello relacionadas. La Dirección General, tras comentar ampliamente la circunstancia de que «... *a través de la suscripción de acciones en el momento fundacional de una sociedad... puede llegarse a modificar indirectamente el objeto de la sociedad operante...*», acaba inclinándose por la inscripción por una consideración marginal: la escasa cuantía de la aportación —80.000 pesetas— en relación con la cifra de capital de la sociedad fundadora. La Resolución de 1992 (utilizando los mismos términos que la de 11 de noviembre de 1991: normalmente sólo la sociedad y *a posteriori* puede apreciar la conexión entre un acto y el objeto social) revocó la nota de calificación del Registrador que había estimado que con arreglo al artículo 129 de la Ley de Sociedades Anónimas la Comisión Ejecutiva del Banco Español de Crédito carecía de capacidad para acordar la constitución de una sociedad con objeto distinto al del citado Banco (una Agencia de Viajes).

El nuevo régimen legal ha sido acertadamente resumido por E. POLO SÁNCHEZ en los siguientes términos: «... *la legitimación de los administradores para obrar en nombre de la sociedad sólo depende de ésta en lo que se refiere a su nombramiento, pero no en su poder de representación para vincular a la sociedad, que depende exclusivamente de la Ley...*» (cit. p. 185). En consecuencia, si el único elemento que condiciona la validez de lo actuado en nombre de una sociedad anónima es la efectividad del nombramiento del administrador, parece que la calificación habrá de centrarse en este hecho, y especialmente en la inscripción de tal nombramiento en el Registro Mercantil. El artículo 165 del Reglamento Notarial establece que «*cuando alguno de los otorgantes concurra al acto en nombre de una sociedad .. se expresará esta circunstancia... indicando el título del cual resulte la expresada representación...*»; el «título» en este caso es el acuerdo de Junta por el que se procede al nombramiento del administrador (que se habrá de documentar en los términos del artículo 166 del Reglamento Notarial), y aun cuando su eficacia no depende necesariamente de la inscripción (que no tiene valor constitutivo: artículo 125 de la Ley de Sociedades Anónimas), sino del cumplimiento de los requisitos legales, únicamente a través de la inscripción queda plenamente

acreditado (artículo 20.1 del Código de Comercio: «El contenido del Registro se presume exacto y válido...»), pues el procedimiento registral es el cauce adecuado para comprobar, *prima facie*, el incumplimiento de aquéllos (así, piénsese en la posibilidad de un reforzamiento estatutario de los requisitos de convocatoria o de las mayorías de votación, que sólo el Registrador mercantil tendrá a la vista).

Existe también otro aspecto a considerar, la posibilidad de concretar estatutariamente la titularidad del poder de representación «en uno o varios de los miembros del Consejo a título individual o conjunto» [artículo 124.2.d) del Reglamento del Registro Mercantil, en relación con los artículos 9.h) y 125 de la Ley]. Si la administración ha sido confiada a un Consejo será preciso examinar los Estatutos sociales a efectos de comprobar la existencia o la ausencia de una cláusula de este tipo; en el primer caso no cabe duda de que la actuación externa (sea el otorgamiento de un poder o la enajenación de un inmueble) sólo será eficaz si se realiza precisamente por el administrador designado. En ausencia de esta cláusula «el poder de representación corresponde al propio Consejo, que actuará colegiadamente»; parece que en este supuesto la actuación colegiada se acreditará mediante una certificación expedida por el secretario con el visto bueno del presidente, de acuerdo con un uso muy extendido y análogamente a lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento del Registro Mercantil, precepto que, sin embargo, no se refiere a la representación de la sociedad, sino a la documentación de ciertos acuerdos sociales —a los efectos de su inscripción en el Registro Mercantil— que desenvuelve su eficacia en el ámbito interno y organizativo de la compañía.

## VII. CONCLUSION

Se ha dicho que «la inercia es la más fuerte de las fuerzas sociales»; pocas materias como la que acabamos de examinar podrán ofrecer mejores argumentos en favor de la exactitud del aserto: la aplicación de la Ley de 1951 estuvo condicionada por los esquemas del derecho anterior, y la «representación orgánica» que derivaba del artículo 76 fue interpretada en clave de «representación voluntaria», generándose una práctica nominalista en la que la determinación legal del ámbito de poder de los administradores quedaba relegada a un segundo plano frente a la enumeración de facultades, llegándose a la paradójica situación de que resultaba menos conflictiva la actuación de un apoderado que la del órgano de administración que

había conferido el poder. De la misma forma, los problemas que se han planteado en relación a los artículos 128 y 129 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989 revelan la dificultad de materializar en la práctica diaria cambios trascendentales que han afectado no sólo a los concretos preceptos legales, sino incluso a los principios y a las propias fuentes normativas del Derecho Mercantil.

Las legislaciones del siglo XIX situaron la defensa de los intereses del accionista en el principio de «soberanía de la Junta» y en la técnica de la limitación de las facultades representativas de los Administradores. Este sistema —que a la postre resultó tan enojoso como inútil— ha quedado totalmente superado en la Directiva 68/151/CEE, y en consecuencia, paulatinamente, abandonado en las legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea; resulta muy significativo que la «Companies Act» británica de 1989 haya roto con una tradición más que centenaria y haya procedido a la «virtual abolición» de la regla del *ultra vires* (véase al respecto L. C. B. GOWER, *Principles of Modern Company Law*, 1992). El Derecho de Sociedades del próximo siglo deberá seguir otro camino y buscar la protección de los socios minoritarios en lo que habrán de ser sus dos pilares fundamentales: la transparencia (a través de un reforzamiento de los deberes de publicidad, del derecho de información del socio y, en ciertos supuestos, de los controles derivados de la actuación de profesionales externos) y la responsabilidad de los gestores a través de un severo régimen que afecte incluso a los accionistas que integran el «capital de mando de la sociedad» en una línea de la que ya en 1974 se hacía eco don AURELIO MENÉNDEZ (*Ensayo sobre la evolución actual de la sociedad anónima*, p. 34 y ss.) y que ha tenido reflejo en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal remitido recientemente por el Gobierno a las Cortes (arts. 293 y concordantes).

En esta línea se encuentra plenamente la reciente doctrina de la Dirección General de los Registros y el Notariado, que aunque formalmente se ha inclinado por una línea prudente en la que la frecuente remisión a los antecedentes legales y jurisprudenciales de la nueva regulación parece presuponer la existencia de continuidad entre el artículo 76 de la Ley de 1951 y los artículos 128 y 129 de la Ley actual (la Resolución de 11 de noviembre de 1992 apoya la solución dada en la circunstancia de que «... la anterior doctrina se encontraba ya implícita en la jurisprudencia en torno al artículo 76 de la anterior Ley, y aparece recogida y reforzada en la vigente —arts. 117, 129 y 133, entre otros—...»), un análisis minucioso de los casos resueltos y de las afirmaciones contenidas en las Resoluciones posteriores a 1990 muestra que el paso de la antigua a la nueva Ley ha sido más conflictivo de lo que a primera vista pudiera parecer y que, de hecho,

la Dirección General ha sancionado la ruptura con el sistema anterior en el que la conexión con el objeto condicionaba *ab origen* la eficacia de los actos realizados por los administradores y ha dado paso al sistema de la Directiva, en el que la extralimitación con respecto al objeto social únicamente posibilita una impugnación *a posteriori* y el ejercicio de la acción de responsabilidad contra los administradores; en definitiva, un reencuentro con la tradicional solución mercantil de asegurar a los representantes un conjunto de «facultades necesarias para el ejercicio de su función».

HELIODORO SÁNCHEZ RUS  
Registrador Mercantil de Barcelona

# Un primer estudio sobre el nuevo régimen legal y estatutario de transmisión de las participaciones sociales. Examen de los artículos 26 a 34 de la nueva Ley (\*)

## EL PRINCIPIO DE LA TRANSMISIBILIDAD RESTRINGIDA DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES

Las participaciones no son como los derechos y bienes de la personalidad (los derechos fundamentales y libertades públicas, el derecho al nombre, etc...), esencialmente intransmisibles —personalísimos— por su adherencia esencial a la persona. Tampoco puede decirse confieran a su titular una potestad-función en interés de tercero de suerte que la intransmisibilidad es exigencia de su propia naturaleza como ocurre a menudo en Derecho público y político o en el Derecho de familia (ej.; la patria-potestad). En principio, como tantos otros poderes jurídicos del Derecho patrimonial, las participaciones son transmisibles a otro sujeto conforme a la regla general establecida en el artículo 1.112 del CC.

Ello, no obstante, como dice de un modo muy pedagógico la Exposición de Motivos de la Ley, uno de los postulados generales del tipo «sociedad de responsabilidad limitada» es el *carácter cerrado de la sociedad*. Esto entraña que las «participaciones sociales tengan restringida la transmisión». La restricción a la transmisibilidad de las participaciones sociales es, pues, principio configurador del tipo social, del mismo modo que la libre transmisibilidad de las participaciones lo es de la anónima.

---

(\*) Este trabajo fue publicado por *Expansión* dentro de las ponencias preparadas con motivo de la reforma de la Ley de Sociedades Limitadas.

Hasta ahora, las normas de las anónimas se aplicaban analógica o supletoriamente a las limitadas. El propio Reglamento del Registro Mercantil remite en sede de limitaciones a la transmisibilidad de las participaciones a lo establecido para las anónimas (*vid.* art. 174. 11 del RRM que se remite al art. 123 del mismo cuerpo legal). A partir de la entrada en vigor de la nueva Ley, también será posible una aplicación en sentido contrario: el modelo más completo de regulación de cláusulas restrictivas será el de las limitadas y podrá aplicarse analógica o supletoriamente a las anónimas cerradas.

En la práctica, como ha observado reiteradas veces la doctrina, las barreras entre los tipos societarios son muy tenues y este peligro (el de posible confusión y la sustituibilidad entre los tipos) preocupa al legislador (*vid.* la Exposición de Motivos, por ejemplo).

Es muy posible, y hasta deseable, que con la Ley de limitadas no acabe el proceso normativo de «reordenación de tipos societarios», proceso que exige, según mi parecer, acabar con la enorme flexibilidad de la anónima, la «sociedad-para-todo» y reservarla más estrictamente para la gran empresa: ¿no sería razonable y más conforme con el principio de libre transmisibilidad de las acciones la imposibilidad de cláusulas restrictivas en las anónimas?

La «polivalencia funcional» de nuestra anónima es tal que incluso podemos preguntarnos para qué existen sociedades limitadas si no es como excusa para abaratar el tipo «sociedad anónima» (la limitada quizá siga siendo el «pariente pobre» de la anónima).

En definitiva: es muy notable la proximidad entre una sociedad anónima con base asociativa personalista, con acciones nominativas y cláusulas restrictivas a la transmisibilidad y una limitada. De hecho, cuando la anónima no emite títulos, las acciones se transmiten, como las participaciones, por las reglas relativas a la «cesión de créditos y demás derechos incorporales» (art. 56.1 LSA).

La esencial restricción de la transmisibilidad de las participaciones significa que dichas participaciones no son ni pueden ser valores negociables. A diferencia de las acciones, las participaciones no son valores ni pueden incorporarse a títulos (ni siquiera a «resguardos provisionales»). El art. 5.2 de la Ley es elocuente: «*Las participaciones sociales no tendrán el carácter de valores, no podrán estar representadas mediante títulos o anotaciones en cuenta, ni denominarse acciones*». Esta declaración de principios era innecesaria, pues no hace sino reiterar lo que ya sabemos por la Legislación del Mercado de Valores (el propio Decreto de Emisiones y Ofertas Públicas de Venta de Valores al definir el concepto «valor negociable» excluye a las participaciones).

La consecuencia es clara: en palabras del legislador, la transmisibilidad

no puede producirse en un mercado, ni siquiera en mercados de reducidas proporciones, que se caracterice *«por el predominio de los términos económicos en que se produzca la transmisión sobre las características personales de los contratantes»* (Exposición de Motivos de la Ley del Mercado de Valores). No es posible una objetivación completa de la condición de socio, ni es posible tampoco su perfecta fungibilidad, por el sustrato personal más o menos riguroso que subyace a la sociedad.

A diferencia de lo que se exige para los valores, la transmisibilidad de las participaciones está restringida porque las cualidades, las aspiraciones y la misma identidad de los socios es relevante al vínculo societario. El interés de la sociedad no es algo totalmente ajeno al de los socios.

El legislador ha llevado estas consideraciones al extremo de prohibir la emisión de obligaciones o de otros valores de deuda y representativos de la financiación externa (prohibición contenida en el art. 9 Ley) que carece de fundamento racional y es, como es sabido, muy criticada por la doctrina científica al tratarse de una barrera artificial entre los tipos.

De la no aplicación de la Ley del Mercado de Valores se siguen importantes consecuencias para el «mercado primario» de participaciones (o de emisión) y para el «mercado secundario» (o de transmisión de las emitidas): la imposibilidad consustancial al tipo de emitir participaciones sociales mediante oferta pública (no cabe, por ejemplo la fundación sucesiva de una limitada ni cabe oferta pública de suscripción de las participaciones emitidas en un aumento de capital) y la imposibilidad de que las participaciones y los derechos de suscripción de las mismas estén admitidas a negociación en mercados secundarios oficiales (es sabido que para que los valores coticen en bolsa no puede presentar ningún tipo de restricciones a su transmisibilidad).

La condición de «no-valores» presenta asimismo dos importantes consecuencias en orden al régimen de los negocios de disposición de participaciones comunes a ambos cónyuges y a la tributación fiscal de las transmisiones.

La Ley no ha seguido el criterio de los trabajos preparativos y no se ha modificado el artículo 1.384 del CC para permitir la realización de actos de disposición de participaciones por el cónyuge a cuyo nombre figuren. La tesis tradicional defendía la no aplicabilidad de este precepto precisamente por la no asimilación a los títulos valores (R. 25 de mayo de 1987).

Criterio contrario y mucho más beneficioso es el que sigue la Ley desde la perspectiva fiscal: las participaciones se asimilan fiscalmente a los valores a efectos de la exención en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales que recoge el artículo 108 de la Ley del Mercado de Valores (disposición adicional cuarta).

La esencial restricción a la transmisibilidad de las participaciones —uno

de los principios configuradores del tipo social (vid. art. 12.3 Ley)— se justifica por la necesidad de mantener la cohesión social y el *statu quo* societario de una manera más o menos rigurosa (STS de 28 de junio de 1958, 17 de abril de 1967 o de 24 de noviembre de 1978) y debe salvar la doble prohibición del art. 30 Ley: 1. Las participaciones no pueden ser libremente transmisibles (art. 30.1) y 2. La transmisibilidad de las participaciones no puede estar totalmente prohibida en estatutos (art. 30.3 y 30.4).

Dos supuestos singulares merecen un estudio particular y no son encuadrables entre las prohibiciones *strictu sensu*: el supuesto de transmisibilidad de las participaciones en caso de prestaciones accesorias y el de la prohibición de transmitir antes de la inscripción.

El artículo 24 regula la *transmisión de participaciones con prestaciones accesorias*.

Las prestaciones accesorias pueden configurarse de un modo «real» (se trata aquí de una obligación *ob rem* porque se vincula a la titularidad de la participación *ex art. 22.2 Ley*) u «obligacional» (vinculación personal y no real). En todo caso, la transmisión de participaciones que incorporan una obligación de realización de prestación o la realizada por el socio afectado personalmente requiere de la autorización de la sociedad para que otro socio sustituya al anterior en el cumplimiento.

La razón clara: a la sociedad acreedora no le es indiferente la novación subjetiva por sustitución del deudor y debe dar su consentimiento *ex artículo 1.205 CC*. En el caso de vinculación personal u obligacional y transmisión de parte de las participaciones del obligado, aunque no haya novación subjetiva, también parece oportuno el régimen de consentimiento: como en caso de incumplimiento de la prestación accesorias existe una causa de exclusión posible del socio incumplidor, es de suponer que esta amenaza es menor cuanto menor es su participación.

La *prohibición de transmitir antes de la inscripción* contenida en el artículo 28, es tributaria de una regla muy similar existente para las anónimas (art. 62 LSA) y su explicación dogmática ha dado lugar a una viva discusión doctrinal y a pronunciamientos jurisprudenciales confusos. Dice así: «Hasta la inscripción de la sociedad, o en su caso, del acuerdo de aumento de capital en el Registro Mercantil no podrán transmitirse las participaciones sociales».

Se ha dicho que la norma pretende:

- a) Estimular la inscripción obligatoria en el Registro Mercantil de la constitución o del aumento de capital.
- b) Prevenir el fraude.
- c) Extraer una consecuencia del carácter constitutivo de la inscripción

de la constitución o del aumento de capital (las participaciones sólo nacen como tales participaciones con la inscripción).

Creo que para la comprensión de la norma es preciso distinguir entre: transmisiones de presente de participaciones; transmisiones de participaciones futuras y transmisiones de presente de los derechos del socio de sociedad en formación.

Si la participación social sólo nace a la vida jurídica con la inscripción, antes de ella no es posible hablar de participaciones sociales. La transmisibilidad carecería de objeto. Si es ésto lo que quiere decir el art. 28 sobraría por lo obvio. *No son posibles transmisiones de presente de participaciones sociales antes de la inscripción* y los fedatarios públicos deberían negarse a prestar su ministerio. Los peligros de fraude o engaño son menores aquí que en las anónimas (en las limitadas ni se emiten ni se entregan títulos y la indicación de que la inscripción en el Mercantil pende, normalmente resultaría de los antecedentes de la escritura autorizada por el notario). No obstante: si el comprador ignora la condición de no inscritas el negocio es nulo por falta de consentimiento (error obstativo que impide el acuerdo de voluntades sobre el objeto del contrato). Y ello, entiendo, aunque el error fuere vencible con sólo acudir al Registro Mercantil.

La doctrina tradicional discute la validez de las *transmisiones de futuro de las participaciones antes de la inscripción* pues esas transmisiones parecen caer derechamente en el ámbito de aplicación del precepto. Sin embargo, una gran parte de la doctrina defiende la aplicabilidad de la teoría del negocio de venta de cosa futura: las partes pueden convenir la transmisión de la propiedad subordinada a la *conditio iuris* de inscripción en el Registro Mercantil que marca el momento de nacimiento de las participaciones.

Mucho más discutible es la licitud de la transmisión de presente del derecho de partícipe en sociedad en formación o del derecho de suscriptor en un aumento pendiente de inscripción (el supuesto de la *transmisión de la participación in fieri*). Parece ser ése el ámbito natural de la prohibición (cfr. STS de 8 de mayo de 1987). Aunque alguna doctrina defienda lo contrario parece lo más razonable que, por coherencia con las normas aplicables a la situación de la sociedad en formación e irregular —art. 11.3 Ley de limitadas que se remite a los arts. 15 y 16 de la de anónimas— y las aplicables a los tipos societarios básicos y supletorios (la sociedad civil y la regular colectiva y los arts. 1696 del CC y 143 del C.Com.) la transmisión de los derechos patrimoniales y políticos de socio antes de la inscripción requiere el consentimiento unánime de todos los consocios.

## REGIMEN GENERAL DE TRANSMISION DE PARTICIPACIONES

La sección 1. de este capítulo IV, bajo la rúbrica «Disposiciones generales» contiene, en sus artículos 26 a 28 la regulación básica de la ley de circulación de las participaciones.

Con arreglo a nuestro sistema, la transmisión de la propiedad sobre las participaciones requiere para su plena eficacia —frente a las partes en el negocio, frente a la sociedad y frente a todo tercero— la presencia de:

- a) Una causa jurídica hábil (o negocio causal antecedente que sea hábil para producir la transmisión dominical).
- b) Una forma idónea (la «documentación de las transmisiones»).
- c) La inscripción en el Registro de socios.

Evidentemente, la Ley no regula los diversos negocios idóneos para transmitir las participaciones, porque la compraventa, permuta, sucesión etc... están cada una sujetas a las reglas generales y particulares, civiles y mercantiles aplicables en cada caso. Lo que es cierto es que nuestro sistema es causal y no cabiendo la abstracción absoluta, la transmisión no es válida sin causa, verdadera y lícita. La no expresión de la causa no significa su inexistencia cuando se pruebe responde la transmisión a una causa existente y lícita (arts. 1274 y ss. CC).

La circulación de las participaciones plantea problemas dispares según las diferentes causas de la transmisión.

Tratándose de *transmisión forzosa* de las participaciones, es obvio que la Ley no podía hacerla imposible porque juega aquí el interés público. Sería contrario a nuestro Derecho una regla de inembargabilidad: ni siquiera la cláusula estatutaria de prohibición radical tolerada en el artículo 30 de la Ley puede afectar a las forzosas conforme a la doctrina científica civil en sede de prohibiciones voluntarias de transmitir. La ley se limita a establecer un régimen especial en el artículo 31.

Cuando de la *transmisión mortis causa* se trata, es igualmente obvio que la restricción de la transmisibilidad no puede impedir el curso de la naturaleza (fallecimiento del titular): también para las transmisiones *mortis causa* existe una regla especial en el artículo 32.

*El problema de la transmisibilidad, pues, se centra en las transmisiones voluntarias e inter vivos.*

A nuestros efectos, y teniendo en cuenta que la legislación dispone para cada categoría, de espacios normativos diversos, es relevante la distinción entre causas jurídicas de:

1. Transmisiones *inter vivos* y voluntarias (arts. 29 y 30: la compra-

venta es la causa prototípica pero también existen otros negocios: los gratuitos y aquellos cuya contraprestación no consiste en precio).

2. Transmisiones *mortis causa* (art. 31: por herencia o legado u otra disposición *mortis causa*), y

3. Transmisiones forzosas (art. 32: judiciales, administrativas o por ante fedatario público).

El negocio de transmisión *no es esencialmente formal*. La forma no es *ad substantiam* conforme a nuestro sistema general de libertad de forma (art. 1.278 y ss. CC, art. 51 C.Com.) y nuestra mejor doctrina. Así hay que interpretar la ambigua declaración normativa del artículo 26.1 según el cual la transmisión de las participaciones sociales, así como la constitución de derechos reales sobre las mismas deberán constar en documento público.

Esto quiere decir que el negocio de transmisión puede producir efecto y es válido entre las partes aunque no se documente (celebración verbal, incluso tácita) o aunque no se documente de manera auténtica (documento privado de transmisión).

Sin embargo, sin estos requisitos de forma pública la transmisión no produce efectos frente a terceros o frente a la sociedad (para lo cual además necesita de la inscripción en el libro registro: la forma pública es otra vez vehículo necesario para la inscripción registral). Las partes pueden recíprocamente compelerse a elevar a público el documento privado *ex artículo 1.279 del CC*.

El artículo 20 *in fine* de la Ley de limitadas de 1953 decía: «la transmisión de participaciones sociales se formalizará en escritura pública, que se inscribirá en el Registro Mercantil». Obsérvese que la escritura pública —y no la póliza del corredor— era título hábil para la inscripción, también de conformidad con el principio mercantil registral de titulación pública (ahora del art. 5 RRM interpretado a la luz de nuestra jurisprudencia registral).

La Ley de 1953 fue reformada en 1989 para suprimir la obligatoria inscripción en el Registro Mercantil de la transmisión de participaciones. El legislador aprovechó para sustituir la escritura pública por la expresión «documento público», lo que provocó una discusión doctrinal sobre la posible intervención de los corredores de comercio en las transmisiones de participaciones habida cuenta de su condición de fedatarios públicos (arts. 55 y 58 del C.Com y 88 y ss. del mismo cuerpo legal) y de la definición de documento público en el art. 1.216 CC.

Notarios y corredores —y la doctrina con ellos— disputan sobre la atribución o no a los segundos de la condición de «notarios mercantiles» y las singularidades de su intervención fehaciente: ausencia del principio de unidad de acto en el otorgamiento, lo que permite a los corredores la no

presencia personal, peculiar forma de documentación (no llevanza de protocolo, por ejemplo), etc. La discusión torna a veces a ser agria y median razones de índole extra-jurídica de las que cabe destacar dos: la voluntad declarada de la Administración de la unificación de la fe pública extra-judicial (existe un requerimiento parlamentario al Gobierno en este sentido y diversos textos en proyecto muy discutidos) y la elaboración de un reglamento para los corredores en que se defiende una aproximación de ambas formas de intervención.

La Ley ha repartido el «mercado de la intervención pública» de una manera salomónica en el artículo 26.1: «*La transmisión de las participaciones sociales y la constitución del derecho real de prenda sobre las mismas, deberán constar en documento público. La constitución de derechos reales diferentes del referido en el párrafo anterior sobre las participaciones sociales deberán constar en escritura pública*». Esto significa una habilitación implícita —aunque en términos estudiadamente ambiguos— y adicional a la de los corredores (los notarios siempre son competentes para ello) para intervenir las transmisiones más habituales en el mercado (negocios traslativos de la propiedad y prenda de participaciones) y una reserva de competencia a los notarios, en exclusividad, para todo lo demás (usufructos, constitución de comunidades etc.).

El precepto no resuelve todas las dudas posibles: entiendo, por ejemplo, que el art. 1.872 del CC debe ser aplicado a la enajenación extra-judicial de la prenda ante corredor, pudiendo éste intervenir la enajenación forzosa. Es mucho más discutible que el corredor de comercio intervenga las permutas de participaciones (parece que sí si se permutan participaciones contra participaciones y no si es a cambio de inmuebles, por ejemplo), las donaciones...

Parece claro que no podrá intervenir el corredor las aportaciones para la constitución/amplicación de capital de sociedad mercantil o civil (la sociedad debe constar en escritura pública) o la disposición a título de herencia o legado de participaciones por testamento, donación *mortis causa*, o contrato sucesorio en los Derechos forales en que se admita.

Como la posición jurídica de socio de una limitada no se incorpora a un título valor (como puede ocurrir con las acciones nominativas o al portador) ni, obviamente, pueden las participaciones estar representadas por anotaciones en cuenta (no son valores negociables), la ley de circulación de la participación es la de la transferencia de derechos no endosables ni al portador (art. 347 C.Com.): los derechos se podrán transferir por el socio sin necesidad del consentimiento de la sociedad (o de los otros socios) pero debiendo poner en conocimiento de la sociedad la transferencia.

Esa notificación es exigible para constituir a la sociedad en obligada a reconocer la transmisión realizada: «*El adquirente de las participaciones*

*sociales podrá ejercer los derechos de socio frente a la sociedad desde que ésta tenga conocimiento de la transmisión o constitución del gravamen» (art. 26.2 Ley, frente al aparentemente distinto art. 55.2 LSA, para las acciones nominativas).*

Esto significa lo siguiente:

1. La legitimación del socio deriva de la inscripción en el libro registro de socios a que se refiere el artículo 27 Ley. El conocimiento extraregistro por la sociedad de la transmisión es irrelevante: la sociedad debe conocer como socio al inscrito y desconocer al no inscrito con independencia del titular «civil» o «real» en las transmisiones no notificadas.

2. A pesar de lo que puede parecer de la dicción literal del artículo 26.2 Ley, la simple notificación no basta: la sociedad debe realizar un cierto control de la regularidad de la transmisión (*vid.* la S. de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de junio de 1993).

La sociedad no reconocerá ni inscribirá en su libro registro las transmisiones no documentadas en forma, ni las efectuadas por sujeto que no es titular inscrito o las efectuadas sin observar las reglas estatutarias y especialmente las establecidas en sede de restricciones a la transmisibilidad de las participaciones (por ejemplo: las compraventas sin observar el derecho de preferente adquisición de los otros socios).

Contra la decisión de la sociedad de no inscribir la transmisión sólo cabe a los interesados el recurso ante los tribunales (obsérvese el inconveniente del sistema frente a la calificación de un funcionario independiente como es el Registrador mercantil).

3. El adquirente está protegido frente a retrasos negligentes o dolosos de la sociedad en la inscripción de sus derechos (*vid.* la STS de 14 de abril de 1992).

Basta que se acredite que la sociedad recibe la comunicación. El artículo 56.1.2 LSA ordena la inscripción de la transmisión de acciones nominativas «de inmediato», deber también aquí aplicable a los administradores de las limitadas.

Para poder acreditar que la sociedad ha recibido la comunicación es recomendable la notificación fehaciente: a través del propio notario autorizante requerido al efecto (lo más natural es que se instrumente la transmisión y la notificación en una misma escritura), mediante carta certificada con acuse de recibo etc.

Se dice que la ley de circulación de las participaciones no es la «cartular» (incorporación de un derecho o posición jurídica a un documento transmisible) sino la «tabular» o «registral».

Ello no quiere decir que la posición de socio no sea documentable, antes

al contrario: «*El socio y los titulares de derechos reales o de gravámenes sobre las participaciones sociales, tienen derecho a obtener certificación de las participaciones, derechos o gravámenes registrados a su nombre*» (art. 22.4 Ley). Ese documento es un mero documento probatorio o acreditativo y no un título valor, ni surte efectos de legitimación ni es transmisible por endoso.

Tampoco sirve para inmovilizar los derechos mediante su entrega a un tercero, porque el socio podrá obtener tantas certificaciones como desee y no tiene que restituirlas cuando transmita las participaciones. Tampoco podrán las participaciones movilizarse mediante los certificados de depósito en entidades de crédito.

La certificación es, pues, un simple modo de hacer público el contenido del libro-registro, bajo la responsabilidad de quien las expide.

El «sistema registral» previsto es muy similar al de las acciones nominativas (salvo en lo que hace a la imposibilidad de incorporación a título endosable): un sistema registral absolutamente privado, por opuesto a los sistemas registrales públicos (el Mercantil, por ejemplo, anterior a la Reforma de 1989 y todavía en vigor para la transmisión de participaciones en sociedades personalistas) pero también a los privados pero con fe pública registral (el ejemplo de los registros de anotaciones en cuenta).

La inscripción no produce los efectos de la inscripción en un registro con fe pública (el que adquiere de titular inscrito e inscribe su derecho no recibe una especial protección ni su posición es por ello inatacable y no es aplicable en caso de doble venta la preferencia del primero que inscribe de buena fe *ex art. 1.473 del CC*) y no juegan aquí la oponibilidad a tercero de los derechos inscritos, aunque sí otros «principios» de organización como es, singularmente el de tracto sucesivo (previa inscripción del transmitente, rigor en la cadena de transmisiones inscritas).

Aunque por su denominación pueda parecer que el sistema de llevanza idóneo es el personal (folio personal) nada obsta (y lo creo más recomendable al menos cuando son pocas las participaciones) que se siga el sistema de los registros de bienes (folio real). El soporte del sistema registral es el libro registro de socios que debe llevar cada sociedad y en el que se «*harán constar la titularidad originaria y las sucesivas transmisiones de participaciones sociales, así como la constitución de derechos reales y otros gravámenes sobre las mismas. En cada anotación se indicará la identidad y domicilio del titular de la participación o del derecho o gravamen constituido sobre aquélla*».

Es importante que el socio modifique a su instancia los datos personales (por ejemplo, cuando cambia de domicilio) *ex art. 28.5 Ley* porque la sociedad cumple con notificar al domicilio registral aunque no coincida con

el real (piénsese en los casos del derecho de adquisición preferente, notificaciones para convocatoria de junta etc.).

Objeto de la inscripción son los derechos reales y los gravámenes: se inscribe la transmisión voluntaria, la forzosa (art. 31), las herencias y legados de participaciones (art. 32), la copropiedad (art. 35), el usufructo (art. 36), la prenda (art. 37), el embargo (art. 38) y «cualesquiera otros de naturaleza real», v, gr. las opciones o derechos de adquisición preferente etc.

La administración y gestión del registro de participaciones corresponde al administrador o a personas autorizadas bajo su responsabilidad (art. 25.2 C.Com.), siendo aplicable a su llevanza lo establecido en el C.Com. y RRM en lo que hace a la legalización por el Registrador Mercantil (art. 27 del C.Com. en relación a los arts. 293 y ss. RRM), modo de llevanza (art. 29 del C.Com.) y conservación (art. 30 C.Com.). En caso de pérdida o extravío entiendo aplicable lo establecido en el artículo 106.3 RRM para el libro de actas. Está prevista la posible llevanza del libro mediante procedimientos informáticos (¿sustitutivos del soporte papel?) en los términos en que disponga un reglamento (art. 27.3 del C. Com.).

Sólo se contempla la publicidad del libro a socios y no a terceros (art. 27.3 Ley), lo cual puede ser un serio inconveniente (piénsese en los muchos terceros interesados en conocer el titular). En todo caso, y aunque se defendiera que la sociedad está amparada por un derecho de secreto extensible al contenido de los libros (por contra: en el sistema anterior de la Ley de 1953 con el Registro Mercantil) sería aplicable lo dispuesto en el C.Com., para la comunicación y exhibición de libros (art. 32 C.Com.), lo que garantiza el acceso a toda persona con interés legítimo que podrá incluso acudir al efecto al Juez.

El socio tiene un derecho de rectificación de los asientos del Registro, derecho de rectificación similar al que se establece para las inscripciones en el libro registro de acciones nominativas (art. 27.2 Ley que no reproduce sin motivo la dicción del art. 55.4 LSA).

Se planteó en la doctrina el problema de si el sistema de limitaciones a la transmisibilidad originariamente previsto en los estatutos de la fundación puede cambiar en el tiempo o es inmutable sin el consentimiento de todos los socios (como creyó algún sector de la doctrina italiana que definió un cierto derecho intangible del socio que debería prestar su consentimiento *uti singuli*).

El artículo 33 Ley presupone la mutabilidad del régimen de transmisibilidad de las participaciones y el art. 94.c) concilia el interés social con el del socio mediante el reconocimiento a los socios que no hubieran votado a favor de un acuerdo de modificación del régimen de participaciones sociales de un derecho de separación social (se entiende que es una muta-

ción sustancial del contrato societario). El sistema es mucho más garante del interés del socio que el establecido en la ley de anónimas (sistema de «vacatio» del art. 146 LSA).

Por excepción: la incorporación de cláusulas de prohibición de transmisión voluntaria de participaciones aunque se reconozca un derecho de separación del socio, requiere el consentimiento de todos los socios *ex artículo 30.3 in fine*.

Como quiera que el régimen de la transmisibilidad es mudable, pueden presentarse problemas de derecho transitorio o intertemporal que pretende resolver la regla del *tempus regit actum* contenida en el artículo 33: se aplica la ley del momento en que se produzca la transmisión. La ley dice que «*el régimen de la transmisión de participaciones será el vigente en la fecha en que el socio hubiera comunicado a la sociedad el propósito de transmitir o, en su caso, en la fecha de fallecimiento del socio o en la de la adjudicación judicial o administrativa*».

## TRANSMISIONES LIBRES

Si la Ley impide la total prohibición (la cláusula que contravenga la Ley sería nula y no inscribible), también impide la cláusula «*que haga prácticamente libre la transmisión voluntaria de las participaciones sociales por actos inter vivos*» (art. 30.1). Esta solución acaba con la vieja disputa en la doctrina sobre la admisibilidad de este tipo de cláusulas para nuestras limitadas (que parecían prohibidas por la Exposición de Motivos de la Ley de 1953, pero aparentemente toleradas por la DGRN en R. 14 de marzo de 1957).

Obsérvese que el Registrador —o el Juez— calificarán de la eventual nulidad de cláusulas que no siendo de libre transmisibilidad producen efectos equiparables. Ejemplo: la cláusula de prohibición temporal de transmitir cuando no se transforma en restrictiva de la transmisibilidad concluido el periodo inicial máximo de cinco años; la que se limita a restringir sólo ciertas y mínimas transmisiones (se restringe sólo la transmisión a extranjeros, por ejemplo), etc.

El artículo 29.1 de la Ley establece un marco legal supletorio de libre transmisibilidad. Son libres, a falta de previsión estatutaria en contra, las transmisiones «internas» (transmisiones voluntarias por actos *inter vivos* entre socios), las familiares (realizadas a favor del cónyuge, ascendiente o descendiente del socio) o las intra-grupo (a favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente).

Un primer examen del artículo 29.1 nos suscita los siguientes comentarios:

1. La Ley nueva ha ampliado sensiblemente el dominio típico de la libre transmisibilidad *inter vivos*: en el antiguo artículo 20 de la Ley de 1953 sólo se sujetaba a restricción la transmisibilidad a extraños.

Si la sociedad pretende mantener el *statu quo* societario (mantenimiento de la composición y porcentaje de participaciones) la regla de libre transmisibilidad entre los socios es insatisfactoria porque un socio podría adquirir el control adquiriendo de otros socios. Podría interesar sujetar las transmisiones entre los socios.

2. La autonomía de la voluntad permite ampliar o reducir el dominio legal de la libre transmisibilidad siempre que la ampliación estatutaria no produzca efectos equiparables a la libre transmisibilidad.

Sería posible: eliminar alguno/s o todos de los supuestos típicos de libre transmisibilidad (eliminar la familiar o/y la intra-grupo...); añadir otros nuevos no previstos o alterar la definición legal del presupuesto de hecho (la familia puede hacerse incluya a los colaterales y no a los ascendientes; el grupo a las empresas las sociedades participadas en cierto porcentaje aunque no sean filiales...).

3. La libre transmisibilidad de las participaciones entre cónyuges permite resolver una vieja cuestión doctrinal y jurisprudencial: en principio, las disoluciones de las comunidades matrimoniales por cualquier causa que sea (separación, divorcio, modificación del régimen económico matrimonial) con adjudicación de participaciones a alguno de los cónyuges no provoca transmisiones sujetas (*vid.* la RDGRN de 20 de marzo de 1987 y la STS de 4 de julio de 1988).

4. La ley de limitadas, al declarar libre la transmisión de las participaciones entre sociedades de un grupo, contiene un reconocimiento excepcional del grupo de sociedades: nuestro Derecho sólo contiene una formulación contable y fiscal (no sustantiva o material) del grupo de sociedades.

La liberalización de las transmisiones intra-grupo permite reestructurar internamente el patrimonio del grupo.

El grupo de sociedades a estos efectos se define en los artículos 42 y ss. Hay que entender que la transmisión sólo es libre entre sociedades dominante y dominada o entre dominadas (filiales) del mismo grupo, pero no en relación a otras sociedades que puedan intervenir en la consolidación (sociedades multigrupo y asociadas definidas en los artículos 4 y 5 del RD 20 de diciembre de 1991), a menos que estatutariamente así se pacte.

## MORFOLOGIA DE LAS CLAUSULAS RESTRICTIVAS

La Ley no establece una única ley de circulación de participaciones. Es posible configurar estatutariamente un diferente régimen de transmisibilidad

siempre que respete esa doble limitación no contradictoria: las participaciones no pueden ser totalmente intransmisibles ni libremente transmisibles.

A falta de estipulación expresa en estatutos jugará el régimen legal supletorio. Así se sigue expresamente del artículo 29.2 Ley: «A falta de regulación estatutaria, la transmisibilidad voluntaria de las participaciones sociales por actos *inter vivos* se registrá por las siguientes reglas...».

Las cláusulas restrictivas pueden ser de muy diversas especies. Las conocidas en la práctica de los negocios y en nuestro Derecho positivo son las representadas en el cuadro adjunto (*vid.* cuadro).

Adviértase que los sistemas de restricción a la transmisibilidad reciben nombres dispares: la terminología no está ni muchos menos consagrada y no siempre quiere decirse lo mismo cuando se habla de «tanteo», «retracto», «preferente adquisición», etc.

A grandes rasgos, el Derecho comparado nos muestra la existencia de tres tipos básicos de cláusulas restrictivas: las prohibitivas, las de consentimiento y las de preferencia (*vid.* sobre esta clasificación el art. 123 del RRM y la STS de 24 de noviembre de 1978).

Las cláusulas prohibitivas persiguen enervar el poder de disposición del titular de la participación, bien de un modo absoluto o relativo: respecto a todo tipo de transmisiones o respecto a ciertas prohibiciones en atención a la causa, al adquirente etc.

Por su duración, las cláusulas prohibitivas son temporales o «perpetuas» (no transitorias: por la vida de la sociedad).

Las cláusulas de consentimiento persiguen el control societario de la transmisión que se subordina al consentimiento del órgano competente. Deberá consentir/denegar la autorización la junta de socios o el órgano de administración pues no cabe subordinar la transmisión a la autorización de tercero *ex art.* 123.2 RRM: «Los estatutos no podrán atribuir a un tercero la facultad de consentir o autorizar la transmisión».

El consentimiento podría dejarse al mero arbitrio del autorizante (sin fijación de causas) pero en Derecho comparado suele exigirse que la denegación arbitraria (sin causa) constituya a la sociedad en la obligación de presentar un adquirente al socio que se propuso transmitir. También caben las cláusulas de consentimiento tasado o sujeto a causas de denegación.

Las cláusulas de preferencia son las más populares. Persiguen sujetar la adquisición a la preferencia adquisitiva de ciertos beneficiarios (sociedad, socios, terceros y administradores). La preferencia puede ser más o menos rigurosa.

Existen dos tipos de cláusulas pertenecientes al género de las de preferente adquisición que no siempre se saben distinguir: las de simple prelación o preferencia y las de preferente adquisición *strictu sensu*, también conocidas como de *preemptión* (barbarismo del latín *praemptio* y del fran-



cés *préemption*). Sobre esta distinción puede verse la fundamental Resolución de 9 de enero de 1995.

En las de simple prelación o preferencia, la obligación que soportan los socios es la mínima de preferir propios a extraños al objeto de mantener la cohesión social inherente al *intuitu personae*. El comportamiento que se espera del socio es esencialmente negativo: deberá efectuar una notificación al objeto de que los demás puedan optar a una preferencia en la adquisición. La cláusula no va más allá. El socio no soporta la obligación positiva de transmitir ni es su comunicación una oferta contractual en que el encuentro con la aceptación del beneficiario de la cláusula determine la perfección negocial. En suma: el socio que se proponía transmitir queda libre de desistir de la transmisión y el que se presentó como eventual adquirente no puede exigir la transmisión a su favor.

En las cláusulas de preferente adquisición, los deberes que soportan los socios son más rigurosos. La cláusula entraña una auténtica promesa de adquisición y enajenación. Existe una promesa de contrato en estatutos por cuya virtud el que comunica el propósito de transmitir realiza con la comunicación una oferta negocial de transmisión que encontrándose con la aceptación del beneficiario determina la perfección negocial. Es decir: que el que comunicó el propósito de transmitir no puede desistir y el que se ofreció a adquirir puede exigir la adquisición. Hasta ahora, en nuestro Derecho, son mucho más frecuentes las de preferente adquisición que las de simple prelación. Pueden verse de este tipo las que motivaron los recursos resueltos por las RR. de 6 de junio de 1992 y de 20 de agosto de 1993.

Las cláusulas de preferente adquisición (las más corrientes en los llamados tanteos y retractos legales de la legislación especial: retractos arrendaticios, rústicos y urbanos; enfiteútico; de comuneros y colindantes; de buques; de la ley de deportes; de montes etc.) pueden actuar *ex ante*, con carácter previo a la adquisición o *ex post*, con carácter posterior a ella.

Suele decirse que ambas formas de derechos/cláusulas de preferencia adquisitiva se combinan y refuerzan mutuamente, presentándose conjuntamente. Todo tanteo constaría de dos fases (previa o propiamente de tanteo y posterior o de retracto) : si el tanteo no se respeta (la transmisión no se comunicó o se realizó en condiciones distintas a las comunicadas) debería dar lugar al retracto. Sin embargo esto no es cierto. Supongamos una cláusula de preferente adquisición *ex ante* y estatutaria: el incumplimiento de la cláusula dará lugar a que la sociedad deniegue la inscripción al adquirente en virtud de transmisión sin respetar el tanteo y la comunicación a la sociedad obligará a esta a poner en marcha el mecanismo de preferente adquisición que puede funcionar sin posterior retracto. Tanto la cláusula de pre-adquisición como la de post-adquisición pueden funcionar independientemente.

En atención al precio fijado para la adquisición las cláusulas pueden ser de pre-adquisición por el «tanto» (las propiamente de tanteo: el precio comunicado); de pre-adquisición por otro precio que garantice el valor real (típicamente de pre-adquisición por precio fijado por auditor); de post-adquisición por el precio satisfecho por el adquirente (las propiamente de «retracto» y ya operen antes o incluso después de la inscripción en el libro-registro: *vid.* la cláusula de la STS de 4 de julio de 1988).

Según el beneficiario de la cláusula o titular de derecho de preferente adquisición las cláusulas pueden constituirse en favor de todos o algunos de los socios y/o de la sociedad (dentro de los límites de la adquisición de participaciones propias de los arts. 39 y ss) o/y de terceros (así se sigue del art. 123.3 RRM).

Las cláusulas limitativas a la transmisibilidad pueden ser, en atención a la fuente de creación, legales/estatutarias y extra-estatutarias.

Respecto a las cláusulas extraestatutarias tantas veces integrantes de los llamados pactos de sindicación o de bloqueo, (por ejemplo en los sindicatos de voto), la doctrina tradicional sostiene su carácter de pactos para-sociales porque opera su eficacia fuera de la órbita de la sociedad aunque presupongan su existencia y, en principio, son irrelevantes a la sociedad por aplicación de la máxima legal de que los pactos que se mantengan reservados entre los socios no serán oponibles a la sociedad: artículo 11.2 Ley. Ello no es óbice a su eventual y muy discutida validez inter-partes u obligacional (se dice que está privados de carácter «real» porque no trascienden a la sociedad)

Tratándose de limitaciones establecidas en ley o estatutos, que serán las que estudiemos en este trabajo, la sociedad debe reconocerlas y aplicarlas. Así resulta «a contrario» del artículo 34 Ley: «Las transmisiones de participaciones sociales que no se ajusten a lo prevenido en la Ley o, en su caso, a lo establecido en los estatutos no producirán efecto alguno frente a la sociedad». Sin perjuicio de la eventual validez «inter-partes» (interna u obligacional) de la transmisión contraria a estatutos o a la cláusula legal supletoria típica —cuestión, por lo demás, hartamente discutible— la transmisión debe ser desconocida por la sociedad que negará legitimación al adquirente. Esta doctrina clásica está recogida en la jurisprudencia: *vid.* STS de 24 de noviembre de 1978 y R. de 11 de febrero de 1986. Como quiera que las cláusulas estatutarias figuran inscritas en el Registro Mercantil, por efecto de la oponibilidad registral, obligarán no sólo a los socios que las pactaron sino a todo tercero adquirente y subadquirente de participaciones.

Las cláusulas restrictivas de la transmisibilidad pueden ser comunes a todas las participaciones o afectar de manera distinta a ciertos grupos de participaciones, por el principio de igualdad matizada de las participaciones del artículo 5.1 de la Ley (*vid.* R. 1 de octubre de 1993).

Es posible que la misma cláusula funcione de manera distinta según las participaciones (por ejemplo: cada grupo de participaciones es preferente sobre el otro cuando se trata de participaciones pertenecientes al grupo) o incluso —aunque más dudoso— que las cláusulas limitativas sean distintas según los grupos de participaciones (unas sujetas a preferente adquisición y otras a una cláusula de prohibición, por ejemplo). En ningún caso pueden quedar de libre transmisión ciertas participaciones aunque el resto tengan la transmisibilidad restringida e incluso prohibida.

### LA CLAUSULA TIPICA RESTRICTIVA DE LA LIBRE TRANSMISIBILIDAD *INTER VIVOS* DEL ART. 29 DE LA LEY

#### A) SENTIDO GENERAL DE LA REFORMA Y NATURALEZA DEL SISTEMA LEGAL SUPLETORIO

La nueva legislación ha seguido el sistema de la antigua —art. 20 Ley 1953— en lo que hace a la previsión de un régimen típico supletorio a falta de pacto estatutario en contra. Esta técnica es positiva y permite que los estatutos sean innecesariamente farragosos (aunque suele ser habitual la reproducción literal aunque innecesaria de la cláusula legal en estatutos). Sobre los riesgos de la reproducción de preceptos legales en estatutos vid. la R. de 10 de julio de 1984.

Sin embargo, la nueva Ley ha optado por un sistema limitativo de la transmisibilidad, inspirado en la legislación francesa, sustancialmente distinto del anterior, lo que al menos suscita la pregunta sobre la oportunidad de la reforma: ¿no hubiera sido preferible introducir algunas mejoras en el procedimiento del antiguo artículo 20 de la Ley 1953 en lugar de introducir *ex novo* una cláusula de consentimiento/preferente adquisición que carece de implantación en nuestra práctica?

El éxito del artículo 20 ha sido tal que ha inspirado prácticamente todas las cláusulas limitativas insertadas en los estatutos de las limitadas... y de las anónimas: el procedimiento ha servido de modelo universal de todas ellas.

No está del todo justificada la elección del tipo de cláusula: es bien sabido que las cláusulas de consentimiento no han arraigado en nuestro suelo, por más populares que puedan ser en Derecho comparado (en Alemania, Portugal, Francia, Italia...). Puede verse como antecedente de una cláusula similar a la actual la que motivó el recurso resuelto por la R. de 16 de mayo de 1989 y un ejemplo de cláusula de consentimiento admitida por la DG la de la R. 27 noviembre de 1985.

Los prácticos señalan en favor de esta cláusula que, en el fondo, traduce

el modo cómo, habitualmente, venía siendo sustituido el procedimiento del artículo 20: es relativamente frecuente entre sociedades de pocos socios que pueden reunir juntas universales que el socio que se propone transmitir a tercero extraño provoque una junta de socios que decide sobre dicha transmisión.

De cualquier modo que sea, la cláusula pertenece a la familia de las cláusulas restrictivas mixtas porque su procedimiento se articula en dos fases propias de otros tipos de cláusulas restrictivas «puras» (cláusula «pura» sería la del viejo artículo 20). En nuestro caso, en un primer momento, la cláusula funciona como las de consentimiento (la transmisión se subordina a la aprobación de la sociedad a través de alguno de sus órganos) y por falta del *placet*, la cláusula hace tránsito a otra de preferente adquisición. La conciliación sucesiva de ambos sistemas es fácilmente explicable por razones de justicia: si la aprobación de la transmisión queda al arbitrio de la sociedad (el socio cedente está sujeto a un deber de abstención en la junta que aprueba o deniega la transmisión), es justo que la denegación sólo pueda hacerse valer por la sociedad misma con presentación de un adquirente. De lo contrario, el socio que pretende transmitir quedaría sujeto al capricho de la sociedad y «prisionero de sus participaciones».

Si la primera fase juega como cláusula de consentimiento sin fijación de causas de denegación, la segunda es muy discutible sea de las de simple prelación o preferencia y no de las de adquisición preferente (*vid. supra* sobre esta distinción).

Entiendo que la cláusula del viejo artículo 20, Ley de 1953, pertenecía a las de la segunda categoría (cláusula de adquisición preferente). Es mucho menos claro que la de la nueva ley pertenezca al primer tipo de prelación o simple preferencia (para una cláusula muy similar a la nuestra, los tribunales franceses han establecido el principio del «arrepentimiento»: «après refus, le cédant n'est pas tenu de maintenir son offre de vente»).

Para decidir sobre la naturaleza de la cláusula son fundamentales los dos apartados finales —e) y f)— del artículo 29.2, que rezan:

«e) *El documento público de transmisión deberá otorgarse en el plazo de un mes a contar desde la comunicación por la sociedad de la identidad del adquirente o adquirentes.*

f) *El socio podrá transmitir las participaciones en las condiciones comunicadas a la sociedad, cuando hayan transcurrido tres meses desde que hubiera puesto en conocimiento de ésta su propósito de transmitir sin que la sociedad le hubiera comunicado la identidad del adquirente o adquirentes.*

Si la escritura o póliza de transmisión debe otorgarse en el plazo de un mes desde que se comunique la identidad del o de los adquirentes es porque

se reconoce la posibilidad de actuación de ese derecho de instar la formalización documental incluso judicialmente (sobre la posibilidad de introducir una cláusula penal estatutaria por no formalización voluntaria de la transmisión en plazo *vid.* la R. de 6 de junio de 1992). Parece claro que si la comunicación es extemporánea el socio queda libre pero: ¿y en caso contrario?

El artículo 29 e) puede significar al menos dos cosas: que el socio cedente puede compeler al que prometió adquirir a la formalización documental de la transmisión sin que recíprocamente pueda ser compelido a ello (el plazo es en garantía del cedente); o al contrario: que cedente y promitente pueden recíprocamente compelerse a la transmisión.

Me inclino por la última solución por varios motivos: 1. Por razones prácticas y de justicia: parece poco serio que el cedente pueda desistir —a menos que exista cláusula estatutaria de desistimiento: cfr. R. 6 de junio de 1992— mientras que el promitente quede estrictamente obligado desde que comunicó la oferta de adquisición.

2. Esta interpretación es más conforme con nuestra tradición, y con nuestros usos del comercio (somos poco dados a simples cláusulas de prelación).

3. Por ser conforme a la dicción literal del precepto que usa el imperativo «deberá».

4. Porque la posibilidad de compelerse recíprocamente a elevar a público un contrato de transmisión parece ser la regla más conforme con nuestro sistema: artículo 1.279 del CC en sede de forma y 1.127 del CC en sede de plazos que establece la presunción legal de que siempre que en las obligaciones en que se designa un plazo, se presume establecido en beneficio de acreedor y deudor.

Aunque sea partidario de entender que la comunicación del cedente es auténtica oferta negocial, siempre será posible la retirada de la oferta antes de la perfección negocial; antes de que se cruce con la aceptación según la interpretación mayoritaria del artículo 1.262 del CC. Entiendo, pues, que a falta de pacto estatutario en otro sentido, el socio cedente sólo puede desistir del proyecto de transmisión comunicado y retirar su oferta antes de que llegue a su conocimiento la comunicación de la identidad del o de los adquirentes.

Es perfectamente lícito un pacto estatutario de «pena de arrepentimiento» *ex* artículo 1.153 del CC: la facultad de desistir del otorgamiento de la escritura mediante el pago de una pena consistente en la indemnización de los perjuicios causados (por ejemplo los causados por el informe de auditoría).

## B) PRESUPUESTOS DE ACTUACIÓN DE LA LIMITACIÓN. TRANSMISIONES SUJETAS

En principio, como vimos, están sujetas todas las transmisiones de la propiedad de participaciones por actos *inter vivos* que sean voluntarias y no estén entre las liberalizadas (las internas, intra-grupo o familiares). Se incluyen tanto las transmisiones por precio como las gratuitas (ej.: donaciones) y las onerosas por título distinto de la compraventa (transacciones, aportaciones a sociedad, permutas, transmisiones a cambio de renta vitalicia.). Para éstas existe una particularidad a efectos de fijación del precio : el precio será el fijado por auditor (vid infra).

Queda la duda de los negocios dudosamente traslativos como son aquellos encuadrables en los denominados «determinativos o especificativos de derechos» como las son las adjudicaciones de participaciones como consecuencia de disoluciones de comunidades de bienes, o comunidades matrimoniales, las resultantes de la disolución de sociedad mercantil o de la reducción de capital, etc... Ya vimos que, en principio, son libres las transmisiones entre los cónyuges. Para las demás no existe opinión doctrinal o jurisprudencial consolidadas y la cuestión es muy dudosa. Parece sostenible que estaríamos no ante un cambio de titularidad de bienes (participaciones) sino ante una disolución de una situación de cotitularidad en que el derecho in abstracto —derecho sobre cuota indivisa o sobre bien ganancial o común— se especifica en un derecho concreto sobre bienes determinados, lo que excluiría la aplicabilidad del régimen limitativo a falta de pacto estatutario en sentido contrario.

Es oportuno observar que mediante la aportación de participaciones a otra sociedad —expresamente declarada sujeta *ex art. 29 Ley*— es posible burlar la finalidad práctica perseguida con las restricciones. Así: bastará con que cambie el accionariado o los socios de la sociedad a la que se aportan las participaciones para que funcione «de facto» una transmisión a terceros. A tal efecto, para prevenir fraudes, a veces se pacta en estatutos que la cláusula funcionará cuando cambie la composición social de la sociedad a la que se aportan participaciones o cuando éstas son adjudicadas a socio distinto del aportante.

En principio, sólo están sujetas las transmisiones de la propiedad. Ocuere, no obstante, que las transmisiones y constituciones de derechos reales pueden encubrir auténticas transmisiones. Sería posible pactar estatutariamente la extensión del derecho de preferente adquisición a la constitución de un usufructo o una prenda y la concesión del derecho de sustitución en la posición del proyectado usufructuario o acreedor pignoraticio siempre que la cláusula responda a un interés legítimo (y no, por ejemplo, cuando los derechos del socio corresponden al deudor pignoraticio o al nudo propietario porque no la situación no es equiparable a una verdadera transmisión de derechos: cfr. R. 22 de octubre de 1993).

La ley regula en particular el régimen de la transmisibilidad del derecho de preferencia en los casos de aumentos de capital con emisión de nuevas participaciones en el artículo 75.3 de la Ley.

Este derecho de preferencia es transmisible de un modo autónomo e independiente de las participaciones: el adquirente por cualquier causa del derecho de preferencia puede devenir socio si lo ejercita en tiempo y forma. Por ello, si no se restringe la transmisibilidad del derecho pueden burlarse fácilmente las finalidades que sustentan el régimen legal o estatutario de transmisión de participaciones aplicables al caso.

Por contra: si se somete la transmisión del derecho al mismo régimen que el de las participaciones puede trabarse por muy largo plazo la operativa societaria (los plazos de asunción de participaciones suelen ser muy breves). La solución positiva es la siguiente: «la transmisión voluntaria del derecho de preferencia por actos *inter vivos* podrá en todo caso efectuarse a favor de personas que, conforme a esta Ley, o en su caso, a los estatutos de la sociedad, puedan adquirir libremente las participaciones sociales».

Caben, sin embargo pactos estatutarios de restricción a la trasmisibilidad del derecho de preferencia: el de sumisión a las reglas legales/estatutarias de la transmisibilidad de las participaciones *inter vivos* con previsible adecuación —léase: abreviación— de plazos (pacto previsto en el art. 75.3 *in fine*). Entiendo que es lícito el pacto de prohibición de transmisión del derecho al amparo de lo que establece el artículo 30.4.

### C) PROCEDIMIENTO

En suma, el procedimiento legal consta de las siguientes fases: comunicación del propósito de transmitir; placet societario ( fase de consentimiento); caso de denegación del placet, presentación de adquirentes ; otorgamiento, en su caso, de documento de transmisión e inscripción en el libro-registro del adquirente.

El procedimiento se inicia con la *denuntiatio* o notificación del propósito de transmitir mediante comunicación escrita del socio que es cursada a los administradores: «*El socio que se proponga transmitir su participación o participaciones deberá comunicarlo por escrito a los administradores, haciendo constar el número y características de las participaciones que pretende transmitir, la identidad del adquirente y el precio y demás condiciones de la transmisión*».

Pueden pactarse en estatutos condiciones más rigurosas de procedimiento, exigiéndose, por ejemplo, la notificación por conducto notarial o mediante carta certificada del proyecto de transmisión o añadir la obligación de comunicación a todos los socios (como en Derecho francés). La comu-

nicación debe ser completa: identificación del adquirente (lo cual sirve un doble propósito: que los demás socios puedan enjuiciar la idoneidad del futuro consocio y para tratar de evitar los adquirentes ficticios o disimulados); y de la operación proyectada (causa, precio y demás condiciones).

Los administradores deben convocar junta general de accionistas en cuyo orden del día (entre otros posibles extremos) estará el de la decisión sobre el placet o autorización de la transmisión proyectada. No existe plazo para convocar, pero son estrechos los márgenes: entre la convocatoria y la celebración —salvo para las universales— debe mediar un plazo mínimo de quince días *ex art. 46.3 Ley* y transcurridos tres meses desde la notificación a la sociedad sin que ésta comunique al socio los adquirentes, aquél queda liberado *ex art. 29.2 f)*.

La Junta adoptará el acuerdo por mayoría ordinaria: la legal —mayoría de votos válidamente emitidos siempre que representen al menos un tercio de los votos— o, en su caso, la estatutaria. En la votación debe abstenerse el socio cedente por conflicto de intereses *ex artículo 52.1 Ley* (las participaciones del socio cedente se deducen del capital social para el cómputo de la mayoría de votos).

La denegación del placet (a menos que estatutariamente se supedita a ello) no debe fundarse en causa o motivo alguno (denegación por mero arbitrio). Se estimula la asistencia a la junta reconociéndose la preferencia de adquisición a los concurrentes (hayan o no votado en contra).

Es perfectamente posible un pacto estatutario de placet por el órgano de administración en lugar de la Junta, sistema que, por lo demás tiene cierta tradición en nuestra jurisprudencia (cfr. R. 18 de mayo de 1986 y la de 17 de mayo de 1993). *Vid.* sobre el pacto de autorización por el órgano y a propósito de las prestaciones accesorias el artículo 24.2 *Ley*.

En caso de denegación del placet, los administradores deben presentar adquirentes al socio cedente y por la totalidad de las participaciones *ex artículo 30.2 Ley*. Debe respetarse el principio de igualdad entre los socios (a falta de pacto en contra de preferencia de ciertas participaciones): si son varios a adquirir las participaciones se distribuirán a prorrata entre los socios. Entiendo que tienen preferencia los socios (y los asistentes sobre los ausentes) sobre terceros: a falta de socios, o cuando los socios sólo están dispuestos a adquirir parte de las participaciones, los administradores podrán presentar como adquirentes a terceros discrecionalmente elegidos (ellos mismos incluidos si no son socios). La posibilidad de conceder un derecho de preferente adquisición a tercero resultaba ya del artículo 123.3 del RRM.

Si constare en el orden del día, la propia sociedad puede ofrecerse como adquirente de las participaciones para amortizarlas (cfr. artículo 40 sobre adquisición derivativa de participaciones propias). Esa po-

sibilidad ya resultaba del artículo 20 de la vieja ley, está prevista para las transmisiones forzosas en el artículo 31.3 de la nueva y es relativamente frecuente en la práctica estatutaria (*vid.* por ejemplo la R. 30 de abril de 1987).

La ley no fija un *spatium deliberandi* o plazo razonable para decidir la adquisición por los que pueden presentarse como adquirentes, pero un plazo máximo se deduce implícito del deber de la sociedad de comunicar —ahora sí, notarialmente— la identidad de los adquirentes en el plazo de tres meses del apartado *f*). Entiendo que ese plazo de tres meses está puesto en garantía del socio y no puede ampliarse estatutariamente (sobre la importancia de la brevedad de los plazos y la garantía del derecho del partícipe a que no se obstaculice temporalmente la transmisión *vid.* la RDGRN de 28 de junio de 1990).

En cuanto al precio, la ley opta por fijar el *tantum* o precio proyectado: el convenido entre el socio y el tercero libremente siempre que se haya comunicado a la sociedad y en las mismas condiciones de pago. El socio no debe así pasar por precio distinto al que puede lograr de un tercero: puede incluso conseguir un precio superior al real o de mercado como ocurre con la cesión de paquetes de control (el sobre-precio sobre el valor teórico o patrimonial se denomina en la literatura jurídica y económica «prima de control»).

Como el precio es el comunicado por el socio que pretende transmitir, existe el riesgo de *consilium fraudis*, de colusión entre el socio y un eventual adquirente: las partes pueden de común acuerdo simular y comunicar un precio falso y disuadir la adquisición. De existir simulación, y si ésta se prueba, el negocio sería atacable ante los tribunales. Hay que reconocer, sin embargo, que existen pocos incentivos fiscales a la sobrevaloración simulada.

En el caso de que el precio fuere aplazado es obvio que al socio no le es indiferente la sustitución del deudor: el adquirente debe hacerse afianzar el pago aplazado por una entidad de crédito (el ap. *d*) sigue el sistema del art. 166.3 LSA). No parece suficiente la frecuente previsión estatutaria —*cfr.* v.g. la contenida en los estatutos de la R. de 20 de agosto de 1993— de que el precio aplazado se documente en letras u otros efectos porque la entrega y aceptación de las cambiales no produce efectos solutorios *ex* artículo 1.170 CC.

Para el caso de que la transmisión no sea por precio se sigue el sistema habitual: el precio fijado por auditor de la compañía o el designado por el Registrador Mercantil (sistema general ya en Derecho de sociedades y sin duda el mejor de los posibles: ap. *d*) *in fine*.

Respecto a esta previsión de fijación de precio por auditor puede comentarse lo siguiente:

1. Nada obsta a que se pacte en estatutos la eliminación del sistema legal de «tanteo» (adquisición por el tanto) y que sea siempre el precio de adquisición el fijado por auditor para todo tipo de transmisiones «inter vivos»: puede sujetarse al socio a recibir un precio inferior al que esperaba obtener (cfr. R. 22 de marzo de 1991) siempre que no sea inferior al real (art. 123.6 RRM).

Puede también pactarse el reconocimiento del derecho del no conforme a adquirir por el precio comunicado, a instar la revisión pericial por auditor.

2. La designación de auditor y, a falta de previsión estatutaria, lo relativo al plazo de emisión del informe y honorarios, se regirán por lo establecido en el RRM (arts. 314 y ss.).

3. La normativa sobre el estatuto del auditor (deberes, responsabilidades, incompatibilidades) es la establecida en la Ley y Reglamento de auditoría.

4. El informe del auditor no es en sentido técnico un informe de auditoría y deberá ajustarse a lo establecido en la resolución del ICAC de 23 de octubre de 1991. La fecha de valoración del patrimonio es la de la comunicación a la sociedad del propósito de transmitir.

5. El valor fijado por el auditor puede ser impugnado judicialmente por error y desacierto grave en la fijación que vulnera el derecho a obtener el valor real (art. 123.6 RRM en relación a la STS de 10 de marzo de 1986).

6. No son lícitas las cláusulas que repercutan en el socio cedente el pago de todos o parte de los honorarios del auditor.

7. El precio fijado debe pagarse al contado (art. 32 por analogía). La Jurisprudencia se muestra contraria a la admisión de cláusulas estatutarias de aplazamiento del pago (R. 20 de agosto de 1993). Sin embargo entiendo defendible la cláusula estatutaria de aplazamiento siempre que asegure el pago en plazo razonable y un interés normal de mercado que garantice el valor real (la argumentación puede fundarse en una lectura *a contrario* de la STS de 5 de marzo 1984 y 5 de octubre de 1984 con ocasión del caso «Fernando Diago Piñón, S.L.»).

## CONFIGURACION ESTATUTARIA DE LAS RESTRICCIONES A LA TRANSMISIBILIDAD *INTER VIVOS*

Como el régimen establecido en el artículo 29 es dispositivo, es perfectamente posible la configuración estatutaria de las restricciones a la transmisibilidad de un modo diverso al contemplado supletoriamente en la Ley y para acentuar o disminuir el rigor del carácter cerrado de la sociedad.

La ley ha suprimido del texto del Proyecto una completa regulación del régimen estatutario. La supresión parece estar fundada en la crítica de la

doctrina sobre la extensión y el carácter prolijo de la regulación proyectada, solución aparentemente poco conforme con el principio de flexibilidad o de reconocimiento de la autonomía de la voluntad (muchas de los pormenores parecían más propios de un texto reglamentarios).

Lo curioso es que, sin embargo, la Exposición de Motivos permanece inalterada e ignorante de esta supresión y todavía dice que «al imprescindible mínimo imperativo se añade así un amplio conjunto de normas supletorias de la voluntad privada, que los socios pueden acentuar el grado de personalización (...); pueden también modificar el régimen de transmisión de las participaciones sociales, optando *entre exigir el consentimiento de la sociedad*, o intensificar el carácter cerrado de la sociedad». La cláusula de consentimiento ha desaparecido con la última purga.

La autonomía de la voluntad permite pactar:

- a) Modificaciones estatutarias de la cláusula típica ya afecten a los presupuestos (transmisiones sujetas); beneficiarios del derecho; sustitución del órgano autorizante; precio de ejercicio del derecho o trámites del procedimiento como hemos ido viendo en el epígrafe anterior.
- b) La sustitución de la cláusula típica del artículo 29 por otra estatutaria, también típica (como las cláusulas de prohibición del art. 30 Ley) o atípica (las puras de preferente adquisición como la del viejo art. 20 de la Ley de 1953 o las de consentimiento).

#### A) REQUISITOS GENERALES DE CONFIGURACIÓN ESTATUTARIA

Son requisitos generales de configuración estatutaria de esas cláusulas atípicas:

1. La cláusula debe ser completa. Dado el rigor y la trascendencia *erga omnes* de los estatutos no puede diseñarse una cláusula que presente lagunas en punto a plazos, procedimiento o fijación de precio; todo ello en virtud del principio de reserva estatutaria y de la especialidad o claridad registral (Cfr. el criterio de la Subdirección en la R.6 de junio de 1990 y la mejor doctrina de la R. de 22 de marzo de 1991). Son ilícitas las cláusulas que impiden la resolución de la limitación en un breve plazo (son claramente inadmisibles las de preferente adquisición con plazo de deliberación injustificadamente prolongado).

2. La cláusula debe ser conforme a los principios configuradores de la sociedad de responsabilidad limitada (art.12.3 Ley): la cláusula de consentimiento, por ejemplo, al mero arbitrio de la sociedad (o equivalentes: «siempre que el órgano de administración lo crea oportuno o justo o con-

veniente a los intereses sociales») entraña prohibición total de enajenar. Tampoco son lícitas las cláusulas que introducen discriminaciones contrarias al orden público y al artículo 14 de la Constitución (las que prohíben transmitir a mujeres, hijos ilegítimos, socialistas, gentes de color, etc... Cfr. la R. 15 de marzo de 1974).

3. No caben limitaciones o restricciones parciales: son nulas las cláusulas estatutarias por las que el socio que ofrezca la totalidad o parte de sus participaciones quede obligado a transmitir un número diferente de las ofrecidas (el art. 30. 2 de la Ley reproduce, innecesariamente, un precepto que tiene mejor acomodo reglamentario: art. 123.5 RRM)

4. Las de preferente adquisición deben garantizar al socio la obtención del valor real (art. 123.6 RRM).

No son lícitas las cláusulas de «precio según balance» (*book value*: RR. 27 de abril de 1990; 6 de junio de 1990; 28 de junio de 1990; 15 de noviembre de 1991; 20 de agosto de 1993 que sustituyen el criterio favorable de las viejas resoluciones); «precio fijo o de *forfait*, ni siquiera actualizable; *precio fijado por la junta o el órgano de administración*» (R. 15 de noviembre de 1991).

Muy discutibles «las cláusulas matemáticas o analíticas». Soy contrario a ellas: ciertos métodos impiden de forma manifiesta la determinación del valor real; en el mejor de los casos imponen un criterio exclusivo no contrastable con otros; son francamente artificiales y enormemente complejas cuanto más perfectas.

## B) LAS CLÁUSULAS ATÍPICAS: PREFERENTE ADQUISICIÓN Y CONSENTIMIENTO

En particular, es preciso examinar dos tipos de cláusulas atípicas: la de preferente adquisición «pura» (sin previo consentimiento) al viejo uso (art. 20 Ley de 1953) y las de consentimiento.

Es perfectamente lícita la cláusula que siga el viejo sistema de la Ley anterior. De hecho no acierto a comprender muy bien el porqué de la sustitución de la cláusula legal típica que tanto éxito ha tenido en la práctica societaria: la nueva ley sólo es manifiestamente mejor en punto a fijación del precio (el sistema de los tres peritos del viejo artículo 20 es francamente anacrónico) y quizá en lo relativo a transmisiones sujetas.

Bastaría sustituir el sistema de fijación de precio para conseguir una limitación a la transmisibilidad bastante aceptable. De lo expuesto se sigue que, en mi opinión, no puede imponerse en este punto un deber de adaptación a la nueva ley.

En cuanto a la gran ausente, la cláusula de consentimiento, ya mereció el reproche de la Ley de 1953 (su exposición de motivos era elocuente:

«Exigir el consentimiento unánime o mayoritario de los otros socios para que uno de ellos pudiera ceder una parte, hubiera chocado con la naturaleza de la sociedad de responsabilidad limitada, equidistante de la colectiva y de la anónima»). Ignorada en la práctica, plantea no pocos problemas en su aplicación. Es admisible al amparo del principio de autonomía de la voluntad y de la regulación del RRM.

Sobre las cláusulas de consentimiento puede decirse lo siguiente:

1. La cláusula de consentimiento dejado al mero arbitrio de la sociedad —junta o administradores— equivale a una de prohibición total (R. 16 de septiembre de 1983).

Al amparo del art. 30.3 y 4 sería admisible siempre que sea transitoria —menos de cinco años— o atribuya derecho de separación en cualquier momento.

También sería lícita la cláusula de consentimiento al mero arbitrio de la sociedad cuando por la denegación del placet la cláusula haga tránsito a otra de preferente adquisición (sistema mixto del artículo 29 y de la R. 16 de mayo de 1989 y el seguido por el proyecto de Ley).

2. Fuera de los casos permisibles arriba expuestos, la cláusula de consentimiento deberá expresar «de forma precisa» las causas de denegación (art. 123.3 del RRM y R. 17 de mayo de 1993).

### C) CLÁUSULAS PROHIBITIVAS DE LA TRANSMISIBILIDAD

Cuando se dice que la transmisibilidad no debe quedar totalmente prohibida se quiere decir con ello que la transmisión de la posición de socio no puede quedar sujeta a la regla de las sociedades personalistas según la cual «ningún socio podrá transmitir a otra persona el interés que tenga en la compañía, ni sustituirla en su lugar (...) sin que preceda el consentimiento de los socios» (art. 143 C.Com. y de contenido muy similar, para la sociedad civil, el art. 1.696).

En las sociedades regulares colectivas o comanditarias simples, y en las sociedades civiles la mutación subjetiva del contrato social —sustitución de un socio por otro y subrogación por sucesión en la posición jurídica del anterior que desaparece del vínculo societario— requiere el consentimiento unánime de los socios. Pues bien: en sede general la sociedad de responsabilidad limitada la transmisibilidad de la posición de socio es tal que no puede subordinarse al consentimiento de todos los socios (cfr. R. 14 de marzo de 1957).

Con la tramitación parlamentaria de la Ley el texto ha ido, sin embargo, profundizando en la generosa ampliación de márgenes de actuación al prin-

cipio de autonomía de la voluntad. No se impide así la cláusula de total prohibición de transmisibilidad (y hemos de entender, también, de aquellas otras que hagan «prácticamente intransmisible la participación») siempre y cuando se respeten dos garantías:

- a) Cuando se reconoce a todos los socios un derecho de separación en todo tiempo: de esta suerte el socio no queda «prisionero» de su condición y puede obtener la salida de la sociedad, sistema éste de denuncia unilateral del vínculo societario emparentado con el establecido en el artículo 1.705 CC.
- b) Cuando la introducción de la regla estatutaria de la prohibición recibe el asenso unánime de todos los socios (en el momento fundacional o en modificación estatutaria posterior): supuesto excepcional de unanimidad frente a la regla de mayorías y que se da también en otros supuestos de la Ley.

Cabe por último la *cláusula de prohibición total sin garantías* (sin consentimiento unánime para su introducción y sin necesidad de reconocer derecho de separación) siempre que sea de duración transitoria; cláusula que se inspira en la permitida —ilegalmente según el parecer de cierto sector de la doctrina entre cuyas filas milito— para las anónimas en el artículo 123.4 del RRM.

Según el artículo 30.4: «Los estatutos podrán impedir la transmisión voluntaria de las participaciones por actos *inter vivos* o el ejercicio del derecho de separación, durante un período de tiempo no superior a cinco años a contar desde la constitución de la sociedad o para las participaciones procedentes de una ampliación de capital, desde el otorgamiento de la escritura pública de su ejecución.»

Tres comentarios sugiere el artículo transcrito:

1. La cláusula de prohibición puede ser de dos tipos: con o sin derecho de separación;
2. Sería posible prorrogar la cláusula actual de anónimas o limitadas mediante la adaptación a la nueva ley (el actual art. 123.4 RRM fija un límite inferior de dos años).
3. La cláusula puede ser útil para cubrir pactos de *joint-ventures*.

Las prohibiciones pueden afectar a cierto tipo de transacciones seleccionadas entre todas ellas: por ejemplo las que afectan a ciertos negocios o a ciertos sujetos (por ejemplo: a extranjeros). Lo más frecuente no es una prohibición absoluta y automática de no transmitir en ciertos supuestos o por ciertas causas, sino las de consentimiento denegable por esas mismas causas o motivos.

## LAS OTRAS TRANSMISIONES: REGIMEN DE LA TRANSMISION FORZOSA Y DE LA TRANSMISION *MORTIS CAUSA*

Las transmisiones forzosas y *mortis causa* están agrupadas por la Ley de anónimas en un sólo supuesto de «transmisiones especiales» en un artículo tan famoso como controvertido y de difícil intelección: el artículo 64 LSA. La ley de 1953, en el viejo artículo 21, sólo contenía una previsión más simplificada y antecedente de la contenida en el actual artículo 32.

### A) TRANSMISIONES FORZOSAS

Empecemos señalando que las transmisiones forzosas —en méritos de un procedimiento judicial o administrativo de apremio, o por enajenación extrajudicial, notarial o por corredor de comercio, de la prenda (cfr. R. 22 de octubre de 1993)— presentan una problemática singular y distinta de la de las voluntarias.

Es obvio que no caben cláusulas prohibitivas de la transmisibilidad forzosa por contrarias al orden público: en el procedimiento de apremio se ventilan —además del de los socios— otros intereses dignos de tutela:

- a) El del acreedor ejecutante a que sea efectivo el principio de responsabilidad patrimonial universal y a obtener el reintegro de lo debido e impagado.
- b) El del rematante a no sufrir «sin norma especial que imponga otra cosa» un perjuicio por el ejercicio del derecho de adquisición de los socios.
- c) El del accionista cuyo derecho se ejecuta a la indemnidad patrimonial y d) el de los demás postores en la subasta.

Las transmisiones forzosas (de acciones nominativas o de participaciones) han presentado no pocos problemas y esto explica una abundante y en algunos momentos confusa jurisprudencia de la DGRN (para ejemplo de confusas la R. de 22 de octubre de 1993 y algo más claras las anteriores de 27 de abril de 1990, 6 de junio de 1990, 2 de diciembre de 1991, 9 de octubre de 1992 y 23 de febrero de 1993). Por su parte, la doctrina ha conseguido hacer más confusa, si cabe, la situación normativa y la interpretación de este tipo de cláusulas restrictivas de la transmisibilidad: a veces se olvida que el art. 64 de la Ley no configura una sólo posible y completa cláusula restrictiva sino el esqueleto básico. Sea, pues, bienvenida, la regulación completa y muy técnica del nuevo régimen limitativo

aunque ya de entrada la tipificación legal de un régimen completo plantea el problema de su derogación o sustitución por el juego de la autonomía de la voluntad.

La Ley sólo reconoce expresamente la posibilidad de configuración estatutaria atípica del régimen restrictivo de la transmisibilidad para las transmisiones voluntarias (cfr. art. 29 Ley). Ahora bien: si acudimos al «tercer postulado general» de vertebración del tipo sociedad limitada —el de flexibilidad de régimen jurídico— y a la clarísima, en este punto, jurisprudencia de la DGRN (*vid.* R. 9 de octubre de 1992, 23 de febrero de 1993 y 22 de octubre de 1993), parece posible: establecer estatutariamente algunas desviaciones y hasta sistemas completamente distintos de limitación (aunque sean dudosamente recomendables) y defender la vigencia —no necesidad de adaptación— de las antiguas cláusulas inscritas por no contravenir la Ley (inexistencia de un *numerus clausus* de sistemas restrictivos).

Estudiaremos primero el régimen típico y luego examinaremos las posibles desviaciones atípicas del régimen típico.

La «cláusula legal» o típica (no es necesaria mención estatutaria de remisión para que entre en aplicación) del artículo 31 de la Ley es de las de pre-adquisición por el tanto (llamadas popularmente de «tanteo»): se concede un derecho de adquisición preferente (así expresamente se le califica en el &3) a favor de socios o/y sociedad consistente en la subrogación en la posición del rematante o en su caso del acreedor pagando el precio de remate. Esta cláusula resuelve, aparentemente, el problema de la conciliación de todos los intereses en juego.

El procedimiento es sencillo y se inicia con la notificación a la sociedad de la pendencia del procedimiento de apremio (párrafo 1). Se discutió, en su momento, la posibilidad de que estatutariamente pudieran imponerse al Juez o a la autoridad administrativa deberes de comunicación a la sociedad de la pendencia del procedimiento —para la efectividad de la cláusula de adquisición preferente— pues se entendía que las partes no pueden alterar convencionalmente un proceso de ejecución (presunto carácter imperativo del procedimiento). En contra de esta tesis «tradicional», la RDGRN 6 de junio de 1990 que estableció una doctrina acertadísima: la ejecución de la condición de socio por apremio judicial deberá ajustarse a la regulación del derecho de adquisición previa regulado en estatutos.

Son numerosos los preceptos que presuponen la existencia de un mandamiento de embargo comunicado a la sociedad para su anotación en el libro registro de socios o de acciones nominativas: artículo 55.1 LSA sobre constitución de gravámenes; artículo 10 LMV respecto de los anotados en cuenta; artículo 73 LSA en sede de embargo de acciones; artículo 1.453 LEC sobre mandamiento de embargo comunicado al Registrador; artículo 38 Ley de limitadas en sede de embargo de participaciones en relación al artículo 27 de

la Ley sobre inscripción de gravámenes en el Libro registro... En resumen: nada añade el párrafo primero del artículo 31 cuando dice que *«en cualquier procedimiento de apremio, deberá ser notificado inmediatamente a la sociedad por el Juez o Autoridad administrativa (y añadido: por notario/corredor respecto a la constitución de prenda, pues no en vano el embargo es una suerte de “prenda judicial”) que lo haya decretado, haciendo constar la identidad del embargante así como las participaciones embargadas. La sociedad procederá a la anotación del embargo en el Libro registro de socios, remitiendo de inmediato a todos los socios copia de la notificación recibida”*.

Lo único que añade el artículo sobre el régimen general es una previa notificación de la sociedad a los socios de la existencia de un procedimiento de apremio sobre las participaciones de sus consocios, notificación que ni siquiera excusa la de notificación del remate a que se refiere el párrafo siguiente y que tiene la exclusiva utilidad de permitir a los socios ser postores en la subasta.

El resto del procedimiento consta de dos fases: la fijación de un precio de remate (la ley incluso se anticipa a la posible y hasta deseable supresión de las subastas judiciales por otras «formas de enajenación forzosa legalmente previstas» lo que constituye una de las viejas aspiraciones de la doctrina procesalista) ; precio que es comunicado a los socios quedando suspensa mientras tanto la aprobación judicial y la apertura de un plazo para que los socios a prorrata y la sociedad sólo si se reconoce su derecho en estatutos puedan ejercitar el de preferente adquisición mediante la subrogación en la posición del rematante o acreedor mediante la consignación del precio y aceptación de todas las condiciones (circunstancias y modos de pago, aplazamientos, garantías, etc...).

Sólo si no se ejercitare el derecho de preferente adquisición por el trascurso del plazo legal (un mes desde la recepción de la notificación por la sociedad) el remate será firme: el juez aprueba el remate y adjudicación al rematante o acreedor librando el oportuno testimonio del auto para su inscripción en el libro registro.

El procedimiento no está exento de críticas. La principal crítica que puede hacerse al legislador y que ya se hace por la doctrina a la jurisprudencia de la D.G. (se admitió la cláusula atípica del precio de remate aunque no prevista en el art. 64 LSA) es la siguiente: resulta candorosa esa ceguera del legislador frente al problema de la posible infravaloración del precio de las participaciones en la subasta judicial. Para el legislador, como para la D.G., «el precio de remate obtenido en los procedimientos judiciales o administrativos de ejecución es un fiel indicador del verdadero valor de los bienes enajenados debido a la objetividad e imparcialidad de los medios de tasación, así como a la publicidad y el carácter abierto de los cauces en que se desenvuelven estas enajenaciones» (RR. de 9 de octubre de 1992 y de 23 de febrero de 1993).

Sin embargo, no es infrecuente que la subasta no resulte en la fijación de un precio aproximado al del valor real.

El riesgo es mucho mayor en las sociedades cerradas cuyas participaciones carecen de mercados organizados donde negociarse y es obvio que la fijación del tipo de la subasta por un experto *ex artículo 1483 LEC* no vacuna de tales graves peligros. ¿Dónde queda entonces la garantía del valor real solemnemente establecida en el artículo 123.6 del RRM?

Por este motivo, me parecen mucho más justas, lícitas y hasta recomendables aquellas cláusulas que estimulen la aproximación del precio de la participación al valor real y sobre todo cuando ese valor es el fijado por el auditor según el criterio general en nuestro Derecho de sociedades de capital (art. 64 LSA, art. 29.2 *d*) o 99 de Ley de limitadas).

Se me ocurren dos cláusulas posibles: la cláusula de post-adquisición por el valor real determinado por auditor (sistema que inspira el art. 64 LSA) y la de pre-adquisición por el tipo de subasta fijado por auditor (según el modelo del tanteo enfiteúutico del artículo 1.640 del CC, por cierto citado en la R. de 6 de junio de 1990).

Una cláusula de «retracto» judicial funcionaría así:

1. El Juez/autoridad celebra la subasta y aprueba el remate y la adjudicación, librando el oportuno testimonio del auto.
2. Cuando el adquirente pretende la inscripción de su adquisición (o incluso, una vez practicada la inscripción: *vid* STS de 4 de julio de 1988) debe soportar el derecho de preferente adquisición por el valor real determinado por auditor.

Todavía mejor y también es posible la de preferente adquisición por el precio fijado de tipo de subasta: los socios podrían anticiparse a la subasta evitando ésta y adquiriendo las acciones a ser posible por el valor real según auditor. Sólo cuando no sean posibles estas pre-adquisiciones entrará el menos deseable mecanismo de la subasta: se da de esta manera una oportunidad al mayor valor en beneficio de todos.

### C) TRANSMISIONES «MORTIS CAUSA»

En cuanto a las transmisiones *mortis causa* por cualquier título (por testamento o ab intestato, o por otros títulos sucesorios hábiles como donación *mortis causa*, heredamiento o contrato sucesorio donde se admita, etc... y ya sea el adquirente sucesor del causante a título de herencia o legado o incluso fideicomiso), la Reforma operada es mínima respecto a la Ley de 1953.

El artículo 32 comienza reconociendo el principio —disponible estatutariamente— de la libertad de la transmisión *mortis causa*: la adquisición de

alguna participación social por sucesión hereditaria confiere, en principio, al heredero o legatario la condición de socio (art. 32.1 Ley).

La libre transmisibilidad permite excepciones: es posible que estatutariamente se establezca otro régimen distinto del legal. Ocurre, sin embargo, que el principio de libre transmisibilidad *mortis causa* cuadra bien con nuestro sistema : libre transmisibilidad *inter vivos* y voluntaria a favor de descendientes, ascendientes y cónyuge *ex art. 29.1 Ley de limitadas*; libre transmisibilidad *mortis causa*, en principio, para las acciones nominativas *ex art. 64.1 LSA*, etc.

La sola excepción estatutaria a la libre transmisibilidad *mortis causa* contemplada en la Ley es la consistente en el pacto de un derecho de adquisición preferente a favor de los socios sobrevivientes por valor real fijado por auditor *ex art. 32.2* en relación al art. 99 Ley: «*No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los estatutos podrán establecer en favor de los socios sobrevivientes un derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido, apreciadas en el valor real que tuvieren el día del fallecimiento del socio, cuyo precio se pagará al contado. La valoración se regirá por lo dispuesto en el artículo 99 y el derecho de adquisición habrá de ejercitarse en el plazo máximo de tres meses a contar desde la comunicación a la sociedad de la adquisición hereditaria.*».

El artículo transcrito nos sugiere algunos comentarios:

1. Para empezar es oportuno señalar que el artículo 32.2 de la Ley nueva se inspira en el artículo 21.2 de la vieja ley : sistema de preferente adquisición en favor de todos los socios sobrevivientes.

2. Aunque nada se diga, por omisión, el derecho corresponde a todos los socios sobrevivientes a prorrata de su respectiva participación, por analogía con lo establecido en el artículo 31 y en el artículo 29 y ya antes, el viejo artículo 21.2 Ley 1953.

Obsérvese que si se pacta ese derecho de preferente adquisición entre los sobrevivientes no será libre la transmisión entre socios o en favor de hijos, cónyuge y descendientes a menos que se estipule así expresamente.

3. Entiendo que la cláusula estatutaria que se limitara a una simple remisión al art. 32 .2 de la Ley es suficientemente completa: los administradores de la sociedad deben comunicar el fallecimiento del consocio a todos los demás socios sobrevivientes para que ejerciten el derecho de adquisición en el plazo que resta hasta tres meses a contar desde la comunicación a la sociedad de la adquisición hereditaria.

4. Se introducen tres mejoras fundamentales todas ellas en garantía del derecho de los sucesores:

- a) En cuanto al precio de adquisición: será el valor real fijado por auditor, sistema ya seguido en el artículo 64 LSA y mucho mejor que el obsoleto de la vieja ley (tres peritos nombrados uno por cada parte y un tercero de común acuerdo o por el Juez).
- b) En cuanto al plazo de ejercicio del derecho de preferente adquisición: se fija en tres meses en garantía del derecho de los sucesores.
- c) Se establece que la modalidad de pago es al contado.

5. Me inclino por entender que son posibles otras cláusulas de preferente adquisición distintas de la legal siempre que se respeten los garantías mínimas establecidas en favor de los sucesores ya examinadas. En particular, y habida cuenta de la identidad de plazos entre el establecido en el art. 32.2 y el 29 f) de la ley, es perfectamente posible trasladar *mutatis mutandis* (no hay precio ofrecido, evidentemente) la cláusula típica de las voluntarias *inter vivos* a las transmisiones *mortis causa* para establecer un sistema mixto de consentimiento/preferente adquisición.

6. Son posibles otros pactos estatutarios con ocasión del fallecimiento de algún socio como son el de reconocimiento del derecho de separación del sucesor *ex* artículo 95 en sede de «causas estatutarias de separación»; o el consistente en pactar la disolución de la sociedad por fallecimiento de alguno/s o de todos los socios *ex* artículo 103.1 g) Ley y de conformidad con la jurisprudencia (un sistema tal aproxima más aún la limitada a las personalistas: *vid.* art. 222.1 C.Com.).

7. En cuanto a la suerte de las participaciones en caso de fallecimiento del obligado a prestaciones accesorias es obvio decir que no resultará aplicable el régimen de consentimiento del artículo 24 que sólo se aplica a las voluntarias *inter vivos*. En caso de prestación vinculada a la participación (art. 22.2 Ley), el adquirente sucederá en la obligación; en caso de obligación personal se estará a las reglas de las obligaciones y de las sucesiones (se extinguen las obligaciones personalísimas).

8. La cláusula no puede encubrir un pacto sucesorio prohibido (cfr. R. 10 de junio de 1984).

LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO  
Registrador Mercantil de Barcelona



# La explotación agrícola en invernadero y sus elementos (\*)

*SUMARIO.* 1. INTRODUCCION Y PRINCIPALES PROBLEMAS.—2. CARACTER AGRICOLA O INDUSTRIAL DEL INVERNADERO; CONSECUENCIAS.—3. EL INVERNADERO COMO INMUEBLE POR DESTINO O PERTENENCIA.—4. LA INSTALACION DEL INVERNADERO Y ALGUNAS VICISITUDES ULTERIORES.—5. EL INVERNADERO EN SUELO AJENO.

## 1. INTRODUCCION Y PRINCIPALES PROBLEMAS

Ante todo, quiero agradecer a mi querido amigo el Decano de la joven Facultad de Derecho de Almería, el Catedrático de Derecho Civil RAMÓN HERRERA CAMPOS su amable invitación a intervenir en este interesante Congreso científico pues no sólo me ha permitido conocer de cerca la famosa y próspera agricultura de El Ejido, esta agricultura moderna en el plano económico y puntera en el tecnológico, sino que con su invitación me ha dado una buena ocasión para volver sobre un tema del que me ocupé hace años, a mediados de los años setenta, y revisar así mis opiniones sobre la discutida naturaleza jurídica de la entonces llamada agricultura artificial, la agricultura sin tierra.

Porque ocurre que aquí, en El Ejido, existe, y a gran escala, como todos los presentes hemos podido comprobar, el cultivo de frutas y hortalizas en invernaderos. Sin pretender demasiado rigor técnico, recordemos que se trata del cultivo de plantas en placas, cajas o bandejas, protegidas bajo cubiertas de plástico y asentadas sobre la tierra con, al menos, un tercio de litro de agua por segundo, que se distribuye a través de una red de riego por goteo, más o menos amplia y compleja, sistema al que puede unirse o no un mecanismo de control de la luz y de la temperatura. Como dice un buen conocedor del tema, JOSÉ DAMIÁN TÉLLEZ DE PERALTA, Letra-

---

(\*) I Congreso Europeo de Derecho Agrario. Almería, 14 de abril de 1994.

do del IARA y Profesor de la Facultad, «el invernadero es la base de una industria productora de alimentos en forma intensiva, forzada, de fuera de “temporada”, masiva, cuyo producto se lanza al mercado interno o internacional sobre la base de calidad («normalizada») muy estudiada, con cierto color, calibre, sabor o variedad, hasta el punto de que la producción de alimentos puede hacerse hoy sin tierra, pues la raíz de las plantas sólo necesita agua, fertilizantes o capas de tejido artificial por donde discurra la raíz y sostenga el tallo (cultivo hidropónico)» (1). Asimismo, nos explica otro especialista, el Profesor ALFREDO MASSART, de la Universidad de Pisa, que, «de este modo, se crea un ambiente artificial que permite el cultivo de cualquier tipo de plantas en condiciones de “fuera de temporada”, o en condiciones distintas de las características climáticas habituales, e independientemente de la mayor o menor fertilidad del terreno, que puede ser incluso estéril, pero siempre irrigado con las adecuadas sustancias nutriticias» (2). Además, este autor, que se atiene a los aspectos agronómicos y económicos del fenómeno, resalta que los invernaderos, tanto los llamados fijos como los móviles, son estructuras formadas por piezas montables y desmontables, sobre todo, los que a nosotros nos interesan, los que se utilizan en los cultivos hortícolas (3).

Así, pues, si no he entendido mal las cosas, parece que los elementos esenciales que caracterizan al invernadero son dos, uno que podemos considerar interno y otro externo. El primero consiste básicamente en una red de tubería para el riego gota a gota, y el segundo, en la creación de una especie de micro-clima, aislado del ambiente atmosférico, mediante la cubierta de plástico, que está apoyada o anclada sobre el suelo.

Y en el plano jurídico, a nuestro modo de ver, dos son también los principales problemas que se nos plantean. Por una parte, hay que determinar si el cultivo en invernadero es una actividad agrícola o, por el contrario, una actividad industrial, y, por otra parte, se trata de saber si el invernadero en cuanto cosa es un bien mueble o un bien inmueble. Mientras la primera cuestión se sitúa en la frontera entre el Derecho Civil y Derecho Mercantil, la segunda, en cambio, está en el centro de la clasificación de las cosas o de los bienes; si la primera nos permite adscribir el invernadero a la órbita de la empresa agraria o, en su caso, de la empresa mercantil, con todas las

---

(1) Vid. J. D. TÉLLEZ DE PERALTA, «Legislación agraria en Andalucía y el invernadero como explotación», en *Derecho Agrario Español y de todas las Comunidades Autónomas, Congreso Internacional e Iberoamericano de Derecho Agrario*, I, Zaragoza, 1993, pág. 73 y sigs., en concreto la 84.

(2) Vid. A. MASSART, «Serricoltura (problemi giuridici)», en A. CARROZZA, *Diritto agrario. Dizionario del diritto privato*, 4, a cargo de N. IRTI, Milán, 1983, pág. 755 y sigs., en particular la 756.

(3) Vid. A. MASSART, *loc cit.*

consecuencias que esto comporta, la última constituye el punto de partida para reconstruir el régimen jurídico del invernadero, lo mismo en lo que concierne a su instalación inicial que a algunas de sus vicisitudes posteriores e incluso al caso de que se asiente o se levante en suelo ajeno.

## 2. CARACTER AGRICOLA O INDUSTRIAL DEL INVERNADERO; CONSECUENCIAS

En cuanto al primer problema que hemos apuntado, al carácter agrícola o industrial del invernadero, debemos señalar que el trabajo antes aludido (4) nos inclinamos a favor del último, y ello, entre otras razones, por estos dos argumentos fundamentales.

Por una parte, hay abundantes normas del Derecho agrario que aluden directa o indirectamente a la tierra o a la finca rústica, de manera que no nos parecía posible calificar de agrario el cultivo en invernadero, precisamente, por prescindir del factor tierra; piénsese, por ejemplo, en el artículo 2.º de la Ley de reforma y desarrollo agrario de 1973, según el cual el cumplimiento de la función social de la propiedad de fincas rústicas obliga «a que sea explotada la tierra con criterios técnico económicos apropiados según su destino agrario más idóneo» (letra *a*), lo mismo que establece más tarde el artículo 2.º de la Ley de reforma agraria andaluza de 1984, al habilitar a la Administración Autónoma para «fijar criterios objetivos de obtención del mejor aprovechamiento de la tierra y sus recursos» (núm. 1.º). Y los ejemplos podrían multiplicarse, desde la agricultura de montaña o la reforestación, hasta los arrendamientos rústicos y —lo que es muy elocuente— la retirada de las tierras de los cultivos agrarios.

Por otra parte, entonces estimamos convincente la tesis tradicional, que expone con lucidez y rigor GALGANO, según la cual, disminuido el riesgo atmosférico o ambiental, desaparece la *ratio* que justifica el régimen especial de la empresa agrícola, por lo que tampoco había razón para distinguir el invernadero respecto de las demás empresas mercantiles (5).

En fin, hay que decir que en esta misma dirección se orienta TÉLLEZ DE PERALTA, también, por varios motivos, a saber: el invernadero vale unas cinco veces más que la tierra; «el agricultor de invernadero ni espera la lluvia ni teme al clima»; «el invernadero con su complicado sistema de

---

(4) Nos referimos a nuestras «Notas sobre la actividad agraria típica», en *ADC*, 1978, pág. 747 y sigs., en especial 749 y 765-768, con bibliografía.

(5) *Vid* F. GALGANO, *L'imprenditore*, Bolonia, 2.ª ed., 1974, págs. 54-55, opinión que el autor mantiene en *Diritto commerciale*, I, Bolonia, 1986, pág. 62, y en colaboración con MENDICI TABET, *Principi di diritto agrario*, Bolonia, 1988, pág. 270.

arenas, canalillas, balsa, riego por goteo, fertilizantes y desinsectación (regido también hoy, cómo no, por ordenador desde una cabina) es una verdadera instalación de tipo industrial más que rústica»; el ánimo de lucro del empresario que vende o exporta su producción; los nuevos conceptos legales de explotación familiar agraria y de explotación agraria y titular de la explotación, que, en su opinión, poco difieren por la asunción de los riesgos y por la responsabilidades que imponen, de las nociones de comerciante o de empresario mercantil; en suma, a su juicio, «el invernadero viene a ser como el establecimiento mercantil o la fábrica productiva de hortalizas» (6). Aunque no le falte razón a este autor, tanto en el plano de la teoría como de la sociología y la economía, hay que reconocer, sin embargo, que su concepción no se ajusta a los datos todavía vigentes de nuestro Derecho.

Por eso, hoy en día pensamos que es más correcta la solución contraria, esto es, entender que el cultivo en invernadero es una actividad agraria típica. Y también hay varios argumentos que nos inclinan a pensar en este sentido.

En primer lugar, el artículo 326, núm. 2.º del Código de Comercio sigue reputando no mercantiles las ventas hechas por propietarios y labradores de los frutos o productos de sus cosechas, y la doctrina más atenta, en opinión de CÁNIDIO PAZ-ARES, que ha tratado de darnos una explicación racional de esta opción legal, sigue estimando que «el criterio definidor de la mercantilidad es único y permanece siempre el mismo: *el ánimo de lucro*», lo que se debe, a juicio de este autor, a que «nos encontramos en este caso ante una presunción indestructible incorporada por el legislador a la norma. La valoración, por lo demás —explica—, es plenamente consistente históricamente (y aún hoy vale por lo que atañe al artesano, al particular que revende el excedente e incluso al labriego que personalmente cultiva sus fincas). La mercantilidad se excluye, porque no hay ánimo de lucro en su actividad; o mejor dicho, porque no hay aquel específico ánimo de lucro que se recoge (...) en el artículo 325: el ánimo de lucro capitalista; es decir: *la expectativa de ganancia hecha en virtud de un cálculo de capital*. No hay el ánimo de lucro que asoma detrás del riesgo, porque, al no haber capital, no hay riesgo. En la actividad excluida por los tres párrafos del artículo 326 se verifica únicamente un lucro profesional, de mera subsistencia. Y esto se explica

---

(6) Vid. J. D. TÉLLEZ DE PERALTA, *op. cit.*, págs. 82 y 84-86.

(7) Vid. C. PAZ-ARES, «Una teoría económica sobre la mercantilidad de la compraventa (a propósito de la STS de 12 de diciembre de 1981), en *ADC*, 1983, pág. 943 y sigs.; también, el completo estudio de F. VICENT CHULIÁ, «Delimitación del concepto de compraventa mercantil», en *RCDI*, 500 (1974), pág. 75 y sigs.

porque en esas actividades se observa la prevalencia del trabajo sobre el capital» (8).

A la vista de este largo fragmento, es claro que, junto a la ficción del legislador mercantil, predomina todavía el prejuicio dogmático de que la empresa agraria no es una empresa en sentido técnico, tesis sobre la que ha vuelto GIOVANNI BATTISTA FERRI recientemente (9), y de la que no podemos ocuparnos aquí y ahora. Antes bien, de acuerdo a lo expuesto, hay que entender que el cultivo en invernadero debe considerarse agrario o no mercantil y ello aunque una hectárea sea ya, como se ha dicho, una explotación viable a efectos económicos y familiares (10). Sin embargo, si el invernadero pertenece a una sociedad mercantil, lo mismo anónima que de responsabilidad limitada, o a una sociedad agraria de transformación, o forma parte de una cooperativa, en especial para la comercialización, se rige por las normas propias de cada una de éstas.

En segundo lugar, integrada España a la actual Unión Europea, ha entrado en vigor el artículo 38 del Tratado de Roma, según el cual lo que determina la aplicación del régimen especial de la agricultura no es tanto el tipo de actividad sino la naturaleza de los productos agrícolas, que son los incluidos en la lista del Anexo II del Tratado, con lo que se ha consagrado un criterio de agrariedad *ex lege* (11). Como advierte MASSART con toda razón, no se atiende aquí a la procedencia del producto ni al tipo de cultivo del que proviene, siendo indiferente el procedimiento técnico de su obtención, así como la estructura o la naturaleza jurídica del empresario que lo produce (12). Y de ahí que este nuevo dato normativo nos incline a favor del carácter agrícola del invernadero.

En tercer lugar, había otro dato no menos significativo por contener la única referencia explícita al invernadero, y es el artículo 55 de la Ley 30/1985, de 2 de agosto, sobre el IVA, que consideraba agrícolas ciertas

(8) Vid. C. PAZ-ARES, *op. cit.*, pág. 949, texto y nota 5.

(9) Vid. G. B. FERRI, «Proprietà e impresa in agricoltura. variazioni su un vecchio tema», en *RDComm.*, 1987, pág. 317 y sigs.; y «Alla ricerca dell' "imprenditore" agricolo e del tempo perduto a ricercarlo dove non se travava», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 21 (1992), pág. 339 y sigs.; en contra, invoca A. CARROZZA, en su recensión a G. B. FERRI, «Proprietà produttiva e impresa agricola» (Turín, 1992), en *RD Agr.*, 1993, págs. 167-168, el argumento de autoridad, y A. GERMANÒ, «Riedizione della tesi della inesistenza "impresa agricola" come impresa in senso tecnico: una critica», en *RD Agr.*, 1993, pág. 351 y sigs., además, el carácter esencialmente agrícola de la venta de los productos agrarios en el Derecho italiano.

(10) Vid. en este sentido, J. D. TÉLLEZ DE PERALTA, *op. cit.*, pág. 81.

(11) Para esto, nos permitimos remitir a nuestro trabajo «Producto agrícola y noción de agricultura en el Derecho de la Comunidad Económica Europea», en *Documentación Jurídica*, 29-32 (1981), pág. 203 y sigs., y allí referencias.

(12) Vid. A. MASSART, *op. cit.*, pág. 762.

plantas, como las ornamentales, las flores, los champiñones y las especias, «cualquiera que sea el lugar de obtención de los productos, aunque se trate de invernaderos o viveros». Aunque este precepto esté hoy derogado por la vigente Ley 37/1992, de 28 de diciembre, tiene razón A. GERMANÒ cuando destaca su valor sistemático, que constituye, a su juicio, un argumento ulterior en apoyo de considerar el cultivo en invernaderos como agrícola (13), lo que corrobora la Ley nueva, pues, al definir la explotación agrícola en su artículo 125, comprende todas las explotaciones «que obtengan directamente productos naturales, vegetales o animales (...)», con lo que adscribe a los invernaderos en el campo de la agricultura.

Finalmente, debe resaltarse que convergen en este punto las distintas concepciones del Derecho agrario. El invernadero es y debe ser un cultivo agrícola, en efecto, tanto para la «escuela» agronómica o biológica de Pisa (14), que se ha consagrado legislativamente en Francia (15), como para la «escuela» económica de Florencia (16) y para la orientación agroalimentaria que parece prevalecer entre nosotros (17).

Consecuencia de esto es, entre otros aspectos, que los invernaderos pueden ser objeto de las ayudas públicas dirigidas a la agricultura, tanto comunitarias como estatales y autonómicas, las cuales resultan favorecidas en el cálculo de la renta de trabajo por UTH, conforme al artículo 5.2, del Real Decreto 1887/1991, de 30 de diciembre, sobre mejora de la eficacia de las estructuras agrarias. Asimismo, en materia fiscal, laboral y de seguridad social los invernaderos gozan de los regímenes especiales agrarios. Y, por último, en lo concerniente a la publicidad, la contabilidad y la insolvencia se

---

(13) Vid. A. GERMANÒ, *L'impresa agricola nel diritto spagnolo*, Milán, 1993, págs. 127-128.

(14) En este sentido, en efecto, A. MASSART, *op. cit.*, págs. 757-761, y anteriormente A. CARROZZA, *Problemi generali e profili di qualificazione del diritto agrario*, I, Milán, 1975, págs. 86-87.

(15) Nos referimos a la Ley francesa 1202, de 30 de diciembre de 1988, sobre la cual vid J. DERRUPÉ, «La definizione legale di "attività agricola" del diritto francese», en *RD Agr.*, 1990, pág. 93 y sigs.

(16) Para esta orientación y su contraste con la anterior, vid. A. GERMANÒ, *Riedizione*, cit., pág. 361, nota 39; sobre los invernaderos, en concreto, vid del mismo autor, *L'impresa...*, cit., págs. 124-128.

(17) Vid. los trabajos programáticos de A. BALLARÍN MARCIAL, «Dal diritto agrario al diritto agro-alimentare», en *RD Agr.*, 1984, pág. 204 y sigs., y «Derecho agrario, Derecho alimentario, Derecho agroalimentario», en *RDAA*, 1 (1985), pág. 7 y sigs., y sobre invernaderos, en concreto, 11. Concuerda con esta orientación, J. L. DE LOS MOZOS, *Editorial*, en *ibídem*, págs. 3-4, y «El momento científico del Derecho agrario en España», en *Metodi e contenuti del diritto agrario moderno*, Milán, 1986, pág. 133 y sigs., en especial 143-144; en cambio, se distancia de la misma, A. LUNA SERRANO, «Aspetti metodologici dello sviluppo dottrinale del diritto agrario negli anni 1960-1985», en *ibídem*, pág. 25 y sigs., en particular 46-47, por estimar que se trata de una nueva versión del método sociológico aplicado al estudio del Derecho agrario.

rigen por normas propias y distintas de la empresa mercantil. Así, el agricultor individual no debe inscribirse en el Registro Mercantil, pero esto no quiere decir que sea un empresario clandestino; por el contrario, debe inscribirse en diversos registros administrativos si es un agricultor a título principal y recibe ayudas para la mejora de la explotación, si contrata los productos mediante contratos de integración agroindustrial, si ha sido calificado como explotación familiar agraria o si es un arrendatario rústico, de la misma manera que las sociedades agrarias de transformación y las cooperativas deben inscribirse en registros especiales. Por otra parte, se le exige una contabilidad simplificada si percibe las mencionadas ayudas. Y, por último —y acaso lo más importante— la insolvencia no se rige por la suspensión de pagos y la quiebra sino por los convenios de quita y espera y el concurso de acreedores, quizá la principal diferencia frente a los empresarios mercantiles por su gran trascendencia práctica.

### 3. EL INVERNADERO COMO INMUEBLE POR DESTINO O PERTENENCIA

Por lo que se refiere al segundo problema que habíamos anunciado, a la naturaleza mueble o inmueble del invernadero, es evidente que, tanto sus piezas separadas como una vez hecho el montaje y la instalación, se trata de un bien mueble por naturaleza, pues, como dice el artículo 335 del Código Civil, es susceptible de ser transportado físicamente sin menoscabo del inmueble a que está unido. Lo que ocurre es que esta unión al inmueble lo inmoviliza, con «b», inmovilización que, como es bien sabido, puede ser de dos clases, por incorporación o por destino. Pertenecen a la primera categoría los edificios adheridos al suelo, los árboles y los objetos unidos inseparable o permanentemente al mismo, conforme a los números 1.º a 4.º del artículo 334, y son de la segunda, en cambio, las máquinas, instrumentos y utensilios destinados por el propietario a satisfacer directamente las necesidades de la explotación, a tenor del número 5.º del citado precepto. Es claro, pues, que el invernadero está comprendido dentro de esta segunda categoría y no es un inmueble por incorporación sino por destino. En este sentido, es explícita la STS de 21 de diciembre de 1990, relativa a un caso sobre ocho «pivots» móviles de riego, según la cual «los referidos bienes se deben conceptualizar como inmuebles por destino afectos a la explotación agrícola de la finca» (18), criterio que puede aplicarse por analogía al invernadero.

---

(18) Recogida por J. L. DE LOS MOZOS y J. L. DE LA CUESTA, en *RDP*, 1991, pág. 449, fundamento segundo.

Como es también sabido, se ha tratado de aclimatar a nuestro Derecho la dicotomía paralela del Código Civil alemán (parágrafos 93 y 97), que distingue las partes integrantes y las pertenencias, con el fin de destacar el carácter objetivo del nexo de unión al inmueble, sobre todo de las últimas; en este sentido, es de recordar la vieja idea de ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, según la cual, la pertenencia está unida al inmueble por un vínculo de servicio estructural (19). Pero, tras el estudio de LUIS HUMBERTO CLAVERÍA GOSÁLBEZ, se ha entendido que los inmuebles por destino y las pertenencias exigen los mismos requisitos, en especial el requisito subjetivo de la voluntad del dueño (20), de modo que han llegado a ser expresiones prácticamente sinónimas (21). Y de aquí que podamos decir indistintamente que el invernadero, unido al inmueble, es una pertenencia o un inmueble por destino, pero nunca una parte integrante o un inmueble por incorporación, sencillamente porque, si nuestra descripción del principio es acertada, no está incorporado sino asentado o apoyado al suelo, lo mismo la tubería para el riego, salvo la toma de agua, que el armazón que sostiene la cubierta, el cual sólo está clavado o anclado en el terreno.

Con todo, lo que importa es que, mientras dure el destino del invernadero al inmueble, tiene el mismo régimen jurídico que éste, si bien la mayor parte de las normas agrarias, como advierte A. MASSART, no puede aplicarse a la superficie cubierta por el invernadero, o debe adaptarse a su pequeña dimensión y altos rendimientos; es el caso, por ejemplo, de la unidad mínima de cultivo. Por eso, el suelo afectado al invernadero debe regirse, a su juicio, por las reglas generales del Derecho civil, igual que cualquier otro bien inmueble (22). Y a la inversa, una vez extinguido el vínculo de destino o de servicio, el invernadero se desafecta y recupera su independencia y su inicial condición de bien mueble por naturaleza. Aunque el punto no se ha discutido entre nosotros, así lo ha entendido con razón la Corte de casación francesa en sentencias de 1972 y 1984, para las que el invernadero, una vez separado materialmente del suelo, deja de ser un inmueble por

---

(19) Vid. A. BALLARÍN MARCIAL, «Partes, pertenencias y accesorios», en *Temis*, 2 (1957), pág. 149 y sigs.

(20) Vid. el amplio estudio de L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, «Las pertenencias en el Derecho privado español», en *ADC*, 1976, pág. 3 y sigs., en concreto 15 y 30-35; un resumen en *Comentario del Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, sub artículo 334, pág. 924 y sigs.

(21) Vid. desde perspectivas opuestas, L. DÍEZ-PICAZO, «Los bienes inmuebles en el Código Civil español», en *RCDI*, 522 (1977), pág. 937 y sigs., y *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1978, págs. 150-153. y J. L. LACRUZ BERDEJO, en J. L. LACRUZ BERDEJO, A. LUNA SERRANO y F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho civil*, I-3, Barcelona, 1984, págs. 20-23.

(22) Vid. A. MASSART, *op. cit.*, pág. 763.

destino (23) o, como dice una célebre sentencia de 1988, a propósito de unos frescos separados de la pared que los sostenían, tales bienes han devenido muebles por el hecho de la separación (24). Así, pues, si esta orientación es correcta, hay que concluir que el invernadero tiene la doble condición de bien mueble y de inmueble por destino o pertenencia, lo que determina las particularidades de su régimen jurídico; estamos, además, ante una situación dinámica, pues, si el invernadero deviene inmueble por el vínculo de destino o servicio, recupera luego su carácter de bien mueble una vez producida la desafectación.

#### 4. LA INSTALACION DEL INVERNADERO Y ALGUNAS VICISITUDES ULTERIORES

En efecto, sentada esta premisas, podemos ocuparnos ahora de la instalación del invernadero y algunas vicisitudes ulteriores. Así, por lo que se refiere a la localización, es claro que se puede levantar en suelo no urbanizable y en el urbanizable no programado, sólo que, como opina el propio A. MASSART, no se puede asimilar a una construcción destinada a la explotación agrícola por no estar incorporado al suelo (25); por el contrario, hay que entender que se trata de una instalación de utilidad pública o interés social, sujeta al procedimiento y al régimen de doble autorización —urbánística y municipal— previsto por el artículo 16.3, 2.ª regla, del Texto Refundido de la vigente Ley del Suelo de 1992. E incluso cabe que el invernadero se coloque en suelo urbanizable programado, y acaso también en suelo urbano, si la naturaleza del terreno lo permite, al amparo del régimen especial de los usos y obras provisionales establecido por el artículo 136 del Texto Refundido citado.

El montaje del invernadero presenta también ciertas particularidades. En efecto, si el dueño del suelo lo encarga a un tercero habrá, en principio, un contrato de obra, y no un arrendamiento de servicios, pero no será de aplicación la responsabilidad decenal del contratista, establecida por el artículo 1.591 del Código Civil, tanto por no tratarse de una construcción propiamente tal como por el carácter efímero o transitorio del mismo. En caso que el dueño adquiera los materiales para instalarlo él mismo, estamos

---

(23) Nos referimos a las sentencias de casación, sección 3.ª, de 6 de enero de 1972 y 23 de mayo de 1984, que cita CH. ATHIAS, *Droit civil. Les biens*, París, 3.ª ed., 1993, pág. 28.

(24) Se trata de la sentencia de casación, asamblea plenaria, de 15 de abril de 1988, que examina el propio CH. ATHIAS, *op. cit.*, págs. 20-21.

(25) *Vid.* A. MASSART, *op. cit.*, págs. 771-772.

ante un acto de consumo empresarial que, aparte de su discutido carácter civil o mercantil (26), es probable que se rija por la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre venta de bienes muebles a plazos, con las consiguientes limitaciones impuestas por la prohibición de disponer y por la reserva de dominio a favor del vendedor mientras esté pendiente el pago del precio. Durante este tiempo, parece que se paraliza la facultad del propietario del suelo de establecer la inmovilización o el vínculo de destinación o servicio porque entrañaría una privación de la propiedad reservada al vendedor, como estima la citada STS de 21 de diciembre de 1990, relativa al caso de los «pivots» móviles (27), que conocemos y podemos aplicar por analogía de nuevo al invernadero.

Los gravámenes o garantías presentan también interés. Así, en caso de hipoteca de la finca cubierta por el invernadero, surge el problema de la llamada extensión objetiva de la hipoteca, es decir, si la garantía se extiende o no a este último, tema que regulan los artículos 110 y 111 de la Ley Hipotecaria, los cuales distinguen, por un lado, las accesiones naturales, las mejoras incorporadas al suelo y las indemnizaciones y, por otro, los objetos muebles colocados permanentemente en la finca hipotecada, en lo que aquí importa, para su explotación y que puedan separarse sin quebranto de los mismos; y mientras las primeras están sujetas a un régimen de extensión legal del gravamen, los últimos, en cambio, requieren un pacto expreso. Es claro, pues, que el invernadero pertenece a esta última categoría por ser un inmueble por destino o pertenencia, por lo que sólo queda sujeto a la hipoteca por el acuerdo expreso de los contratantes; así lo entiende, con razón, la doctrina (28) y la tantas veces citada STS de 21 de diciembre de 1990 (29). Por otro lado, en el caso particular de que la hipoteca asegure un préstamo destinado a instalar el invernadero, se plantea la duda de si esta hipoteca puede servir de base para la emisión de títulos, cédulas y participaciones hipotecarias, pues no se trata de la construcción, rehabilitación o adquisición de edificios agrarios, como exige el artículo 4 de la Ley 12/1981, de 25 de mayo, sobre regulación del mercado inmobiliario; pero la mencionada norma consagra un *numerus apertus* al permitir que la hipo-

---

(26) Punto en el que se ha centrado hoy la polémica sobre la naturaleza civil o mercantil de la compraventa; *vid.* el esclarecedor comentario de A. CARRASCO PERERA a la STS de 7 de mayo de 1993, en *CCJC*, 32 (1993), núm. 852, pág. 557 y sigs., con jurisprudencia y referencias.

(27) *Vid.* en *RDP*, 1991, pág. 449, fundamento cuarto

(28) *Vid.* últimamente, F. BLASCO GASCÓ, en A. M. LÓPEZ Y LÓPEZ Y V. L. MONTÉS PENADÉS, *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, Valencia, 1994, pág. 689 y sigs., en especial 698-700, donde el autor resume un estudio monográfico inédito sobre el tema.

(29) *Vid.* en *RDP*, 1991, pág. 449, fundamento tercero.

teca garantice la financiación de «cualquier otra obra o actividad», donde tiene perfecta cabida la instalación del invernadero. Por supuesto que este contrato es renegociable, en los términos establecidos por la reciente Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de los préstamos hipotecarios. Por último, cabe plantearse la hipótesis de que sea el invernadero mismo el objeto de la garantía. En este caso, se trataría de una prenda sin desplazamiento posesorio, que encaja en el artículo 53 primero de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión, siempre que, conforme a su artículo 55, el invernadero no esté gravado por la extensión convencional de la hipoteca de la finca en la que se haya instalado.

Finalmente, la disposición y la enajenación presentan algún relieve de importancia. Ante todo, el arrendamiento de la finca con el invernadero ya instalado, no se debe regir por la legislación especial de arrendamientos rústicos, porque, como dice A. MASSART, faltan aquí los presupuestos que justificarían su aplicación (30), y se trata más bien, según sostiene TÉLLEZ DE PERALTA, de un arrendamiento de industria, que debe quedar excluido de la Ley de Arrendamientos Rústicos (31). En fin, la venta de la finca debe comprender el invernadero como un accesorio, sin perjuicio de que éste pueda enajenarse por separado; en el primer caso es probable que esté comprendido en la *traditio* instrumental del inmueble, pero en el último, dado el artículo 1.463 del Código Civil, la entrega debe hacerse de forma simbólica o por el solo consentimiento, según se traslade o no de inmediato el invernadero a poder del comprador.

## 5. EL INVERNADERO EN SUELO AJENO

Por último, y para terminar, nos vamos a ocupar brevemente de los problemas que suscita la instalación del invernadero en suelo ajeno por un poseedor que suponemos, por hipótesis, de buena fe. Dado que en este caso la inmovilización no puede tener lugar por falta de la voluntad del dueño, es de notar que estamos ante un poseedor de cosa mueble amparado por el discutido artículo 464 del Código Civil. Durante la posesión puede hacer suyos los frutos percibidos y ostenta, respecto de los frutos pendientes, los derechos que le confiere el artículo 452. Asimismo, puesto que el invernadero no está incorporado al suelo, parece que no se puede equiparar a las

---

(30) Vid. A. MASSART, *op cit.*, pág. 764.

(31) Vid. J. D. TÉLLEZ DE PERALTA, *op. cit.*, pág. 85, y del mismo autor, «L'affitto di serre secondo la legge spagnola del 1980 sui contratti agrari», en *RD Agr.*, 1985, pág. 255 y sigs.

obras necesarias ni a las útiles o mejoras, sino que su régimen será, por chocante que parezca, el de los gastos de lujo o recreo, de acuerdo con el cual el poseedor tiene un *ius tollendi* con la doble limitación que establece el artículo 454, a saber: el deterioro del inmueble o, en su caso, que el propietario opte por abonar al poseedor los gastos correspondientes a la instalación del invernadero. En fin, el poseedor puede adquirir por usucapión, tanto los elementos que componen el invernadero como el inmueble, conforme a las reglas generales.

Supuesto interesante es el contemplado por el artículo 361 del Código Civil, en el que conviene asimilar el invernadero, por la razón apuntada, al caso de la siembra o plantación en suelo ajeno. Como es sabido, el mencionado precepto confiere al dueño del terreno la opción de adquirir el invernadero pagando una indemnización al poseedor, o bien, obligarle a pagar la renta correspondiente al terreno invadido; pero, sustituida la indemnización por el derecho a retirar el invernadero, parece razonable concluir que el propietario sólo se puede inclinar por cobrar la renta. Lo que es importante porque estamos ante un supuesto legal muy similar al de la llamada *accesión invertida*, sólo que de duración limitada hasta el momento en que se extinga la posesión. Sin embargo, al margen de este supuesto, hay que descartar la *accesión invertida* del suelo a favor del poseedor del invernadero, y ello, a nuestro juicio, porque, aunque éste sea de un valor muy superior al de la superficie de terreno ocupada, lo importante para el cultivo en invernadero es el agua y esto determina el carácter principal del suelo.

Finalmente, en caso que el invernadero se instale por un arrendatario rústico, tampoco se puede considerar como una mejora útil, ya que el artículo 57.1 de la Ley de Arrendamientos Rústicos exige que se trate de una obra incorporada a la finca arrendada, lo que no ocurre, como sabemos, con el invernadero. No obstante, para llevar a cabo la obra, es probable que deba ceñirse al régimen de autorizaciones y al procedimiento previsto por los artículos 60 y 61, que pueden ser de aplicación analógica aquí también. Sin embargo, este arrendatario no puede reclamar al término del contrato la indemnización por mejoras, sino que su derecho se limita a la retirada del invernadero, siempre que no se deteriore la finca, con arreglo a los artículos 62.1.a) y 69.2, que coinciden en este punto (32).

CARLOS VATTIER FUENZALIDA  
Catedrático de Derecho Civil

---

(32) Para esto, *vid.* nuestro trabajo «Gastos y mejoras en el arrendamiento rústico», en *ADC*, 1984, pág. 63 y sigs.

# DICTAMENES Y NOTAS



# El negocio de subapoderamiento como negocio accesorio de otro principal de apoderamiento (crítica a la Resolución DGRN de 10 de febrero de 1995)

## I. LA DOCTRINA DE LA RESOLUCION DGRN DE 10 DE FEBRERO DE 1995

La Resolución DGRN de 10 de febrero de 1995 entiende que si el apoderado substituyó su poder a favor de otra persona, por no haberlo prohibido el poderdante, el acto realizado por ese subapoderado es inscribible en el Registro de la Propiedad, aunque no se acredite la subsistencia del poder por exhibición de la copia auténtica de la escritura de apoderamiento, sino sólo la exhibición de la de sustitución o subapoderamiento, en que se transcribe la parte necesaria de aquélla.

La doctrina de esta Resolución está en la misma línea que las que vienen publicándose últimamente, con la pretensión de vaciar de contenido de legalidad el Registro de la Propiedad, de tal manera que de cualquier acto inscrito pueda dudarse o discutirse ulteriormente su legalidad, dando así al traste con la institución cautelar o preventiva que representa el Registro de la Propiedad.

## II. LAS INSTITUCIONES DE SEGURIDAD JURIDICA PREVENTIVA

La cuestión es muy grave, pues de nada vale el empeño de nuestros legisladores en haber creado un Registro de Seguridad Jurídica, propio de sistemas evolucionados de corte germánico, con plenos efectos de legalidad

y de legitimación y de fe pública registral, si luego en el día a día de las resoluciones, en temas que será ya difícil que se reproduzcan, se sientan interpretaciones de este calibre, que dan al traste con el principio de legalidad, y a la larga con la finalidad cautelar o preventiva del Registro de la Propiedad y con sus principios de legitimación y de fe pública registral.

Pero el problema es igualmente grave para el Derecho Notarial. De nada le valdrá al Notario concreto del caso, haber ganado el recurso, si padece con esta Resolución toda la Institución notarial, como Institución también de Seguridad Jurídica Preventiva, ya que si resultase en el presente caso, o en ulteriores en que se tratase de aplicar la misma doctrina, que el poder principal había sido revocado por retirada del mismo por el poderdante, quedarían en entredicho las Instituciones que todos los ciudadanos consideran, con razón, que son preventivas y defensoras de la legalidad. Es más, se daría un supuesto de responsabilidad frente al poderdante de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado, por los daños causados al mismo. Y si se trata de un supuesto ulterior no resuelto por recurso gubernativo, habría responsabilidad del Notario y del Registrador, si pretenden ampararse en esta Resolución, pues sólo quedan liberados de responsabilidad los citados funcionarios profesionales en que se haya planteado un recurso gubernativo.

Sólo cabe interpretar el empeño de la Dirección General por que se inscriba el contrato objeto de debate por un hecho igualmente grave, y respecto al cual este comentarista desconoce de quién ha sido la culpa, al faltar las fechas de los sucesivos trámites del recurso. Me refiero a que la nota calificadora tiene fecha de 14 de noviembre de 1991, según el apartado II de los «Hechos», y la Resolución DGRN es de fecha 10 de febrero de 1995. Después de casi cuatro años de duración del recurso, es evidente que sólo cabía resolverlo decretando la inscribibilidad de la escritura, pues si después de cuatro años se les dice a los interesados que han de aportar la copia auténtica de la escritura de poder, cuando quizá esté ya extinguido el poder, o que han de aportar una escritura de ratificación, cuando quizá haya fallecido o cambiado de residencia o de titularidad dominical el poderdante, no sería de recibo.

Pero esto no justificaría la doctrina de la Dirección General, pues sabido es el respeto, por lo menos hasta hace poco tiempo, que tenían las resoluciones de la DGRN, por lo que habrían de haberse hecho las salvedades correspondientes, para evitar que en el futuro se aplique esta doctrina a los casos normales, relativamente frecuentes en el tráfico, de subpoderamientos.

### III. LAS RESOLUCIONES DGRN DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1971 Y DE 15 DE FEBRERO DE 1982

Ante todo, como la misma Resolución reconoce, la doctrina de esta Resolución es contraria a las de 26 de noviembre de 1971 y de 15 de febrero de 1982, por lo que, en futuros casos, el Registrador que quiera restablecer la legalidad ante una situación similar, le ha de bastar alegar lo que señalan dichas resoluciones para fundar su criterio contrario al de la presente, ya que, ni estamos ante una fuente del Derecho, ni ante normas jurídicas, ni ante el principio de que lo posterior deroga a lo anterior, sino ante doctrinas varias, que el Registrador del caso concreto, conforme al principio de legalidad, y bajo su responsabilidad, ha de aplicar. La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado no es la de una Resolución concreta como la presente, sino la que resulta del conjunto de sus resoluciones producidas a lo largo de su impresionante historial centenario.

Las citadas resoluciones no se refieren a supuestos de subapoderamiento, pero su doctrina es perfectamente aplicable al caso, tal como reconoce la propia Resolución que se comenta, al citarlas en el Fundamento 2, como una de las posibles posturas a adoptar en el caso planteado.

Según la Resolución de 26 de noviembre de 1971, hay que tratar de evitar en asuntos de poderes, «anomalías tan graves como las que podrían derivarse, por ejemplo, de la utilización de testimonios de poderes revocados, o de documentos de cualquier clase que han quedado desvirtuados por otros posteriores y, en general, de testimonios de documentos notariales, librados a solicitud de personas que no gozan del derecho a obtener copia de éstos».

Si trasladamos la doctrina de esta Resolución al presente caso, podría resultar una «anomalía tan grave» como la de la «utilización de un poder que ha quedado desvirtuado por otro posterior», como podría ser la revocación del poder principal en que se apoya el accesorio.

Por lo que se refiere a la Resolución DGRN de 15 de febrero de 1982 es todavía más terminante, pues en ella se lee nada menos que lo siguiente:

«Considerando que la norma precautoria establecida en este artículo 227 del Reglamento tiene su fundamento en la garantía que ofrece al poderdante en caso de revocación real del poder, el confiar en que por haber retirado u obtenido la devolución del título que legitima la actuación del apoderado, éste no podrá actuar con posterioridad en su nombre al carecer de la facultad de obtener una nueva copia del documento, y todo ello con independencia de las demás precauciones que el propio Reglamento establece en materia de revocación de poderes».

Y termina la Resolución con una importantísima referencia a «la seguridad y efectos del Registro de la Propiedad», que brilla por su ausencia en todas las resoluciones últimamente producidas:

«Mas lo que sucede es que del propio documento calificado aparece que por las circunstancias expuestas se ignora ante la falta de exhibición de poder por el apoderado si éste se encontraba o no revocado, y la seguridad y fuertes efectos que la inscripción supone frente a su titular y los terceros impide que pueda practicarse hasta que esta incógnita quede despejada».

#### IV. EL RECONOCIMIENTO DE LA DGRN DE 10 DE FEBRERO DE 1995 DE QUE EXISTE OTRA SOLUCIÓN ALTERNATIVA A LA SUYA

La propia Resolución DGRN de 10 de febrero de 1995 reconoce que existe esta doctrina, y no la desvirtúa en general, sino que se debate en enormes dudas, pues dice que «para resolver el caso planteado pueden adoptarse, de partida, dos posturas». Una de ellas es la de no exigir en todo su rigor que se acredite la subsistencia del poder, que ya es decir, y es la que va a seguir al final la propia Resolución, sin citar ningún antecedente en tal sentido. Y la otra postura que la misma Resolución reconoce puede adoptarse es la siguiente:

«b) Por otro lado, también puede sostenerse que no se puede prescindir de la necesidad de justificar la subsistencia, ya que en este contexto (art. 1.733 del Código Civil) es donde ha cristalizado doctrinal y normativamente (cfr. art. 227 del Reglamento Notarial) el criterio de la necesidad de exhibición por el apoderado de la primera copia autorizada de poder (o de copia posterior expedida a instancias de personas que tengan derecho a obtenerla) como una garantía razonable de la subsistencia (cfr. Resoluciones de 26 de noviembre de 1971 y 15 de febrero de 1982)».

Luego es la propia Resolución que se comenta la que está ofreciendo argumentos de Derecho Positivo y doctrina de resoluciones de la DGRN, respecto a la posición contraria a la que la Resolución mantiene.

Y encima añade nuevos argumentos decisivos: «Esta doctrina de la exigencia de exhibición de la copia autorizada del poder al tiempo del otorgamiento del negocio representativo quebraría (desde el punto de vista de la segunda de las posturas) en los supuestos de sustitución del poder principal si se estimare suficiente para acreditar la legitimación del otorgan-

te de la exhibición de la escritura de constitución y la sola afirmación por este último de la vigencia del poder sustituido. A ello puede añadirse: *a)* La inequívoca subordinación jurídica y la absoluta dependencia que, respecto del poder original, guarda la legitimación del sustituto; *b)* las peculiaridades de la relación subyacente entre el poderdante y el sustituto (es posible que el primero ignore la existencia de la sustitución en el poder y el segundo que desconozca los eventuales cambios en las circunstancias personales que afecten a la vigencia del poder)».

Pero, ¿cómo es posible, después de esta cita de preceptos, de doctrina de resoluciones anteriores, de argumentos definitivos, se incline después por la posición contraria con unos argumentos rudimentarios y meramente «prácticos», sin fundamento alguno?

Parece además, que el redactor, redactora, redactores o redactoras de la Resolución hayan sido varios, cada uno de los cuales haya puesto un párrafo, y al final se haya decidido por insaculación o algo parecido la solución final, que, desde mi punto de vista, es la más nefasta e inadecuada para la legalidad del tráfico jurídico inmobiliario y la menos científica.

## V. PRETENDIDOS ARGUMENTOS DE LA RESOLUCION DGRN DE 10 DE FEBRERO DE 1995

En cuanto a los argumentos que señala la Resolución en esa pendiente final que la lleva al precipicio, vamos a ir comentándolos por separado.

*a)* Dice la Resolución que «la técnica del subapoderamiento tiene por objeto ensanchar el ámbito de actuación del poderdante, no se persigue limitar las facultades del apoderado, ni suplir su legitimación».

No veo aquí ningún argumento en favor de la solución de la Dirección. Es perfectamente compatible el ensanchamiento del ámbito de actuación del poderdante a través del nombramiento de un sustituto, con la necesidad de que se exhiba junto a la copia de subapoderamiento, la del apoderamiento principal.

*b)* Un pretendido segundo argumento de la Resolución es la similitud entre los negocios de apoderamiento y de sustitución de poder. Ante todo, ya es sintomático que la Resolución vuelva a dar un argumento en favor de la tesis contraria al decir previamente: «Si bien es cierto que existe una relación de dependencia entre el apoderamiento y el subapoderamiento, de manera que las vicisitudes acaecidas en el primero repercuten en el segundo, y, en sentido inverso, los actos realizados por el sustituto producen efectos en la esfera jurídica del poderdante (cfr. art. 1.722 del Código Civil), no lo es menos que, además de esa dependencia entre apoderamiento y sustitución de poder, existe también cierta similitud por lo que, en cuanto

que fuere posible, ha de aplicarse a esta relación las connotaciones de aquélla».

En vista de esto, lo lógico hubiera sido compatibilizar esos dos aspectos, es decir, la dependencia del subapoderamiento respecto al poder principal, que exigiría la exhibición de la copia auténtica de este último, y la similitud entre ambas figuras, que de ningún modo puede llevar a que no se exhiba la copia auténtica del poder principal. Seguidamente, la Resolución quiere ver similitudes donde no las hay. Y apunta que de la misma forma que en el apoderamiento principal el apoderado no necesita demostrar la capacidad de obrar del poderdante en el momento de realizar cada uno de los actos en cuestión, al sustituto tampoco debe exigírsele que acredite más allá de su propia legitimación.

Pero frente a esto hay que decir, en primer lugar, que es sabido que existe una diferencia fundamental en Derecho Civil entre la capacidad y la legitimación. La capacidad es una cualidad meramente subjetiva de la persona que depende de sus aptitudes psíquicas y que regula el ordenamiento atendiendo a esos parámetros. En cambio, la legitimación es una cualidad objetivo-subjetiva que resulta de una especial relación jurídica, y que en el caso de los apoderamientos deriva de la credencial o legitimación por la posesión o tenencia documental que resulta del título legitimador de apoderamiento. Y esta legitimación no existe si sólo se contempla el título accesorio o dependiente de legitimación, pues como la propia Resolución reconoce tiene una «inequívoca subordinación jurídica y absoluta dependencia» con el título legitimador principal.

Se trata del consabido argumento que yo estimo demagógico, consistente en señalar la supuesta analogía con otras figuras, en donde el control de legalidad documental no es posible, para así hacer descender el listón de control de legalidad exigible en el ámbito documental.

Pero el problema de la capacidad de obrar del poderdante es diferente. Y ello por lo siguiente:

Si el poderdante ha incurrido en causa de incapacidad, los representantes legales del mismo, que han de velar por su protección, solicitarán la constancia de la incapacidad en el Registro conforme al artículo 2-4.º de la Ley Hipotecaria, y ello será suficiente para proteger los intereses del incapaz, pues el Registro de la Propiedad publicará la causa de extinción del poder y del subapoderamiento.

En cambio, en tema de legitimación, el poderdante puede encontrarse en completa indefensión, pues quizá haya perdido la confianza en el apoderado y le retire la copia del poder, pero no sepa que se ha otorgado el subapoderamiento, y no se puede descartar —sobre todo en instituciones que se crearon para evitar posibles fraudes y mala fe— que el apoderado no diga

nada al poderdante sobre la situación, prestándose el asunto a fraudes y estafas y a actos nulos que han quedado sin el control de legalidad, en contra de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, es decir, con infracción de la ley vigente.

Por otra parte, respecto al caso de incapacidad del poderdante, el Código Civil protege a los terceros que han confiado en la apariencia de la legitimación por la tenencia de los documentos de poder, pues si son de buena fe, el acto es válido para ellos (cfr. art. 1.738 del Código Civil).

En cambio, si lo que falla es la legitimación, no puede decirse que se hayan basado en una apariencia determinante de buena fe, sino que la apariencia sería incompleta, pues sólo se habían basado en el documento de subapoderamiento, y no en el de apoderamiento, que por ser el documento principal es la base de aquél, y sin el que de nada vale el subapoderamiento.

Por eso tampoco es de recibo considerar que «la sola presentación de la copia (del poder principal) tampoco garantiza por sí sola la subsistencia», pues a efectos de terceros es la garantía fundamental que proporciona «apariencia», y que ha dado en denominarse precisamente «legitimación por la apariencia».

Más pintoresco es considerar que la presentación de esa copia del poder principal, que es nada menos que el título de legitimación principal, sea considerada como «absurda y poco práctica, ya que se priva al apoderado del único instrumento con el que se puede hacer valer su representación, con lo que lejos de ensanchar la capacidad de obrar del poderdante, se estaría yendo contra la finalidad perseguida por el subapoderamiento».

Hay que suponer que el apoderado que nombró sustituto no estará usando de su propio poder de legitimación todos los días del año y a todas las horas. Y es de suponer que se admitirá que las Instituciones colaboradoras de la legalidad tienen no sólo la facultad, sino también la obligación, de exigir que se presenten los títulos de legitimación, al solo efecto de calificar la validez del acto para su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Este tipo de argumentos, de carácter meramente práctico, y no científicos, sólo servirían a lo sumo, para justificar la no aportación de los dos títulos de legitimación ante el Notario que autoriza la escritura de compraventa, el cual advertirá a los otorgantes de la necesidad de acompañarlos a efectos de inscripción en el Registro. Pero no justifica que en el momento posterior de la inscripción, para el que hay nada menos que sesenta días hábiles desde la presentación, más otros sesenta días hábiles en su caso, de anotación preventiva, no pueda presentarse directamente o a través de un mensajero, el título de legitimación, para su ulterior devolución al interesado.

Todo esto me recuerda a ciertas instituciones de crédito, que cuando se les pide un poder que falta, dicen que no lo pueden aportar porque lo tiene determinado apoderado y es muy difícil conseguirlo. Con estos argumentos,

no se controlaría nunca la legalidad, y prevalecería la ley de la selva en el tráfico, frente a la seguridad jurídica.

## VI. LA TRACA FINAL DE LA RESOLUCION. «EL OTRO TIPO DE CAUTELAS»

Y viene la traca final de supuestos argumentos de la Resolución, en el último párrafo de la misma, que como todos los últimos párrafos de las resoluciones de la nueva época, suelen ser memorables.

Así, reconociendo que con la solución que ofrece se producen «riesgos» para el poderdante, y concretamente, que el apoderado puede fácilmente eludir, mediante una previa multiplicación de subapoderamientos, las consecuencias de la retirada de su poder, pretende sustituir el control de legalidad de las Instituciones de Seguridad Jurídica Preventiva respecto al título de legitimación, por un mero sistema civil de obligaciones del apoderado, cuando lo que el artículo 18 de la Ley Hipotecaria exige es que «se califique la validez del acto dispositivo», para lo cual la única salida es el control de legalidad del título de legitimación, pues si ésta falla el acto es nulo y accedería al Registro un acto que no reuniría las condiciones de validez, control de legalidad básico para luego establecer las presunciones registrales de los artículos 38 y 34 de la Ley Hipotecaria.

Con este tipo de argumentos volvemos a los tiempos de los pueblos primitivos en que no existían Instituciones Preventivas de Seguridad del Tráfico. Así, frente a Egipto, en el que existía un sistema muy perfeccionado de publicidad y de control registral, otros pueblos utilizaron el defectuoso sistema de las sanciones y del Código Penal, que se mostraron luego insuficientes, para un mundo de transacciones inmobiliarias en masa y de enorme valor económico.

Al control de legalidad del título de legitimación de la representación lo denomina esta Resolución «otro tipo de cautelas a la hora de lograr la inscripción en el Registro de la Propiedad». Verdaderamente asombroso.

También resulta asombroso que se diga en ese párrafo final que el poderdante puede evitar la existencia de subapoderamientos, prohibiéndolos expresamente en la escritura de poder. Pero esto es totalmente inadecuado, pues puede no tener inconveniente en que existan subapoderamientos, pero en cambio, desee que, conforme a la Ley Hipotecaria, se realice el control de legalidad correspondiente del título de legitimación de la representación. No es pedir ningún milagro, sino sólo que se cumpla la legalidad y se controle la validez del acto dispositivo. Hasta tal punto, que si no se ha controlado dicha validez, y luego resultara que él había retirado la copia del poder principal, podría exigir responsabilidades al funcionario que hubiera

incumplido su deber de control de legalidad, conforme al citado artículo 18 LH, e incluso al Estado, si el organismo causante de ello es la Dirección General de los Registros y del Notariado en un recurso concreto y específico, y no por la doctrina de la Resolución que se comenta, que sólo vincula en el caso resuelto.

## VII. SOLUCION QUE SE PROPONE ANTE LA DOCTRINA DE LA RESOLUCION: ENSAYO DE NOTA CALIFICADORA

Por todo lo expuesto, me permito sugerir a los juristas en su práctica diaria que, para evitar problemas, responsabilidades y nulidades, se exhiba en el momento del otorgamiento del negocio representativo las copias auténticas del poder principal y del subapoderamiento, y si esto no es posible en ese momento, que se aporten posteriormente para poder obtener la inscripción de dicho negocio en el Registro de la Propiedad. Es más, creo que los Registradores de la Propiedad deberán seguir suspendiendo la inscripción mientras no se cumplan tales requisitos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

En mi opinión, la nota de calificación podría ser, más o menos, del siguiente tenor:

*«De conformidad con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, que exige calificar la validez del acto dispositivo, se suspende la inscripción del precedente documento por no haberse exhibido al Notario autorizante ni haberse acompañado con posterioridad la copia auténtica de la escritura de poder que, junto con la escritura de subapoderamiento constituye el título de legitimación básico determinante de la validez del acto dispositivo, evitándose así las “anomalías tan graves que podrían derivarse de la utilización de poderes revocados o de documentos que hubieren quedado desvirtuados por actos posteriores” (Resolución DGRN de 26 de noviembre de 1971), y porque “se ignora ante la falta de exhibición del poder principal por el subapoderado si éste se encontraba o no revocado, dada la seguridad y fuertes efectos que la inscripción supone frente a su titular y los terceros que impide que pueda practicarse hasta que esta incógnita quede despejada” (Resolución DGRN de 15 de febrero de 1982). Y ello a pesar de la Resolución de la DGRN de 10 de febrero de 1995, porque como la misma indica “también puede sostenerse que no se puede prescindir de la necesidad de justificar la subsistencia el poder, ya que en este contexto (art. 1.733 del Código Civil) es donde ha cristalizado doctrinal y normativamente (cfr. art. 227 del Reglamento Notarial) el criterio de la necesidad de exhibición por el apoderado de la primera copia autorizada de*

*poder (o de copia posterior expedida a instancias de persona que tenga derecho a obtenerla) como una garantía razonable de la subsistencia (cfr. Resoluciones de 26 de noviembre de 1971 y 15 de febrero de 1982)". Y además, dada "la inequívoca subordinación jurídica y la absoluta dependencia que, respecto del poder original, guarda la legitimación del sustituto y las peculiaridades de la relación subyacente entre el poderdante y el sustituto (es posible que el primero ignore la existencia de la sustitución en el poder y el segundo que desconozca los eventuales cambios en las circunstancias personales que afecten a la vigencia del poder)" (Resolución citada de 10 de febrero de 1995) Y sin que la cautela del control de legalidad del acto dispositivo prevista en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, de carácter imperativo, pueda sustituirse por otras cautelas consistentes en obligaciones del apoderado, que no determinan una protección completa del poderdante ni una seguridad de validez del acto dispositivo.*

Defecto subsanable. Para la práctica de anotación de suspensión ha de solicitarse.

*Contra la presente nota cabe recurso gubernativo ante el Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia, conforme a los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario...»*

A modo de conclusión, señalaré que esta nota se basa en elementales principios de Derecho Civil e Hipotecario, como son los siguientes:

1.º) Los negocios jurídicos se dividen en principales y accesorios. Estos últimos dependen en cuanto a su existencia, subsistencia y eficacia del negocio principal. Entre los ejemplos de negocios accesorios, todos los manuales incluyen el negocio de subapoderamiento, que depende del negocio principal de apoderamiento.

2.º) Las relaciones jurídicas también se dividen en principales y accesorias. Estas últimas sólo pueden existir y subsistir si se mantiene vigente la relación principal. La relación jurídica de subapoderamiento entre apoderado y subapoderado depende de la relación principal de apoderamiento entre poderdante y apoderado.

3.º) La legitimación es una institución diferente de la capacidad de obrar. El título de legitimación en la representación se basa en la legitimación por la posesión de la credencial o documento de poder, que en el caso del subapoderamiento se trata de un título de legitimación doble constituido por el documento de poder y por el documento de sustitución de poder. La legitimación resultante de ambos documentos es la que produce apariencia a efectos de la validez del acto respecto a terceros.

4.º) El Registro de la Propiedad se basa en el control de legalidad y de validez del acto dispositivo que pretende acceder al mismo, conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria vigente, razón por la cual se aplican las

presunciones de legitimación y de fe pública registral de los artículos 38 y 34 de la Ley Hipotecaria. Por tanto, no puede acceder al Registro un acto que no ofrece seguridad de su validez por no estar completo el título de legitimación del apoderado.

JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA  
Registrador de la Propiedad de Barcelona



# Una nueva afección inmobiliaria: acotaciones en torno a la obligación de retener el 10 por 100 del precio acordado en las transmisiones de bienes inmuebles por sujetos pasivos no residentes

*SUMARIO:* I. PLANTEAMIENTO.—II. ANALISIS ESTRUCTURAL DEL PRECEPTO: 1. TRANSMITENTE «NO RESIDENTE». 2. SIN ESTABLECIMIENTO PERMANENTE. 3. TRANSMISIÓN-PRECIO. 4. LOS INMUEBLES OBJETO DE TRANSMISIÓN. 5. ALCANCE Y EFECTOS DE LA AFECCIÓN. 6. RETENCIÓN DEL 10 POR 100 DEL PRECIO ACORDADO. 7. EL TRANSCURSO DE MÁS DE VEINTE AÑOS Y LA AUSENCIA DE MEJORAS COMO CIRCUNSTANCIA DETERMINANTE DE LA OBLIGACIÓN DE RETENER. 8. EL ADQUIRENTE.—III. ANALISIS FUNCIONAL DEL PRECEPTO: 1. EL ADQUIRENTE NO PRACTICA RETENCIÓN, NI TAMPOCO EFECTÚA INGRESO ALGUNO. 2. EL ADQUIRENTE PRACTICA LA RETENCIÓN, PERO NO INGRESA CANTIDAD ALGUNA. 3. EL ADQUIRENTE INGRESA FUERA DE PLAZO. 4. EL ADQUIRENTE INGRESA UNA CANTIDAD INFERIOR A LA EFECTIVAMENTE RETENIDA. 5. EL ADQUIRENTE RETIENE EL 10 POR 100 DEL PRECIO ACORDADO E INGRESA SU TOTAL IMPORTE EN EL TESORO PÚBLICO.—IV. NOTA FINAL.

## I. PLANTEAMIENTO

Con la obvia finalidad de controlar las plusvalías derivadas de la venta de inmuebles sitos en España, obtenidas por personas físicas no residentes, el artículo 19.uno.b) de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante Ley del IRPF) establece que: «Tratándose de transmisiones de bienes inmuebles situados en España por sujetos pasivos no residentes que actúen sin establecimiento permanente, el adquirente vendrá obligado a retener e ingresar el 10 por 100 del precio

acordado en concepto de pago a cuenta del impuesto correspondiente a aquellos»; puntualizando, en el párrafo siguiente, que lo dicho «no será de aplicación cuando se trate de bienes inmuebles adquiridos con más de veinte años de antelación a la fecha de transmisión y que no hayan sido objeto de mejoras durante ese tiempo».

Prescripción similar establece para los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades el artículo 23.cinco de la Ley 61/1978, en la redacción dada al mismo por la disposición adicional quinta de la Ley 18/1991, de 6 de junio.

Para una cabal intelección del citado artículo 19.uno.b) de la Ley del IRPF, se hace preciso, en primer término, profundizar y delimitar con claridad los diversos conceptos que en el mismo se manejan, para posteriormente entrar en un análisis funcional del precepto, con especial detenimiento en las consecuencias que puede comportar la falta de retención para el adquirente.

## II. ANALISIS ESTRUCTURAL DEL PRECEPTO

### 1. TRANSMITENTE «NO RESIDENTE»

A) Se precisa que el transmitente sea «no residente», siendo indiferente que sea persona física o jurídica, de nacionalidad española o extranjera.

B) La noción de residencia que aquí interesa es el concepto de residencia fiscal; concepto distinto del que se encuentra acuñado al efecto en la legislación de extranjería o en la de inversiones extranjeras y control de cambios. Dichos conceptos, en ocasiones coincidentes o superpuestos, no son siempre parificables. De ahí que ni la exhibición de autorización de residencia, ni la posesión de permiso de trabajo, ni la acreditación de la condición de no residente en la forma que establece el Real Decreto 1816/91, de 20 de diciembre (que entró en vigor el día 1 de febrero de 1992 y cuyo artículo 2-4 especifica seis formas concretas de acreditar la condición de no residente a efectos de control de cambios) sean, de suyo, fiables a la hora de determinar la procedencia o improcedencia de practicar la retención a que se refiere el artículo 19.uno.b) de la Ley del IRPF. En la práctica, sin embargo, cualquiera de dichos conceptos o situaciones pueden resultar de cierta utilidad, para —a modo de indicio o aviso— ayudar a descubrir y determinar supuestos de «residencia» o «no residencia» fiscal.

C) En materia de IRPF, conforme a lo preceptuado en el artículo 12 de la Ley, se entiende COMO REGLA GENERAL que el sujeto pasivo tiene residencia habitual en España, en los casos siguientes:

- a) Cuando permanece más de 183 días, durante un año natural, en territorio español (sin que para su cómputo se descuenten las ausencias temporales, salvo que el sujeto pasivo demuestre haber residido durante 183 días en otro país).
- b) Cuando, aun no residiendo en la forma indicada, radique en España el núcleo principal o la base de sus actividades empresariales o profesionales o de sus intereses económicos (caso típico de los artistas y deportistas de élite).
- c) Y cuando, con carácter de presunción *iuris tantum*, residan habitualmente en España el cónyuge (no separado legalmente) y los hijos menores de edad que dependan del sujeto pasivo.

Lógicamente, *sensu contrario* de lo expuesto, tendrá el carácter de «no residente» fiscal en España, quedando sujeto a la llamada obligación real de contribuir, toda persona física que no pueda subsumirse en ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 12 de la Ley del IRPF, y además —como excepciones dignas de mucha atención— se consideran también no residentes:

- Los funcionarios extranjeros que ejerzan en España cargo o empleo oficial en Embajadas, Consulados, Organismos Internacionales, etc.
- Los funcionarios y otros agentes de las Comunidades Europeas que por tal condición tengan su residencia en España.
- Los cónsules y vicecónsules honorarios de España en el extranjero.
- Los empleados, españoles o extranjeros, que trabajen en representaciones oficiales españolas en el extranjero, sin el carácter de funcionarios públicos (relación laboral, contrato de trabajo).
- Los españoles, funcionarios o no, que trabajen en el extranjero, al servicio de otro Estado o de otra Organización Internacional, y no como representantes del Estado español.

Estas excepciones responden a una interpretación «a contrario» y por reciprocidad de lo dispuesto en los artículos 14, 15 y 17 de la Ley del IRPF.

D) En materia de Impuesto sobre Sociedades, tendrán el concepto de Entidades no residentes aquellas que no estén comprendidas en ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 16 del Reglamento. Señala este precepto que se consideran Entidades fiscalmente residentes en España las que cumplan cualquiera de los requisitos siguientes: a) Que se hubieran constituido con arreglo a las leyes españolas; b) que tengan su domicilio social en territorio español; c) que tengan la sede de dirección efectiva en territorio español, entendiéndose como tal el lugar don-

de esté centralizada de hecho la gestión administrativa y la dirección del negocio.

E) De todo lo dicho se deduce que la determinación del carácter de «no residente» del transmitente, en cuanto presupuesto de la obligación de retener, es una exigencia extremadamente compleja y de difícil precisión, por ser la no residencia, las más de las veces, una mera cuestión de hecho que deberá probarse, caso por caso, a través de cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho.

Por ello precisamente y para salir al paso de esta problemática, orillando la cuestión sin resolverla, el Real Decreto 1841/1991, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta, señala que el adquirente quedará liberado de la obligación de retener cuando el transmitente acredite su sujeción al régimen de obligación personal del Impuesto:

- mediante CERTIFICACION expedida por el Organismo competente de la Administración Tributaria,
- o mediante la EXHIBICION DE LA DECLARACION por el IRPF correspondiente al último período impositivo cuyo plazo de declaración haya vencido [art. 73.dos.a)].

Esta disposición reglamentaria es criticable por las siguientes razones: a) deja un amplio margen de discrecionalidad a la Administración Tributaria al no señalar criterios para la expedición de la certificación; b) la exhibición de la declaración del Impuesto sólo será posible a contribuyentes por obligación personal que estén obligados a declarar por superar el mínimo exento; c) el sistema de exhibición de la declaración correspondiente al último período impositivo cuyo plazo de declaración esté vencido, abre un portillo a la elusión fiscal por el que presumiblemente escapan al control de la Administración gran número de extranjeros que habiendo sido durante algunos años auténticos residentes en España y habiendo tributado por obligación personal, deciden cambiar su residencia a otro país, generalmente el suyo de origen, procediendo simultáneamente a la venta de su patrimonio inmobiliario en España. Pensemos sin más en el supuesto, frecuente en la práctica, de un matrimonio de extranjeros que durante años haya venido residiendo y trabajando en España y que el 1 de enero de 1994 traslada su residencia a su país de origen, a pesar de lo cual podrá eludir la retención siempre que realice la venta de sus propiedades antes del 20 de junio de 1994, dado que hasta dicha fecha le será posible presentar declaración de renta (la de 1993) «correspondiente al último período impositivo cuyo plazo de declaración hubiese vencido».

F) La forma de solicitar y obtener la certificación a que se refiere el

artículo 73-2 del Reglamento del IRPF ha sido desarrollada por la Disposición Adicional cuarta de la OM de 31 de enero de 1992, BOE del 1 de febrero, de cuyo contenido cabe destacar lo siguiente:

- Pueden solicitarla no sólo los sujetos pasivos del IRPF, sino también los que lo sean del Impuesto sobre Sociedades, que se propongan transmitir mediante precio un bien inmueble sito en España.
- La solicitud deberá contener los datos de identificación del solicitante (o de su representante) y los del inmueble; la fecha prevista para la transmisión; y deberá ir acompañada de los documentos y justificantes con que se pretenda probar la residencia en territorio español.
- La solicitud deberá presentarse en la Administración o en la Dependencia de Gestión Tributaria de la Delegación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria que corresponda al domicilio fiscal del solicitante.
- La certificación puede ser positiva o negativa y deberá ser expedida en el plazo de diez días hábiles a contar desde la solicitud (núm. 4 de la Disposición Adicional cuarta de la OM de 31 de enero de 1992). Sin embargo, posteriormente, el Real Decreto 803/1993, de 28 de mayo, por el que se modifican determinados procedimientos tributarios, ha establecido por el procedimiento para la expedición de certificaciones de sujeción por obligación personal, debe entenderse desestimado, cuando no recaiga resolución dentro del plazo en que ha de ser resuelto (art. 6 en relación con el número 6 del anexo 4 de dicho Real Decreto).
- Por último y **MUY IMPORTANTE**, la certificación positiva tiene un plazo de validez distinto, según se trate de personas físicas: validez hasta el 31 de diciembre del año a que se refiera (lo que incidentalmente puede plantear problemas en las solicitadas dentro del propio mes de diciembre); o de sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades: válidas sólo durante el mes siguiente a la fecha de su expedición.

G) Una cuestión necesitada de aclaración es la de si el adquirente quedará liberado de la obligación de retener, cuando el transmitente (sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades) le exhiba declaración por el Impuesto sobre Sociedades correspondiente al último período impositivo cuyo plazo de declaración hubiese vencido y en el que conste que ha tributado por obligación personal de contribuir.

En tanto no se produzca la necesaria aclaración, la solución afirmativa sólo puede basarse, en su caso, en razones de semejanza o lógica, pero

carece de todo fundamento legal, ya que en principio esta posibilidad sólo está contemplada y admitida respecto de transmitentes personas físicas sujetas al IRPF, y, por otra parte, cualquier paralelismo en esta materia, entre el IRPF y el IS, parece contrario al criterio de distinción que, en cuanto a los plazos de validez de las certificaciones positivas, resulta de la Disposición Adicional cuarta de la OM de 31 de enero de 1992, referenciada en el punto anterior de estas notas.

H) Para concluir este apartado, cabe señalar que la no existencia de una presunción legal de residencia fiscal en España, siquiera referida a los nacionales, hace aconsejable proceder en esta materia con suma cautela, acudiendo a los procedimientos previstos en el artículo 73-2 del Reglamento del IRPF en aquellos casos en que pueda dudarse de la residencia fiscal en España del transmitente, y éste la afirme.

Un criterio práctico consistiría en aconsejar al comprador la exigencia de la declaración del IRPF o de la certificación administrativa, en los siguientes casos:

- Cuando el título del transmitente refleje que éste era inversor extranjero en el momento de la adquisición.
- Cuando el transmitente sea de nacionalidad extranjera.
- Cuando el transmitente, cualquiera que sea su nacionalidad, tenga su domicilio fuera de España.
- Y, obviamente, cuando en las conversaciones preliminares a la audiencia notarial o durante ésta pueda aparecer cualquier indicio de no residencia fiscal en España: españoles emigrantes, españoles funcionarios de organismos internacionales, etc.

En todos estos supuestos, si el transmitente exhibe certificación: habrá que prestar especial atención a su carácter positivo y a su fecha, para calibrar su validez conforme a la OM de 31 de enero de 1992, protocolizando con la escritura el original o, al menos, quedando en poder del adquirente un testimonio de la misma. Y si se exhibe declaración por IRPF: se deberá, igualmente, comprobar que se trata de los modelos oficiales (D-100 para declaración ordinaria y D-101 para declaración simplificada), correspondientes al último período impositivo cuyo plazo de declaración haya vencido, y que en ellos figura como sujeto pasivo el transmitente y aparece con claridad la certificación mecánica o, en su defecto, la firma autorizada. El testimonio total de la declaración no parece aconsejable en este caso por la gran extensión de estos modelos oficiales y por el carácter reservado de su contenido. Lo que sí parece aconsejable es que, al menos, quede en poder del adquirente un testimonio parcial de la misma limitado a la carátula que contiene los datos del sujeto pasivo y a la certificación mecánica.

## 2. SIN ESTABLECIMIENTO PERMANENTE

A) Se precisa que el transmitente, aparte ser no residente, lo sea «sin establecimiento permanente», concepto que no viene definido en la Ley del IRPF, limitándose a señalar el artículo 16 que «para la calificación de establecimiento permanente se estará a lo prevenido en el Impuesto de Sociedades».

B) El artículo 7 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades determina que «se entenderá que una Sociedad realiza operaciones en España por medio de establecimiento permanente, cuando directamente o mediante apoderado posea en territorio español una sede de dirección, sucursal, oficinas, fábricas, talleres, instalaciones, almacenes, tiendas u otros establecimientos; obras de construcción, instalación o montaje, cuando su duración sea superior a doce meses; agencias o representaciones autorizadas para contratar en nombre o por cuenta del sujeto pasivo, o cuando posea minas, canteras, pozos de petróleo o de gas, explotaciones agrarias, forestales, pecuarias o cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales o realice actividades profesionales o artísticas o posea otros lugares de trabajo en los que realice todo o parte de su actividad».

C) De este precepto, por trasposición mental, se desprende que existirá EP de una persona física no residente cuando exista una cierta fijeza y base física de actividad, con contabilidad diferenciada. Pudiendo ser significativa, a estos efectos, la declaración de alta en el Impuesto Municipal sobre Actividades Económicas.

## 3. TRANSMISIÓN-PRECIO

A) La puesta en relación de los conceptos «transmisión» y «precio», a que hace referencia el precepto viene, de alguna manera, a definir y acotar su ámbito de aplicación (excluyendo, verbigracia, la permuta en sentido estricto o la aportación de inmuebles a sociedades, por falta de precio).

B) La referencia a la compraventa, como supuesto paradigmático, es clara.

Tampoco ofrece demasiadas dudas su aplicación a supuestos de Leasing inmobiliario en cuanto al ejercicio de la opción de compra sobre el valor residual; y de Time-Sharing, cuando éste revista modalidades no asociativas o de club, sino formas más simples que se han venido en llamar «inmobiliarias»: en las que lo que se transmite es un porcentaje de la propiedad del inmueble.

C) Deberá practicarse la retención aún en supuestos de inexistencia de incremento patrimonial o exención de éste; así:

- En la expropiación forzosa de inmuebles pertenecientes a no residentes; y ello, aunque exista la previsión legal de que el pago del precio estará exento de toda clase de gastos, impuestos, gravámenes o arbitrios del Estado, Provincia o Municipio (art. 49 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16-12-54 y art. 26 de su Reglamento aprobado por Decreto de 16 de abril de 1957) y sea objeto de discusión, en base a dichas normas, si la transmisión derivada de una expropiación forzosa está o no exenta de tributación como incremento patrimonial (Sentencia TS de 8-2-71, y la más reciente, en sentido opuesto, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26-9-91).
- También cuando la transmisión de un inmueble por un «no residente» responda al ejercicio contra él de un derecho de retracto (legal de colindantes); aunque en este caso la práctica de la retención pueda ser considerada superflua, toda vez que si la finalidad de la misma es evitar la elusión fiscal de la plusvalía obtenida por el no residente, resulta aparentemente improcedente, habida cuenta de que dicho incremento patrimonial será casi por definición inexistente al ser coincidentes, por el propio régimen legal del derecho de retracto (arts. 1.518 y 1.525 del Código Civil), los valores de adquisición y enajenación del bien inmueble transmitido, por cuya diferencia, en esencia, nacería y se computaría el incremento patrimonial (art. 45, apartado uno de la Ley del IRPF, por remisión al mismo del art. 18.tres).

D) Cuando el precio de la venta quede total o parcialmente aplazado, cabe preguntarse sobre si la retención se ha de practicar inicialmente y por su totalidad, en el momento del otorgamiento de la escritura, o si, por el contrario, es admisible que la retención recaiga únicamente sobre la parte de precio ya satisfecha, con ingresos parciales de cantidades retenidas, realizados e ingresados, acompasadamente, al tiempo del pago de cada una de las sumas aplazadas.

Un criterio práctico —que no aconsejo— consistiría en retener el 10 por 100 inicialmente, si la parte de precio satisfecha de presente o primer plazo alcanza a cubrirlo respecto del total precio y, no siendo así, practicar la retención con la misma cadencia que se efectúen los pagos. Esta segunda posibilidad puede comportar alguna complejidad si se pretende que el precio aplazado quede representado por letras de cambio y garantizado mediante condición resolutoria; la solución, sin embargo, es posible y consistiría en prever, respecto de cada una de las cantidades aplazadas, que el 90 por 100 de su importe sea satisfecho mediante hacer efectiva una letra de cambio y el restante 10 por 100 mediante su retención e ingreso en el Tesoro Público en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 19.uno.b) de

la Ley del IRPF; pactando los contratantes que dan a la falta de pago de las cambiales y a la falta de ingreso de las cantidades retenidas o a retener el carácter de condición resolutoria; y, finalmente, facultando a la parte compradora para obtener por sí sola la cancelación de la condición resolutoria mediante acta notarial en la que conste que obran en su poder todas y cada una de las cambiales reseñadas junto con los modelos oficiales 211 acreditativos de haber procedido al ingreso de las cantidades objeto de retención.

De otra suerte, la posibilidad de posponer el nacimiento de la obligación de retener, caso de interesar, podrá lograrse mediante la incorporación de un pacto de reserva de dominio, ya que, en tal hipótesis, no existiría transmisión del inmueble, que es uno de los presupuestos que el artículo 19.uno.b) exige para el nacimiento de la obligación de retener. Debe notarse, además, que este pacto puede adquirir una inusitada actualidad, no sólo con referencia a los no residentes, sino con carácter general, toda vez que —dados sus efectos de dilación temporal de la transmisión, con el consiguiente aumento del período de permanencia de los bienes en el patrimonio del sujeto pasivo— puede instrumentalizarse:

- bien como medio de posponer y minorar el importe de determinados incrementos patrimoniales [recuérdese que, tratándose de inmuebles, el incremento se reduce en un 5,26 por 100 por cada año de permanencia que exceda de dos: art. 45.dos.d) LIRPF];
- bien como procedimiento de obtener la no sujeción del incremento patrimonial [recuérdese, igualmente, que éste deviene no sujeto cuando el período de permanencia del inmueble en el patrimonio del sujeto pasivo es superior a veinte años: art. 45.dos.e) LIRPF]. La cuestión queda apuntada y es digna de estudio separado.

E) Por último, un problema interesante es el planteado por el artículo 1.446 del Código Civil al señalar que: si el precio de la venta consiste parte en dinero, parte en otra cosa, se calificará el contrato según la intención manifiesta de los contratantes; y que, no constando ésta, se tendrá por permuta si el valor de la cosa dada en parte del precio excede al del dinero o su equivalente; y por venta en el caso contrario.

Por las razones que más adelante se explicitan, parece que lo prudente, en tales supuestos, será prescindir de la intención de los contratantes y de la calificación del contrato y practicar la retención sobre la totalidad del precio acordado, computando en el total precio el valor de esa «otra cosa» a que alude el Código Civil; y ello, incluso, aunque el valor de la cosa exceda al del dinero; salvo que exceda en tan gran medida que el dinero no llegue a alcanzar y cubrir el 10 por 100 del total, precio

que debe ser objeto de retención, en cuya última instancia son posibles dos soluciones:

- bien, proceder al máximo ingreso de retención posible, aunque no se alcance el 10 por 100 respecto del total precio acordado; lo que comporta la posibilidad negativa de que la Administración Tributaria pueda, sin entrar a fondo y por simple automatismo basado en la aparente incongruencia entre dos datos que necesariamente figurarán en la declaración, estimar insuficiente la retención;
- bien, cambiar radicalmente de criterio y hacer recaer la retención de forma exclusiva —en este solo caso y por excepción— sobre la parte de precio representada por dinero, con lo que, a pesar de ingresar menor cantidad que en el supuesto anterior, se evitaría el inconveniente apuntado.

Ir más allá en estos casos, ya de suyo extremos, supondría desvirtuar la naturaleza y finalidad de la retención y convertirla, «de facto», en un impuesto sobre el adquirente.

Avalan esta postura, evidentemente pragmática: de un lado, razones de elemental prudencia, basadas en las graves consecuencias que la omisión de la retención o la retención insuficiente pueden tener para el adquirente; y de otro, la constatación práctica de que la Administración Tributaria suele prescindir de calificaciones jurídicas, en base a una interpretación interesada del artículo 25 de la Ley General Tributaria y de lo apuntado por el Tribunal Constitucional en su decisiva Sentencia de 20 de febrero de 1989, en la cual señaló que los criterios tributarios, «en atención a su propia finalidad, no están obligados a acomodarse estrechamente a la legislación civil» (*Vid.*, Fundamento Jurídico sexto de dicha sentencia).

#### 4. LOS INMUEBLES OBJETO DE TRANSMISIÓN

A) Se precisa, para la procedencia de la retención, que el objeto de la transmisión lo constituyan bienes «inmuebles situados en España».

B) Se entiende por inmuebles los relacionados como tales en los artículos 334 y siguientes del Código Civil.

Algunos derechos reales sobre bienes inmuebles pueden plantear ciertos problemas, dado el sistema de *numerus apertus* que impera en nuestro ordenamiento jurídico, y habida cuenta también de la irreductibilidad radical existente entre la afección al pago del impuesto y el carácter personalísimo de alguno de estos derechos que los hace intransmisibles, imposibilitando de esta forma la ejecución de la garantía tributaria.

C) En las ventas mixtas, es decir, aquéllas en las que, junto al inmueble en sí mismo, se transmiten determinados bienes muebles, consistentes generalmente en el mobiliario emplazado en su interior, resulta obvia la conveniencia de determinar por separado la parte del total precio que corresponda a cada uno de ellos y practicar la retención exclusivamente sobre la parte del mismo relativa a los inmuebles. De esta forma se logra, además, un ahorro fiscal suplementario, en cuanto se evita la aplicación del artículo 11-2 del Texto Refundido del ITP y AJD, que establece que «cuando un mismo acto o contrato comprenda bienes muebles e inmuebles sin especificación de la parte de valor que a cada uno corresponda, se aplicará el tipo de los inmuebles».

## 5. ALCANCE Y EFECTOS DE LA AFECCIÓN

A) Los inmuebles transmitidos, en tanto no se produzca el ingreso de las cantidades retenidas o que hubieran debido retenerse, quedan afectos al «pago del impuesto» correspondiente al incremento patrimonial experimentado por el transmitente (último párrafo art. 19 Ley del IRPF). Por pago del impuesto habrá que entender: no «deuda tributaria», sino «cuota tributaria», con exclusión de demoras y sanciones, dada la doctrina sentada por nuestro Tribunal Constitucional de no transmisibilidad de las sanciones, al menos en tanto no haya recaído acto administrativo de derivación de responsabilidad y éste se haya notificado al poseedor (en principio el adquirente).

El procedimiento a seguir para lograr la efectividad de la garantía, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento General de Recaudación (Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre), puede esquematizarse en los siguientes puntos:

1. Si el transmitente no residente no hace efectiva su deuda tributaria en período voluntario, se abre la vía de apremio.

2. Si transcurrido el plazo previsto en el artículo 108 del RGR tampoco se hubiere producido el ingreso, se requiere al poseedor del inmueble afecto para que pague, iniciándose para él un nuevo período voluntario de pago por el plazo previsto en el artículo 20 del RGR, sin que responda de intereses, recargos ni costas.

3. Si el poseedor tampoco hace efectivo el ingreso, no se abre nuevamente la vía de apremio contra él, sino que se procede directamente a la realización del inmueble.

B) El derecho de afección tiene su desarrollo en el artículo 74-1 de la LGT y en el artículo 37 y concordantes del Reglamento General de Recaudación.

De esta regulación se desprende que el derecho de afección, en el campo inmobiliario, desarrolla sus efectos sobre los bienes afectos «cualquiera que sea su poseedor, salvo que éste resulte ser un tercero protegido por la fe pública registral». Esta referencia legal y reglamentaria al tercero del artículo 34 de la LH origina que la efectividad de la afección, a diferencia de otras garantías del crédito tributario (verbigracia la hipoteca legal tácita que garantiza los tributos de exacción periódica), pueda devenir ilusoria, a menos que se proceda a su constancia en el Registro, mediante nota marginal.

Al no existir, en el momento de redactar las presentes notas, norma alguna que establezca dicha nota marginal y regule la forma, plazo y condiciones de su extensión y cancelación, la afección que nos ocupa no tendrá virtualidad frente a tercero protegido por la fe pública registral.

C) De otra parte, en el estado actual en que se encuentra la legislación sobre la materia, tampoco parece fácil que, en términos de justicia y seguridad jurídica, se pueda llegar a articular un sistema de extensión de dicha nota marginal, o que la calificación registral pueda extenderse a la constancia en la escritura de la práctica de la retención; y ello, fundamentalmente, por la imposibilidad de conocer, en base al título presentado y al contenido de los asientos, si concurren en el caso concreto de que se trate los requisitos que fundamentalmente determinan el nacimiento de la obligación de retener, a saber: el carácter de no residente fiscal del transmitente y la inexistencia de establecimiento permanente. Ciertamente que el título, en la comparecencia, puede expresar una vecindad y un domicilio fuera de territorio español, pero esa constancia es una mera afirmación (ni siquiera probada por los medios que determina el art. 2-4 del Real Decreto 1816/91, de 20 de diciembre) de no residencia a efectos administrativos o de control de cambios, que no debe confundirse con la no residencia fiscal con la cual no es siempre parificable. Y es que, como se ha señalado, la no residencia fiscal tiene, en principio, como obligado punto de referencia la permanencia fuera de territorio español de más de 183 días, durante un año natural, de modo que dentro de cada ejercicio, en ocasiones, no podrá predicarse el carácter de residente o no residente fiscal del sujeto pasivo hasta la conclusión del año natural.

En este sentido, si bien se mira, los procedimientos tributarios previstos en el artículo 73 del Reglamento del IRPF (presentación de la declaración de renta correspondiente al último período impositivo vencido y certificación administrativa), más que pruebas de residencia fiscal en sentido estricto, constituyen medios preconstituídos de liberación de responsabilidad del adquirente, referidos a años naturales anteriores y basados en datos correspondientes a años naturales anteriores, que implican tácitamente el reconocimiento de la dificultad —y en ocasiones imposibilidad— de determinar la

condición de «residente o no residente fiscal» del sujeto pasivo hasta la conclusión del año natural en curso; «condición anual» que, según el artículo 12 de la Ley del IRPF, es la única relevante desde el punto de vista legal.

Finalmente, aún cuando del título o de los asientos del Registro, pudieran resultar, por cualquier juego de presunciones hasta el momento no existente, el «presunto» carácter de no residente fiscal del transmitente, lo cierto es que nada resultará acerca de si el transmitente lo es «sin establecimiento permanente», requisito que cumulativamente exige el propio artículo 19.uno.b) de la Ley del IRPF para la procedencia de la retención.

#### 6. RETENCIÓN DEL 10 POR 100 DEL PRECIO ACORDADO

A) El porcentaje del 10 por 100 viene referido al «precio acordado» o «precio total acordado», según matización reglamentaria. No cabe, pues, aquí, sobre la base de distinguir entre precio acordado y precio consignado, aplicación alguna de la Ley de Tasas. Esta sólo tendrá virtualidad posteriormente, en el momento de calcular el incremento patrimonial del transmitente (art. 44.seis de la Ley IRPF por remisión del art. 8.tres).

B) Es cuestionable que la Administración pueda proceder, caso de omisión de la retención, a «elevación al íntegro» del precio acordado. La llamada elevación al íntegro tiene su fundamento y es consecuencia de la presunción establecida en el artículo 98-2 de la Ley, según el cual: «las cantidades efectivamente satisfechas por los sujetos obligados a retener se entenderán percibidas, en todo caso, con deducción del importe de la retención correspondiente». Con este fundamento, la llamada elevación al íntegro, en su aplicación al caso que nos ocupa, consistiría en la facultad de la Administración de considerar, en supuestos de falta de retención, como precio total acordado (o íntegro): aquella mayor cantidad de la que restado el porcentaje de retención establecido, arroje el neto consignado como precio en la escritura. Y ello, con arreglo a la ya clásica fórmula:

$$\begin{aligned} \text{Precio total (o íntegro)} &= \text{Precio neto percibido} \times \\ &\times 100 : 100 - \text{porcentaje de retención} \end{aligned}$$

De este modo, en una compraventa en la que el precio consignado en la escritura fuese de 1.000.000 de pesetas y en la que procediendo la retención del 10 por 100, ésta no se hubiere realizado, la elevación al íntegro supondría considerar como precio total acordado el de 1.111.111 pesetas, como consecuencia de la aplicación de la fórmula matemática expresada, y que tendría también como consecuencia que la cantidad que

debió retenerse ya no sería de 100.000 pesetas, sino de 111.111 pesetas, consiguiéndose, de este modo, la finalidad disuasoria y sancionadora que encierra la elevación al íntegro.

La remisión que el artículo 21 de la Ley efectúa a las obligaciones establecidas en el Título Décimo de la misma, en cuyo Título se encuentra comprendida la presunción del artículo 98-2, fundamento de la elevación al íntegro; y la constatación de que el artículo 98 de la Ley actual se refiere a «rentas» (a diferencia de lo que ocurría en la Ley de 1978, en cuyo artículo 36, precedente directo del actual 98, la obligación de retener sólo venía referida a «rendimientos»), llevan a pensar en la posibilidad de la aplicación de la elevación al íntegro a los supuestos de retención del artículo 19.uno.b) de la LIRPF. Sin embargo, parecen llevar a la conclusión contraria: a) el artículo 20 de la Ley, que sólo permite al no residente sin establecimiento permanente deducir en su declaración aquellas retenciones «que le hayan sido efectivamente practicadas», sentando así un criterio de efectividad que se compadece mal con las retenciones «presuntas» que resultan del mecanismo de la elevación al íntegro; y b) el artículo 60 del nuevo Reglamento del IRPF, que, al desarrollar la presunción del artículo 98-2 de la Ley, parece limitar su ámbito de aplicación a retenciones practicadas a personas físicas residentes en territorio español.

De cualquier forma, la simple posibilidad de aplicación de la elevación al íntegro constituye argumento suficiente y debe llevarnos a aconsejar que la escritura refleje con claridad la circunstancia de haberse practicado la retención.

7. EL TRANSCURSO DE MÁS DE VEINTE AÑOS Y LA AUSENCIA DE MEJORAS  
COMO CIRCUNSTANCIA DETERMINANTE DE LA IMPROCEDENCIA DE LA OBLIGACIÓN  
DE RETENER

A) No es necesario practicar retención cuando se trate de bienes inmuebles adquiridos con más de veinte años de antelación a la fecha de la transmisión y que no hayan sido objeto de mejoras durante ese tiempo.

B) Respecto de la ausencia de mejoras, el artículo 73 del Reglamento aclara que, para que el adquirente quede relevado de la obligación de retener por esta causa, es necesario que el transmitente haga constar «expresamente» en documento público la ausencia de mejoras en el referido período.

C) Conviene tener en cuenta que el transcurso de veinte años desde la adquisición del inmueble sólo liberará de la obligación de retener cuando se trate de transmisiones realizadas por personas físicas sujetas al IRPF, y que, por tanto, procede la retención, aunque hayan transcurrido más de

veinte años desde la adquisición, si el transmitente es persona jurídica, sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades (apartado cinco del art. 23 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades en su redacción dada por la Disposición Adicional quinta de la Ley del IRPF).

D) Respecto a la fecha inicial para el cómputo de los veinte años, el propio precepto la refiere a la fecha de la adquisición, debiendo entenderse por adquisición, a estos efectos: no sólo los negocios traslativos (compraventa), sino también los de naturaleza fundamentalmente especificativa (disolución de comunidades, división de cosa común, disolución de gananciales o del régimen de participación, etc.) por haberlo previsto así expresamente el legislador fiscal, en contra de la más elemental lógica jurídica y a diferencia de lo que ocurre en la llamada obligación personal de contribuir o modo de contribuir de los residentes. Así se desprende del artículo 18-3 de la Ley del IRPF que, para el cálculo del incremento patrimonial de los no residentes, se remite a las reglas generales contenidas en los artículos 44 a 49 de la propia Ley, si bien advirtiendo expresamente que con exclusión de lo dispuesto en el artículo 44.cuatro, que se refiere a los apuntados supuestos de naturaleza especificativa.

## 8. EL ADQUIRENTE

El adquirente retenedor puede ser persona física o jurídica, siendo indiferente que sea residente o no residente, y procediendo la práctica de la retención en todo caso con independencia de que el precio se satisfaga en España o en el extranjero.

## III. ANALISIS FUNCIONAL DEL PRECEPTO

Al abordar el análisis funcional del precepto, objeto de las presentes notas, se hace necesario distinguir las diversas incidencias que pueden presentarse, estudiando las principales consecuencias que de tales supuestos se derivan.

De este modo, conviene detallar las siguientes situaciones:

### 1. EL ADQUIRENTE NO PRACTICA RETENCIÓN, NI TAMPOCO EFECTÚA INGRESO ALGUNO

A) La falta de retención, las más de las veces, obedecerá a la inadvertencia de la concurrencia de los requisitos que legalmente determinan el

nacimiento de la obligación de retener; pero puede también deberse a la negativa del transmitente a soportar la retención, con la aquiescencia, más o menos renuente, del adquirente, principalmente en supuestos de pago anticipado del total precio con anterioridad al conocimiento efectivo de la obligación de retener y, muy singularmente, cuando se trate de transmisiones entre no residentes con pago del precio en el extranjero. De ser esto último, el transmitente podría incurrir en la responsabilidad solidaria que establece el artículo 38-1 de la LGT para todas las personas que sean causantes o colaboren en la realización de una infracción tributaria, toda vez que el Notario consignará en la escritura la circunstancia de haber hecho, a ambas partes, la advertencia expresa de lo dispuesto en el apartado uno-b) del artículo 19 de la vigente Ley del IRPF y de sus consecuencias, en especial las prevenidas en el último párrafo de dicho precepto y en el artículo 88-3 de la LGT (en su caso, la referencia al art. 19 de la Ley del IRPF deberá ser sustituida por la del art. 23-5 de la Ley 61/1978 del Impuesto de Sociedades).

B) El inmueble adquirido queda afecto al «pago del impuesto» que grava el incremento patrimonial experimentado por el transmitente no residente (art. 19, último párrafo LIRPF); esta afección prescribirá a los cinco años y cuatro meses a contar desde la fecha de la transmisión (art. 73 Reglamento IRPF en relación con los arts. 64 y 65 LGT). Recuérdese que los no residentes sin establecimiento permanente tributan, no por períodos anuales y por la totalidad de sus rentas a un tipo progresivo, sino de forma instantánea y separada por cada devengo total o parcial de renta a un tipo proporcional, sin acumulación de rentas y sin que exista período impositivo.

C) El adquirente incurre en infracción tributaria grave por «dejar de ingresar... cantidades... que hubiere debido retener» [art. 79.a) LGT] y puede ser sancionado con «multa pecuniaria proporcional en cuantía del 150 al 300 por 100» de la cantidad que debió retener y no retuvo (art. 88-3 LGT).

D) El transmitente no podrá deducir cantidad alguna en concepto de retención, por establecerlo así expresamente el artículo 20 de la Ley del IRPF que exige para la deducibilidad de las retenciones por los no residentes sin establecimiento permanente que éstas les «hayan sido efectivamente practicadas», a diferencia de lo que ocurre con los no residentes con establecimiento permanente y en contra de la regla general contemplada en el artículo 98-2 de la misma Ley, según la cual: las cantidades satisfechas por los obligados a retener (y, por tanto, con independencia de si se ha practicado o no retención) «se entenderán percibidas, en todo caso, con deducción del importe de la retención correspondiente».

E) Cuando sin mediar retención, el transmitente presenta declaración e ingresa la cuota tributaria correspondiente al incremento patrimonial

experimentado, se plantea también la duda de si esta declaración subsana la falta de retención e ingreso de la misma, liberando al adquirente de las sanciones pecuniarias previstas en el artículo 88-3 de la LGT. A este respecto, el Reglamento del IRPF en su artículo 43.dos.g) dispone que no existirá obligación de practicar retención o ingreso a cuenta sobre ... los rendimientos que se satisfagan o abonen a sujetos pasivos por obligación real de contribuir que actúen sin mediación de establecimiento permanente, cuando se acredite el pago del impuesto. Este precepto, lamentablemente, circunscribe únicamente su ámbito de aplicación a «rendimientos» que es concepto jurídico-fiscal distinto al de incremento de patrimonio (que técnicamente es renta, pero no rendimiento) por lo que, de *lege ferenda*, sería deseable un precepto similar referido a rentas.

2. EL ADQUIRENTE PRACTICA LA RETENCIÓN, PERO NO INGRESA CANTIDAD ALGUNA

A) Este supuesto puede tener una incidencia numérica superior a la imaginada en tiempos de crisis económica, con adquirentes retenedores en apretada situación financiera y con desfases de tesorería, agravados ambos por el esfuerzo económico derivado de la propia adquisición.

B) El inmueble adquirido queda afecto al pago del impuesto en los términos que han quedado anteriormente señalados (último párrafo, art. 19 LIRPF).

C) El adquirente incurre en infracción tributaria grave por «dejar de ingresar... cantidades retenidas» [art. 79.a) LGT] y puede ser sancionado con «multa pecuniaria proporcional en cuantía del 150 al 300 por 100» de la cantidad que retuvo y no ingresó (art. 88-3 LGT). Causa cierta perplejidad comprobar que la LGT equipara a efectos de sanción los supuestos de «no retención-no ingreso» y los de «retención-no ingreso», ya que se trata de conductas que comportan grados de reprobabilidad muy diferentes y en las que puede apreciarse un muy distinto nivel de contravención de la norma. Quizá por ello el Tribunal Supremo, en Sentencia de 16 de noviembre de 1987, distinguió entre ambos supuestos, calificando el incumplimiento del deber de retener como omisión, y el no ingreso de cantidades retenidas como defraudación.

D) De otra parte, la falta de ingreso de cantidades retenidas puede dar lugar a infracción penal: delito fiscal y delito de apropiación indebida.

El delito fiscal tipificado en el artículo 349 del Código Penal se caracteriza por la no exigencia de dolo y por ser un tipo de resultado que exige que la falta de ingreso supere un umbral mínimo. Este delito —aparte haber devenido, con carácter general, una figura inoperante— tiene en contra, en el campo específico de las retenciones, la Sentencia del TS de 25-9-1990,

que afirmó que la omisión en el ingreso de las retenciones practicadas no puede dar lugar a delito fiscal.

El delito de apropiación indebida, tipificado en el artículo 535 del Código Penal, no exige ningún mínimo, pero sí exige en cambio la concurrencia de maquinación previa o dolo penal, circunstancia de difícil acreditación en el supuesto de falta de ingreso de retenciones, si bien el Tribunal Supremo ha facilitado su efectividad al entender que aquél se presume por el hecho de destinar las cantidades retenidas a otros usos o por haber dispuesto de dichas cantidades en beneficio propio o de terceros (Sentencia del TS de 24-4-86 y 24-12-86), y sin que, como señala MUÑOZ CONDE, el ánimo de devolución posterior excluya el dolo.

Conviene por último advertir que como consecuencia del principio penal *non bis in idem*, cuya aplicación a la esfera del Derecho fiscal sancionador ha sido proclamada por el Tribunal Constitucional de forma reiterada y unívoca en jurisprudencia posterior a 1982, y que tiene su reflejo positivo en el artículo 77.6 de la LGT, ha quedado establecida no sólo la incompatibilidad de las sanciones administrativas (multas pecuniarias dichas) con las sanciones penales (delito fiscal y delito de apropiación indebida), sino también la incompatibilidad entre dos sanciones administrativas fiscales.

E) El artículo 20 de la Ley del IRPF permite que el transmitente, en su declaración, pueda deducir las retenciones que le «hayan sido efectivamente practicadas», con independencia de que estas sean o no ingresadas por el adquirente. No obstante, conviene advertir que, en materia de retenciones, es práctica de la Administración Tributaria exigir —para la admisión de la deducción— que se justifique, no sólo la efectividad de la retención, sino también su ingreso; modo de proceder ciertamente criticable y carente de todo respaldo legal, pero que habrá que tener en cuenta, a menos que el transmitente esté dispuesto a entablar recurso y afrontar sus consecuencias.

F) El Notario hará, igualmente, las advertencias legales pertinentes y reflejará en la escritura la circunstancia de haberse practicado la retención.

### 3. EL ADQUIRENTE INGRESA FUERA DE PLAZO

Si el adquirente, que no ha ingresado inicialmente las cantidades retenidas, decide hacerlo fuera de plazo sin mediar requerimiento de la Administración: deberá abonar un recargo único del 50 por 100, con exclusión de los intereses de demora y de las sanciones que pudieran ser exigibles. Este recargo es tan sólo del 10 por 100 si el ingreso se efectúa antes de los cuatro meses siguientes a la fecha de la transmisión (art. 61-2 LGT en la redacción dada por la disposición adicional decimocuarta de la Ley 18/1991, en relación con el art. 73 del Reglamento del IRPF).

4. EL ADQUIRENTE INGRESA UNA CANTIDAD INFERIOR A LA EFECTIVAMENTE RETENIDA

En principio, el ingreso insuficiente, conforme al artículo 88-3 de la LGT, tiene el carácter de infracción tributaria grave y debe ser sancionado con multa pecuniaria proporcional del 150 al 300 por 100 de la cantidad dejada de ingresar. Sin embargo, los Tribunales han atemperado enormemente este rigor en aquellos casos de retenedores que declaran correctamente las cantidades retenidas, pero que ingresan una cantidad inferior a la declarada (acuerdo TEAC 9-12-85, SS AT de Barcelona de 29-11-1988 y 11-4-1989).

5. EL ADQUIRENTE RETIENE EL 10 POR 100 DEL PRECIO ACORDADO E INGRESA SU TOTAL IMPORTE EN EL TESORO PÚBLICO

El ingreso de las cantidades retenidas deberá hacerse a través de modelo oficial. La Orden del Ministerio de Hacienda de 7 de enero de 1992, *BOE* de 13 de enero, aprobó, al efecto, el modelo 211, que figura como anexo a dicha Orden. El modelo es, simultáneamente, de declaración e ingreso; consta de tres ejemplares: «para la Administración», «para el adquirente» y «para el no residente». Este último deberá utilizar su ejemplar a efectos de justificar el pago a cuenta cuando presente declaración por el incremento de patrimonio.

Por lo demás:

- Se exige presentar un modelo de declaración por cada inmueble adquirido.
- Es necesario que al modelo de declaración se acompañe copia de la escritura.
- El plazo de ingreso es de un mes a partir de la fecha de transmisión del inmueble.
- Y, finalmente, será oficina competente para la declaración y pago: la Entidad de Depósito que preste el servicio de caja en la Delegación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en cuyo ámbito territorial esté situado el inmueble.

IV. NOTA FINAL

Las páginas que anteceden, tratan de dar respuesta a la necesidad de disponer de alguna orientación en una materia de interés general y que tanto

afecta al quehacer diario de muchos notarios y registradores. Obvio es decir que las cuestiones planteadas y las soluciones propuestas reflejan únicamente los criterios de su autor, quien, aún a riesgo de equivocarse, ha procurado no rehuir, al menos conscientemente, ninguna de las cuestiones que pudieran revestir cierto interés y ha tratado en todo momento de afrontarlas, en unos casos con opiniones fundadas, en otros con consejos y, cuando ello no ha sido posible, con criterios prácticos, por entender que, como ocurre en tantos supuestos, más vale encender una vela que maldecir la oscuridad.

Tan sólo se ha obviado —intencionadamente— entrar en el estudio de los convenios sobre doble imposición suscritos por España, para evitar una extremada casuística, que más que aclarar pudiera llevar a confusión.

Por otra parte, si algo tienen de positivo las ideas contenidas en este trabajo se deberá al hecho de haber sido originariamente contrastadas y decantadas con los criterios de personas tan cualificadas como CONCHA CARBALLO CASADO, Economista, Censor Jurado de Cuentas y Asesor Fiscal del Colegio Notarial de Barcelona, y ANTONIO-CARMELO AGUSTÍN TORRES, Notario de Barcelona y miembro de la Comisión de Asuntos Fiscales del mismo Colegio. A ellos, es de justicia agradecerles sus siempre acertadas y matizadas observaciones y sugerencias, y la revisión del borrador inicial de este trabajo.

FRANCISCO DE PAULA POLO ORTÍ  
Notario

# La característica esencial de la hipoteca como accesoria del crédito y su independencia mediante cesión pasiva sin consentimiento del acreedor

## 1. UN *SUBSTRATUM* SOCIOLOGICO Y ECONOMICO

No es este el momento de señalar la particular situación del mercado portorriqueño y su tráfico jurídico que, en materia de créditos garantizados hipotecariamente, vive la coexistencia de dos sistemas jurídicos diversos: *a)* el propiamente portorriqueño, que sigue en líneas generales el régimen hispano concebido en la Ley de 1861; *b)* el sistema de transmisión inmobiliaria propio del Derecho de los Estados Unidos de América, que se superpone al primero, al ser el requerido por el mercado cesionario de títulos con garantía hipotecaria. Del tema he tratado en otro momento (1) y aquí y ahora solamente interesa como simple referencia que pueda proporcionar a algún amable lector una perspectiva general.

En la actividad económica portorriqueña, prácticamente toda la construcción es financiada mediante préstamos con garantía hipotecaria, que pueden alcanzar la cifra de seiscientos a mil millones anuales. De hecho, el Servicio de Estadística del Departamento de Justicia me proporciona el día de hoy (22 de junio de 1994), las siguientes cifras (2):

---

(1) E. VÁZQUEZ BOTE, «El denominado seguro de títulos. Ventajas e inconvenientes de su adopción en el Derecho español», en *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio 1976, págs. 221-375; «Seguridad y certeza en las relaciones jurídico-inmobiliarias», misma revista, enero-marzo 1981, págs. 245-345. *Tratado teórico, práctico y crítico de Derecho privado puertorriqueño*. Tomo XIV, Butterworths, 1992 y sigs.

(2) Cortesía del Departamento de Justicia, Servicio de Presupuesto y Estadística, información gentilmente proporcionada por la señorita Lucila Aponte.

Año fiscal 1989-1990, último que tienen al día:

Hipotecas constituidas y capital garantizado: 2.673.580.507 dólares USA.

Hipotecas canceladas: 1.006.207.428 dólares USA.

Capital total cubierto con garantía hipotecaria: 26.297.431.864,96 dólares USA.

En esta cifra cabe algún margen de rectificación, dado que, ocasionalmente, la cancelación de la hipoteca puede retrasarse en el tiempo respecto de la fecha de extinción de la deuda por finiquito.

La cifra, pues, resulta asombrosa. Y la deuda también.

Pues bien, ese capital, inicialmente prestado por la banca local suele remitirse, de inmediato, al mercado secundario de hipotecas, iniciando así, un flujo y reflujo de dinero.

Ese mercado secundario de hipotecas está regimentado, naturalmente, por las normas del Derecho de los Estados Unidos de América del Norte, sistema de *common law*, que es desconocedor del concepto de *derecho real* (en cuanto facultad de un titular para obtener una utilidad en cosa ajena, o propia, ciertamente, si del dominio se trata, sin intervención del dueño o sujeto pasivo de la relación jurídica). La *mortgage*, reforzada en su efecto por vía de interpretación judicial, es, asimismo, regulada por la *Real Estate Settlement Procedure Act*, ley federal, que impone en toda constitución de *mortgage* y su correspondiente cesión el añadido de un seguro de títulos, que, al menos en Puerto Rico, para una hipoteca convencional promedio (100.000 dólares USA), significa abonar en beneficio del acreedor hipotecario, una suma adicional de unos 1.000-1.500 dólares USA, por dos seguros exigidos, el *interino*, mientras se tramita el préstamo, y el *definitivo*. Si el comprador desea, a la vez, cubrir su título de propiedad, deberá abonar —solicitándolo previamente si sabe de su existencia— un seguro adicional por tal concepto.

Como quiera que la relación prestamista-prestatario (deudor hipotecario a la vez, regularmente) es una de carácter obligacional, la cesión, activa o pasiva, queda sujeta a las reglas generales que todos conocemos: la transmisión activa de la obligación no requiere de mayor trámite (a lo sumo y por conveniencia del cesionario, notificación al deudor); la transmisión pasiva requiere el consentimiento del acreedor.

## 2. LA ACCESORIEDAD DE LA HIPOTECA

Determina el artículo 1.756 del Código Civil de Puerto Rico que es esencial, así a la prenda como a la hipoteca, «que se constituya para ase-

gurar el cumplimiento de una obligación principal», idea que se reitera en el artículo 1.418 al indicar que «la venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca...»; y que late, asimismo, en el artículo 187, párrafo primero de la Ley Hipotecaria, al determinar que «todo hecho o convenio entre las partes, que pueda modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, como el pago, la compensación, la espera o prórroga, el pacto o promesa de no pedir la novación del contrato primitivo y la transacción o compromiso, no surtirá efecto contra tercero, como no se haga constar en el Registro por medio de una inscripción nueva, de una cancelación total o parcial o de una nota, según los casos». Accesoriedad, en fin, que surge en otros preceptos de esta Ley (3).

Naturalmente, la accesoriedad no impide la capitalización del crédito garantizado, destacadamente cuando prácticamente todas las hipotecas que se constituyen en Puerto Rico lo son en garantía de títulos al portador, de manera tal que la función garantizadora lo es de la prestación fungible por excelencia: un valor expresado en dinero.

### 3. LAS INCIDENCIAS DEL *COMMON LAW*

El Derecho norteamericano, al igual que el inglés hasta la reforma por la *Law of Property Act* y el Derecho romano prejustiniano, no conoce más relaciones que de carácter obligacional. El *mortgage* no es sino una relación de obligación. Y el Derecho norteamericano, al igual que los dos antecedentes citados, tampoco conoce el cumplimiento específico de la prestación, a la cual se llega de manera indirecta cuando, incumplido el débito —en un contrato que suele ser enriquecido con múltiples cláusulas garantizadoras personalmente—, eludir la prestación específica solamente implica unas enormes sanciones judicialmente impuestas y derivadas indirectamente de aquellas propias cláusulas garantizadoras que llevan al deudor a tener que abonar dos, tres, cuatro, cinco veces el valor de la deuda original.

Así pues, la estructura del sistema jurídico norteamericano, al incidir en un Ordenamiento concededor del cumplimiento específico y del derecho real con todas sus consecuencias, provoca en este último un efecto de *retroceso histórico*, sobre todo si aquel sistema jurídico puede configurarse como superior en jerarquía normativa.

En la compleja relación existente entre el Derecho federal de los Estados Unidos de América del Norte y el Derecho de cada uno de los Estados

---

(3) Artículos 155, 156, 158, 162, 166, 167, 184, 185, 195, 196, 197, 198 Ley Hipotecaria de 1979.

que integran la unión, al igual que respecto de los denominados territorios no incorporados, rige la teoría del *campo ocupado*, elaborada por el Tribunal Supremo de la Unión norteamericana, conforme con la cual si el Derecho federal (*Statute Law*) regula una determinada actividad, o campo concreto, naturalmente de conformidad con la Constitución, el Derecho de los Estados miembros de la federación es marginado, o, según el alcance del *campo ocupado*, de inferior jerarquía. Y es dable una combinación de normas federales y estatales, supliendo éstas las lagunas que puedan dejar aquéllas. Ello significa que una ley federal es superior en rango jerárquico que una ley estatal.

Pero no solamente la ley formal tiene esa precedencia normativa, sino, según se pronunció el Tribunal Supremo Federal (*Fidelity Federal Saving & Loan Association*, 1982, 102 S.Ct. 3014), también la tienen los reglamentos federales.

De todo ello resulta que la hipoteca constituida al amparo de las normas de la Ley portorriqueña, como tiene por destino posterior la cesión del crédito con ella garantizado al mercado secundario de hipotecas, debe también adaptarse a las formalidades —simplificadas, pero onerosísimas— del Derecho que regula este mercado secundario, convirtiéndose la hipoteca, pues, en un crédito expresivo de una simple obligación, cuyas resultas económicas quedan convertidas en álea que intenta paliar el seguro de títulos, el cual debe abonarse en cada cesión (por un lado, del objeto de la garantía, el inmueble) al considerarse ésta como relación totalmente independiente de la que origina el préstamo, casi dotada de *intuitu personae* en el lado pasivo de la relación misma.

A tal efecto, es contenido típico de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, una conocida cláusula, denominada en la jerga bancaria y jurídica como *due-on-sale clause*, que se ofrece con una doble vertiente:

- a) permite acelerar el vencimiento del préstamo y consiguiente ejecución de la garantía, si el inmueble objeto de ésta es cedido sin consentimiento del acreedor;
- b) impide, sin ese mismo consentimiento, volver a hipotecar el inmueble.

La primera manifestación puede explicarse perfectamente bajo la excusa del lado activo de la relación, dirigida a esencializar las condiciones de la persona del deudor como determinantes del mantenimiento del valor en garantía. Ello debido al desconocimiento que tiene el Derecho de los Estados Unidos de América de la acción de devastación; al hecho —relevante— de alcanzar la financiación hasta el 90-95 por 100 del valor del inmue-

ble y a lo dilatado del período de amortización (regularmente, treinta años, que en algún momento se intentó analizar su generalización a cincuenta). Teóricamente, en tan dilatado período de tiempo, la condición del inmueble puede deteriorarse si el titular posterior a quien solicitó el préstamo original resulta ser descuidado, abusivo, etc. Y digo que teóricamente porque la modalidad típica de préstamo con garantía hipotecaria es el que se otorga a la casa-habitación, en una realidad social en que el comprador y deudor (a la vez principal como hipotecario) cambia con enorme frecuencia de vivienda, en un ciclo ininterrumpido; cambio de vivienda que, también normalmente, significa asumir la deuda hipotecaria de la segunda (tercera, cuarta) casa que se compra; lo que en suma lleva a un muy adecuado mantenimiento del objeto de la garantía: mientras se vive, porque es la propia vivienda; si porque hay planes de adquirir otra nueva, porque el historial crediticio es fundamental para lograr «esa deuda mayor» que la nueva casa ya presupone, pues el cambio se realiza «hacia mejor».

Por consiguiente, en ese «mercado» *standard*, temer que el deudor hipotecario efectúe actos que desmerezcan el inmueble es, como mucho, una simple excusa. Muy rara vez una realidad.

Y este dato explica que la gran preocupación de los bancos cuando conceden el préstamo sea, única y exclusivamente, el historial de crédito del consumidor, debidamente informado por el *United Credit Boureau*, en que solamente consta el más simple retraso en cualquier débito, por una o más veces, con mora de treinta, sesenta o noventa días, posible quita y espera o suspensión de pagos, o concurso de acreedores y quiebra, y, muy destacadamente, nivel de ingresos y compromisos económicos regulares. Del carácter cuidadoso, irresponsable, etc., del cliente, los bancos no reciben información, no la solicitan ni, obviamente, les interesa absolutamente para nada.

Se da, incluso, el dato de que, en situaciones de penuria del deudor, los bancos suelen ser renuentes a provocar la ejecución; prefieren otorgar moratorias, modificar las condiciones del préstamo si ello es posible, etc., que provocar la ejecución del inmueble: regularmente ésta puede significar tener que quedarse el banco con el mismo a título de propietario, con los consabidos gastos que ello significa. Hay, también, otra razón para esta aparente renuencia: normalmente, la entidad financiera en que se origina el préstamo, cede de inmediato el título de garantía en el mercado secundario de hipotecas, limitándose a «administrar la hipoteca», es decir, a atender los pagos mensuales que realiza el deudor y remitirlos al cesionario, actividad por la cual dicha entidad percibe un porcentaje. Naturalmente, ese porcentaje podría perderse si se provoca la ejecución. Pero, lo que es más importante, si los bancos manifiestan demasiados fallidos, la calificación de la zona, región o Estado en que los mismos se producen, baja automáticamente.

te en la valoración de optimidad para inversión, reduciéndose o cerrándose la llave del dinero de ese mercado secundario. Solamente, pues, en épocas de crisis generalizada es que se incrementa la ejecución de hipotecas: estando todos en mala situación, nadie desmerece. Y sólo en estos casos es que, quizá, los bancos se vean obligados a retener por un tiempo los inmuebles ejecutados, ciertamente que con gran disgusto por función de exceso de gastos que ello supone en su administración y mantenimiento... gastos que irán a acumularse en el posterior precio de venta, una vez la crisis va atenuándose y superándose.

Hay, para más claridad de lo que digo, una famosísima *Decisión* del Tribunal Supremo de Puerto Rico (*Asociación de Condómines*, vid. *Naveira*, 1977, 106 DPR 88), en que el Alto Organismo concluyó que cuando un banco acreedor hipotecario solicita la adjudicación del inmueble por no tener postura (para entonces, luego de la primera, luego de la segunda, o luego de la tercera subasta), ese banco era *adquirente involuntario*, dado que su finalidad al solicitar la adjudicación era «salvar su inversión», pero sin interés ninguno en la propiedad del inmueble, dado que esa es la función de los bancos: ganar dinero.

Y tiene importancia este dato y aquella consideración: a los bancos no les interesa en lo más mínimo —y es explicable— el inmueble, sino su potencial conversión en dinero.

Consiguientemente, cualquier argumento dirigido a destacar o resaltar la importancia de la persona del deudor del préstamo y —repito, en este medio social— deudor hipotecario a la vez, no tiene ninguna base seria. Es, solamente, una simple excusa, que veremos de inmediato como se usó.

Ya el *bueno* del Presidente REAGAN, mano a mano con la entonces *Premier* de la Gran Bretaña, había decidido *desreglamentar*, suprimiendo el control del Gobierno Federal sobre múltiples instituciones. Una de las beneficiadas fue la de los *Federal Savings* (entre nosotros, Cajas de Ahorro), que, rápidamente, iniciaron una carrera de coyuntura, concediendo préstamos por sumas enormes y no muy seguras garantías. Como los *Federal Savings* había originado múltiples préstamos hipotecarios a una tasa de interés de 4-5-6 por 100 original, en un momento en que esas tasas se elevaron muy sensiblemente (12-15 por 100), se decidieron a usar a fondo de la *due-on-sale clause*, invocando la posibilidad de declarar el préstamo vencido si el propietario-deudor pretendía vender su casa a un tercero sin consentimiento del banco prestamista y acreedor original de la hipoteca, actual «administrador». Y para dar su consentimiento venían en exigir la cancelación del préstamo original y su sustitución por uno al tipo de interés corriente, o, más frecuentemente, que el comprador —asimismo inmediato deudor hipotecario por cesión del débito— aceptase el interés corriente. En otras palabras, que un capital prestado al 6 por 100 (y por el cual el banco

había pagado un 1 ó 2 por 100) reclamaba una rentabilidad del 10-12-14 por 100. El efecto desreglamentador, la avalancha de préstamos otorgados sin debidas garantías por el simple trámite de reconocer al inmueble un valor superior al real, lo está pagando hoy el pueblo norteamericano, al haber dejado dichos *Federal Savings* un pasivo (cubierto con la garantía del Estado Federal y pagado con el presupuesto, esto es mediante el impuesto que suelen cubrir los consumidores en muy buena proporción) que se calcula ahora en unos cuatrocientos mil millones de dólares (o cuatrocientos billones, como gustan contabilizar los norteamericanos).

Entonces adquirió enorme importancia la cualidad de la persona del deudor. Entonces resultó que la *due-on-sale clause* era de enorme importancia para los bancos (nunca hasta entonces invocada, regularmente, por ellos), y fue entonces que la accesoria de la hipoteca se vio reforzada para con la obligación principal, eso en un medio en que la hipoteca al portador es figura corriente (que en Puerto Rico tiene como paralelo a la hipoteca en garantía de título al portador, un simple *pagaré* instrumentado en documento privado).

La otra vertiente de la cláusula, prohibir al propietario que hipoteque nuevamente el inmueble sin consentimiento del acreedor, naturalmente se usó con igual fin que la exigencia de consentimiento para que el deudor propietario pudiera enajenar su vivienda. Quizá con la única diferencia de que, como, regularmente, el deudor hipotecario suele recurrir a la misma institución para constituir segunda hipoteca, dado que «el negocio se queda en casa», dar el consentimiento no parece haber creado mayores problemas. Vino luego el Congreso a facilitar el trámite al imponer la plena libertad del deudor hipotecario para sustituir al acreedor hipotecario (obviamente, previas las correspondientes cancelaciones del crédito).

Aunque los *Federal Savings* triunfaron totalmente ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos —quien se vio obligado a modificar algunos de los principios del *common law* para darles la razón (*Fidelity*, cit., fue el triunfo pírrico), la renuencia del consumidor, y la propia crisis de los años setenta y seis y siguientes, que redujeron sensiblemente el mercado de compra de vivienda, llevaron a los bancos a dejar de invocar la *due-on-sale clause*: era más onerosa que dejar hacer al consumidor.

Sin embargo, ahí está la cláusula; *Fidelity* sigue en vigor, y el Derecho federal es jerárquicamente superior al portorriqueño.

#### 4. DE NUEVO, A LA ECONOMIA

Que la hipoteca sea accesoria del crédito significa que el capital financiero sufre determinados inconvenientes, y el consumidor concretos costos,

para acelerar la circulación de ese capital con la consiguiente reducción de la tasa de beneficio. De otro lado, la hipoteca independiente de la obligación garantizada, se ha dicho, provoca el riesgo de convertir al suelo en medio de pago. Son, pues, circunstancias económicas, de estructura de la economía nacional, de necesidades de capital circulante, de facilidad o dificultad en la financiación, de la conveniencia en facilitar la circulación del capital, las razones que pueden aconsejar el grado de intensidad de la accesoria de aquel derecho de garantía.

En el mundo actual, de globalización (sin precisar muy bien qué sea ello, pero, en general, libertad al capital para ir donde le plazca y, también posiblemente, arrasar allí donde lo estime oportuno), los factores que tienden a desvincular la hipoteca de la obligación principal parecen preponderantes.

Personalmente, si una población de tres millones de habitantes (en que cerca del 60 por 100 subsiste mediante subvenciones del Estado Federal, tiene una deuda hipotecaria de 26.297.431.864,96 dólares, millón más o millón menos, deuda que se incrementa cada año) desea facilitar la independencia de la hipoteca, nada tengo que objetar. Sí es posible que cuando estudiemos los libros de geografía podamos afirmar que Puerto Rico no se encuentra entre el océano Atlántico y el mar Caribe, sino en Boston («su» mercado secundario por antonomasia).

Pero también estimo que, precisamente por tales consideraciones, puede y debe alentarse una independencia de la hipoteca, si bien en otro sentido que, no perjudicando al acreedor, mejore la situación del deudor, dándole un mínimo de la escasa libertad que se le concede en la actual estructura jurídica y en el presente mercado.

Que no ha de perjudicarse al acreedor no es sólo una razón de elemental justicia —quien invierte y arriesga tiene derecho a ser protegido... en su inversión, no en el riesgo, naturalmente—, sino de elemental conclusión política: nunca 26.297.431.864,96 dólares consentirán ni harán factible cualquier medida que les perjudique. Pero no tienen por qué oponerse a orientaciones que reduzcan levemente su posición de total preponderancia, cuando no de abuso, al tiempo que faciliten la condición del deudor, entre otras razones porque lo que puedan perder con una mano pueden ganarlo con la otra.

En efecto, en un mercado oligopolístico (con abundantes bancos, sí, pero todos funcionando como simples entidades de descuento, que obtienen el capital financiero de un mismo sitio, mismo sitio al que llevan sus créditos para cederlos), cualquier pretensión de conseguir préstamo *llega a la misma ventanilla*, el mercado secundario «titular» de esos 26.297.431.864,96 dólares. Lo único que puede cambiar es la ruta que lleva a aquella ventanilla. Y aquí sí puede el consumir encontrar alivio, mediante

un enfoque que independiza relativamente la hipoteca. Ciertamente, no se tratará, como cuestión, además, de *lege data*, de concebir una hipoteca desvinculada totalmente del crédito, realmente innecesaria en Puerto Rico, así como en los Estados Unidos de América del Norte, pero sí de una instrumentación que haga elástica dicha relación, en beneficio del consumidor y al menor costo posible.

## 5. UNA REFLEXION JURIDICA

¿Cómo puede el prestatario portorriqueño obtener crédito mediante el empleo del bien inmueble que es garantía del préstamo recibido para adquirirlo?

¿Cómo puede el portorriqueño, sujeto a las leyes y reglamentos del Estado federal y vinculado por la *due-on-sale clause*, dar cumplimiento a aquéllas, aceptar la validez de ésta y eludir tanto unos como otra sin incidir en fraude?

La reglamentación federal queda limitada, naturalmente, a autorizar la incorporación de la cláusula *due-on-sale* como pacto enteramente válido, lo que no excluye, es claro, que dicho pacto, en situaciones concretas, deba dejar paso a derechos determinados por la ley, en cuanto ésta integra y complementa lo convenido entre las partes. Cabe, incluso, suspender la aplicación inmediata de la cláusula, al menos en la órbita del Derecho portorriqueño, mediante la previa aplicación de lo previsto en el artículo 169 de la Ley Hipotecaria, es decir, que se proceda «para evitar o remediar el daño» si el deudor hipotecario pone en riesgo el valor en garantía del inmueble, de conformidad con el principio *favor debitoris*, sin tenerse que provocar el vencimiento del préstamo. Aparte, como las deudas pueden ser pagadas por cualquiera, salvo que el deudor se oponga expresamente a ello (art. 1.112 del Código Civil) nada impide el saldo del débito anterior mediante la obtención de uno diverso.

Regularmente, el trámite de venta de finca hipotecada, en el tráfico ordinario de casa-habitación, consiste en que el propietario vendedor cede el inmueble, asumiendo el comprador la deuda; pero también ocurre que el comprador tiene interés el que sea «su» banco quien financie, procediéndose entonces, a satisfacer el préstamo que en su día fue otorgado al ahora vendedor, constituyéndose hipoteca por el comprador y ahora deudor hipotecario frente a la institución prestataria («su» banco). Lo cual supone la consabida cadena de negocios jurídicos, los gastos pertinentes, que son sensibles.

Sin embargo, el artículo 1.165 del Código Civil, que trata de la novación de deuda sin consentimiento del acreedor, puede ofrecer una vía más

rápida, económica y que, en último extremo, en combinación con la hipoteca de máximo, puede significar una relativa independencia de la hipoteca misma.

Dispone el artículo 1.165 del Código Civil: «El deudor podrá hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, y expresando en la carta de pago la procedencia de la cantidad pagada».

La norma, como bien indica ESPÍN CÁNOVAS («Sobre el pago con subrogación», *RDP* 1942) tuvo un origen muy parecido al que instrumenta la cláusula *due-on-sale*, pero que no impide su aplicación por sentido contrario: Una Ordenanza de Enrique IV, de 1609, dispuso que un nuevo prestamista podía suceder al anterior si en el nuevo préstamo se pactaba expresamente tal subrogación. La razón económica tras la medida fue una sensible baja de intereses, que alentaba a los deudores a solicitar un préstamo a más bajo interés, para cancelar el anterior. La oposición de los acreedores originales determinó la disposición real.

Aparte de todo, la norma no es sino consecuencia directa de la «indiferencia» del acreedor hacia la persona del deudor —típico de las prestaciones fungibles— en tanto en cuanto su interés objetivo, el pago, quede perfectamente asegurado, como es el caso. Y la garantía de dicho pago mediante hipoteca, al hacer que aquel interés del acreedor quede exclusivamente referido al valor del inmueble en caso de venta, con mayor indiferencia aún hacia la persona de quien garantiza (que, recuérdese, en el tráfico típico portorriqueño es deudor principal y deudor hipotecario).

Ciertamente, el artículo 1.166 indica que, en tal caso de cesión y correspondiente subrogación ésta «transfiere al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas», esto es el fenómeno de eficacia que, en general para la cesión de créditos, determina el artículo 1.418 del Código Civil: «La venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, la hipoteca, prenda o privilegio».

Accesoriedad de la hipoteca que, paradójicamente, constituida en garantía de un título al portador, puede funcionar con independencia de éste —con directa dependencia de la suma asegurada, no obstante— facilitando la condición del deudor-deudor hipotecario, en un trámite muy simplificado, que recoge, además, la rutina del tráfico típico del mercado portorriqueño, sin infringir las normas federales, dando validez —al menos, no negándola— a la *due-on-sale clause*, pero dejando al deudor un campo de actuación independiente mucho más amplio.

El *pagaré* al portador en garantía del cual se constituye la hipoteca es objeto directo de tráfico mediante cesión, pignorable y fácilmente cedible

sin mayores exigencias de forma —la simple entrega—, de manera tal que la persona del acreedor es ignorada, no dejando constancia de la misma en el Registro de la Propiedad, en que solamente existe el dato del gravamen y de la suma que asegura, suma que, asimismo, puede ser una cantidad máxima (aunque no sea esta la situación regular en el tráfico hipotecario portorriqueño, si bien sí es dable en operaciones mercantiles que no responden a un criterio *standard*). Al deudor, siempre, le es dable consignar las sumas parciales abonadas, con consiguiente reducción del valor cubierto por la garantía (quizá, como hecho real, un tanto mítico, pues durante los primeros 14-16 años solamente se pagan interés del capital prestado) y correspondiente margen de crédito disponible.

Pero, lo importante desde el punto de vista del consumidor es la independencia que adquiere el crédito con respecto de la hipoteca, ya que aquél puede ser sistemáticamente sustituido en su singularidad y objeto de tráfico independiente. El deudor que solicita un préstamo a una entidad distinta de la que otorgó el original cubierto por el pagaré con garantía hipotecaria, lo recibe mediante documento público que consigna la razón precisamente del recibo, cuya carta de pago es la cesión del pagaré del acreedor anterior al nuevo.

Y el único gasto es el regular y constante de la escritura pública.

Esto es, el artículo 1.165 permite un uso del crédito con garantía hipotecaria que, si bien no es igual al que autoriza la cédula hipotecaria suiza, cumple paralelas funciones, facilita el tráfico sin el riesgo de convertir el suelo en medio de pago y, sobre todo, otorga un adecuado margen de libertad al consumidor ante una cláusula que el acreedor puede usar —pues es su única razón de ser actualmente— para abusar de su condición de sujeto activo.

Y con una ventaja adicional: no sería necesario abonar un nuevo seguro de títulos de cada cesión, por cuanto el crédito no varía en lo absoluto.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE  
 Doctor en Derecho



# ACTUALIDAD JURIDICA



## I. Información legislativa

### A) Tratados internacionales

1. *Código Europeo de la Seguridad Social*.—En el *BOE* del día 17 de marzo se publica el Instrumento de ratificación de este Código, hecho en Estrasburgo el 16 de abril de 1964.

Se regulan las prestaciones por enfermedad, desempleo, vejez, accidentes de trabajo, maternidad, invalidez y supervivencia, en 83 artículos, a cuyo texto remitimos, por su gran extensión.

2. *Acuerdo entre España y Nicaragua*—En el *BOE* del 25 de abril se publica el texto del Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre España y Nicaragua, hecho en Managua el 16 de marzo de 1994.

### B) Legislación nacional

Durante los dos meses anteriores se han promulgado en España las siguientes normas de rango legal:

- Ley Orgánica 1/1995, de 13 de marzo, del Estatuto de Autonomía de Ceuta (*BOE* 14 marzo).
- Ley Orgánica 2/1995, del Estatuto de Autonomía de Melilla (*BOE* 14 marzo).
- Ley Orgánica 3/1995, de 23 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (*BOE* 24 marzo).
- Ley 1/1995, de 13 de marzo, sobre participación del Reino de España en el décimo aumento de recursos de la Asociación Internacional de Fomento (*BOE* 15 marzo).
- Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (*BOE* 24 marzo).
- Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias (*BOE* 24 marzo).

- Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad (*BOE* 24 marzo).
- Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas (*BOE* 25 marzo).
- Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al consumo (*BOE* 25 marzo).
- Ley 10/1995, de 24 de abril, por la que se modifica la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (*BOE* 25 abril).
- Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (*BOE* 29 marzo).
- Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (*BOE* 11 abril).

### C) Normas autonómicas

*Aragón.*—Ley 29 de marzo de 1995, de modificación de la Compilación de Derecho Civil de Aragón en materia de sucesión intestada.

*Asturias.*—Ley 13 de marzo de 1995, de Régimen Jurídico de la Administración del Principado.

*Baleares.*—Ley 21 de marzo de 1995, de guarda y protección de los menores desamparados.

*Castilla y León.*—Ley 6 de abril de 1995, de Cámaras Agrarias.

*Cataluña.*—Ley 16 de marzo de 1995. Plan Territorial general de Cataluña.

Ley 23 de marzo de 1995, de iniciativa legislativa popular.

*Madrid.*—Ley 21 de marzo de 1995. Agencia para la tutela de adultos.

*Murcia.*—Ley 21 de marzo, de la infancia.

*Navarra.*—Ley Foral de 10 de marzo de 1995. Haciendas Locales.

— Ley Foral de 10 de marzo de 1995. Registro Fiscal de la Riqueza Territorial.

— Ley Foral de 4 de abril de 1995. Recurso Cameral de la Cámara de Comercio.

— Ley Foral de 4 de abril de 1995. Consejo Económico y Social de Navarra.

*La Rioja.*—Ley 8 de marzo de 1995. Régimen Jurídico de la Comunidad.

*Valencia.*—Ley 2 de marzo de 1995, modificando la Ley de Cooperativas de 1985.

## II. Información de actividades

1. *Ciclo sobre arrendamientos urbanos*.—Organizado por el Centro de Estudios Registrales de Castilla-La Mancha, ha tenido lugar en Albacete un ciclo de conferencias, desarrollándose las siguientes:

- «Referencia especial a los arrendamientos de viviendas y locales de negocios», por don FERNANDO PASTOR LÓPEZ, Letrado del Fondo de Garantía de Depósitos. Vocal permanente de la Comisión General de Codificación.
- «Régimen transitorio», por don JUAN VENTURA FUENTES LOJO, Magistrado jubilado del Tribunal Supremo y Abogado.
- «La reforma de la Legislación sobre arrendamientos urbanos: planteamiento particular», por don DIEGO L. LOZANO ROMERAL, Abogado del Estado y Secretario General Técnico del Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente.

Don ANTONIO PAU PEDRÓN, Registrador de la Propiedad y Mercantil.

2. *Mesas redondas sobre sociedades de responsabilidad limitada y fundaciones*.—Se han celebrado en Madrid, organizadas por la Facultad de Derecho del ICADE, en colaboración con el Colegio Notarial de Madrid, en los días 22 de febrero y 22 de marzo, con las ponencias siguientes:

- «El nuevo régimen de las Sociedades de Responsabilidad Limitada». Coordinador: Don ROBERTO BLANQUER ÜBEROS, Notario de Madrid.  
Ponentes: Doña M.<sup>a</sup> LUISA APARICIO GONZÁLEZ, Profesora Propia Agregada de Derecho Mercantil de la Universidad Pontificia de Comillas.  
Don JUAN BOLAS ALFONSO, Notario de Madrid.  
Don VÍCTOR M. GARRIDO DE PALMA, Notario de Madrid.  
Don ANGEL ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid.

- «Las fundaciones privadas ante la nueva Ley: Aspectos civiles y fiscales». Coordinador: Don JOSÉ FERRANDIS VILELLA, Profesor Propio Ordinario de la Universidad Pontificia de Comillas.  
Ponentes: Don JOSÉ LUIS ALVAREZ ALVAREZ, Notario de Madrid.  
Don LEOPOLDO GONZALO GONZÁLEZ, Profesor Propio Ordinario de la Universidad Pontificia de Comillas.  
Don JOSÉ M.<sup>a</sup> PRADA GONZÁLEZ, Notario de Madrid.  
Don JOAQUÍN RAMS ALBESA, Profesor Propio Ordinario de la Universidad Pontificia de Comillas.

3. *Jornadas sobre Derecho Agrario.*—Han sido organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba y han tenido lugar en dicha ciudad durante los días 27 al 31 de marzo estas Jornadas sobre problemas actuales de la Agricultura y el Derecho Agrario, en el salón de actos de la Caja Rural de Córdoba, que también ha colaborado.

El acto de apertura estuvo a cargo de don JOSÉ MANUEL GONZÁLEZ PORRAS, Catedrático de Derecho Civil y don ELOY ALMOGUERA MARTÍNEZ, Director General de la Caja Rural de Córdoba.

Y las conferencias desarrolladas fueron las siguientes:

- «La Propiedad Rural y la Ley de Reforma Agraria Andaluza», por don JOSÉ L. DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, Catedrático de Derecho Civil. Ex Magistrado del Tribunal Constitucional. Vocal de la Comisión General de Codificación.
- «Cuestiones de la agricultura periurbana», por don FRANCISCO CORRAL DUEÑAS, Registrador de la Propiedad.
- «Problemas jurídicos del agua en la agricultura», por don EMILIO PÉREZ PÉREZ, Profesor Asociado de Derecho Civil de la Universidad de Murcia. Ex Presidente de la Confederación Hidrográfica del Segura. Ex Director General de Recursos Hidráulicos de la Comunidad Autónoma de Murcia.
- «La hacienda agraria y sus nuevos bienes. Las cuotas de producción y los derechos de reimplantación de las viñas», por don ALBERTO GERMANÒ, Catedrático de Derecho Agrario Comparado. Consejero de Administración del Instituto de Derecho Agrario Internacional y Comparado de Florencia (Italia).
- «El ciclo, que se cierra, del Derecho agrario sucesorio español», por don AGUSTÍN LUNA SERRANO, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona. Vocal de la Comisión General de Codificación.
- «Acto de clausura», a cargo del Excmo. señor don LUIS PLANAS PUCHADES, Consejero de Presidencia de la Junta de Andalucía.

4. *Conferencias sobre la nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.*—Se han celebrado, con total éxito de asistencia, en el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, en Madrid durante los días 27, 28 y 29 de marzo. El ciclo se repetirá en Barcelona en el próximo mes de mayo.

Se han desarrollado las siguientes conferencias:

- «Fundación de la Sociedad Limitada. La Sociedad Unipersonal», por don HELIODORO SÁNCHEZ RUS, Registrador de la Propiedad y Mercantil.

- «Régimen de las participaciones sociales», por don LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, Registrador de la Propiedad y Mercantil.
- «Organos sociales», por don GUILLERMO HERRERO MORO, Registrador de la Propiedad y Mercantil.
- «Transformación, fusión y escisión de las Sociedades de Responsabilidad Limitada», por don JOAQUÍN LANZAS GALVACHE, Registrador de la Propiedad y Mercantil.
- «Disolución y liquidación», por don JOAQUÍN LANZAS GALVACHE, Registrador de la Propiedad y Mercantil.
- «Régimen transitorio. Adaptación a la nueva Ley», por don LUIS MANUEL SELVA SÁNCHEZ, Registrador de la Propiedad y Mercantil.
- «La nueva configuración del depósito de cuentas», por don ANTONIO PULIDO ALVAREZ. (En Barcelona, don ANSELMO CONSTANS, Socio Director de Auditoría). Don LUIS FERNÁNDEZ DEL POZO, Registrador de la Propiedad y Mercantil.
- Mesa Redonda: «La nueva Ley de Sociedades Limitadas, ¿el cierre de la reforma de la legislación mercantil española?». Participan, además de los ponentes anteriores, los siguientes: don ANGEL ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Catedrático de Derecho Mercantil. (En Barcelona, don JOAQUÍN BISBAL I MÉNDEZ, Catedrático de Derecho Mercantil). Don ANTONIO LUIS BAÑÓN, Abogado del Estado excedente y Socio Director de Coopers & Lybrand. Don VÍCTOR GARRIDO PALMA, Notario. (En Barcelona, don TOMÁS GIMÉNEZ DUART). Don MANUEL CASERO MEJÍAS, Registrador de la Propiedad y Mercantil. (En Barcelona, don FRANCISCO JAVIER GONZÁLEZ).

5. *Academia Matritense del Notariado*.—Ha continuado el ciclo de conferencias en homenaje a don FRANCISCO LUCAS FERNÁNDEZ, desarrollándose en los meses de marzo y abril, las siguientes:

- «El *animus donandi*», por don LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma.
- «Economía y Derecho», por el Excmo. señor don ALFREDO PASTOR BODMER, Secretario de Estado de Economía.
- «El derecho a obtener la inscripción», por don ROBERTO BLANQUER UBEROS, Notario.
- «El derecho de suscripción preferente en el caso de acciones de la sociedad conyugal o en casos de copropiedad, usufructo o sustitución fideicomisaria de acciones», por don MANUEL DE LA CÁMARA ALVAREZ, Notario.



# JURISPRUDENCIA



# I. Sentencias del Tribunal Constitucional

Por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

*Sentencia de 14 de febrero de 1995.*—TERCERIA DE DOMINIO DERECHO A LOS RECURSOS.—Sala 1.<sup>a</sup> —Ponente: Don Vicente Gimeno Sendra.—Voto particular.

*Antecedentes.*—Por Don Agustín A. H. y doña Isabel Ll. B. se interpone recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Los hechos en que se basa la demanda de amparo son, en síntesis, los siguientes:

A) Los actuales recurrentes en amparo suscribieron en fecha 30 de julio de 1981 contrato de compraventa de vivienda unifamiliar y parcela con la Entidad «Promociones San Llorens, S. A.», por el precio de 10.500.000 pesetas. En fecha 15 de julio de 1982, la citada entidad suscribió, respecto de la referida finca, contrato de préstamo hipotecario por importe de 6 000.000 pesetas. La Caja de Ahorros de Cataluña instó, en fecha 5 de noviembre de 1985, ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Barcelona, procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria con el número 1.206/85 contra la Entidad «Promociones San Llorens, S. A.», en relación del préstamo hipotecario, mas ignorando en todo momento la condición de titulares de la finca de los actuales recurrentes en amparo. El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Barcelona dictó Auto de adjudicación de la finca en favor de tercera persona en fecha 15 de septiembre de 1986.

B) En febrero de 1988, los recurrentes formulan querrela criminal contra la Entidad «Promociones San Llorens, S. A.», por los presuntos delitos de falsedad en documento público y estafa. La querrela fue admitida a trámite por el Juzgado de Instrucción número 3 de Tarrasa y se encuentra pendiente de resolución firme.

C) En fecha 12 de mayo de 1988 se presenta por los actuales recurrentes demanda de tercería de dominio contra la Entidad «Promociones San Llorens, S. A.», Caja de Ahorros de Cataluña y el adjudicatario de la finca al que antes se hizo referencia, que fue tramitado por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Tarrasa con el número de procedimiento 303/88, y en el que se ordenó la suspensión del procedimiento hipotecario en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Barcelona. El Juzgado de Primera Instancia número 3

de Tarrasa dictó Sentencia en los autos de tercería de dominio, en fecha 28 de febrero de 1989, por la que desestimó dicha demanda.

Recurrida en apelación la anterior Sentencia, la Audiencia Provincial de Barcelona confirmó la misma mediante Sentencia de 18 de julio de 1991, por la que, desestimando el recurso, confirmó la Sentencia de instancia.

Interpuesto recurso de casación, la Sala Primera del Tribunal Supremo dictó Auto de inadmisión del recurso en fecha 21 de enero de 1993. Dicho Auto se afirma notificado en fecha 22 de febrero de 1993.

Con base en los anteriores hechos, los demandantes de amparo suplican de este Tribunal se dicte Sentencia por la que, otorgando el amparo pedido, se declare la nulidad de las Sentencias dictadas, en fechas 28 de febrero de 1989 y 18 de junio de 1991, por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Tarrasa y la Audiencia Provincial de Barcelona, respectivamente, así como del Auto dictado por el Tribunal Supremo que inadmitió el recurso de casación formulado contra las anteriores resoluciones.

La demanda de amparo se dirige contra las dos Sentencias recaídas en el procedimiento de tercería de dominio, de instancia y de apelación, así como contra el Auto dictado por la Sala Primera del Tribunal Supremo que inadmitió el recurso de casación interpuesto contra las dos anteriores. Entienden los actores que se ha vulnerado el derecho fundamental a obtener tutela judicial efectiva sin indefensión que consagra el artículo 24.1 CE desde diferentes perspectivas. Así, en primer término, a las Sentencias recaídas en la tercería, tanto en instancia como en apelación, admitiendo y reconociendo que la demanda debió en su día inadmitirse por la causa prevista en el artículo 1.533 LEC, ésta se admitió, y se tramitó todo el proceso, para luego no entrar a examinar la cuestión de fondo discutida y desestimar la demanda por causa de este mismo motivo de inadmisión. También, porque se han impuesto las costas procesales a los actuales recurrentes en amparo cuando, a su juicio, el error inicial fue cometido por el propio Juzgado al admitir a trámite la demanda y luego desestimarla, por lo que no debió imputarse a los mismos tal error mediante la imposición repetida de las costas procesales.

Por otro lado, la lesión constitucional se imputa al Auto de inadmisión dictado por el Tribunal Supremo. Y ello, por diferentes motivos: primero, porque dicha resolución inadmite el recurso aplicando la causa prevista en el artículo 1.710.1.3.ª, inciso primero, de la LEC, tras la reforma operada por Ley 10/1992, de 30 de abril, aplicable, según el Tribunal Supremo, en virtud de la Disposición transitoria segunda de dicha Ley, esto es, se aplica como causa de inadmisión del recurso la carencia manifiesta de fundamento de éste por no combatirse ni discutirse en el mismo la norma aplicada en la Sentencia, que era el artículo 1.533 LEC. Con ello, continúan los actores, la resolución es contradictoria y carece de base razonable, porque los recurrentes en amparo no han entendido nunca infringido tal precepto, sino, por el contrario, bien planteada la demanda. Por el contrario, el Tribunal Supremo, en lugar de decretar la nulidad de lo actuado, si entendía que tal precepto fue infringido y no debió admitirse a trámite la demanda, y, sin dar posibilidad a la parte de subsanar este defecto, inadmite nuevamente de plano el recurso sin que la parte pueda alegar o discutir lo que desde el inicio no fue sino error del juzgador, en el supuesto de que la aplicación de tal precepto (art. 1.533.2.º LEC) fuese correcto. Pero, además, esta causa de inadmisión del recurso aparece, recogida en una Ley posterior al momento de presentación del recurso, y, finalmente, la aplicación de la nueva causa de inadmisión se verifica sin dar

siquiera la oportunidad a la parte de hacer alegaciones al respecto (posibilidad legalmente prevista en tal precepto), poniendo de manifiesto la causa de inadmisión de carácter previo a su aplicación, conforme previene el propio artículo 1.710 LEC, tras la reforma. Finalmente, se imponen también las costas procesales de la casación, que son improcedentes por las mismas razones que en la instancia y apelación.

*Fallo.*—El Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo interpuesto, basándose para ello en los siguientes

*Fundamentos jurídicos.*—1. El presente recurso de amparo tiene por objeto las dos Sentencias recaídas en el procedimiento de tercería de dominio de que trae causa, dictadas en la instancia por el Juzgado número 3 de Tarrasa, y en apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona, respectivamente, así como el Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo que inadmitió el recurso de casación interpuesto contra las dos anteriores Sentencias. A dichas resoluciones judiciales reprochan los actores la vulneración del derecho a obtener tutela judicial efectiva sin indefensión que consagra el artículo 24.1 CE, si bien desde diferentes perspectivas, que requieren, por tanto, un análisis diferenciado.

2. En relación con las Sentencias que deciden el proceso de tercería, entienden los recurrentes que la vulneración constitucional dimana del hecho de que, admitiendo y reconociendo ambas decisiones judiciales que la demanda inicial debió en su día —esto es, al inicio del proceso— inadmitirse por la causa prevista en el artículo 1.533 LEC, aquella se admitió, no obstante, tramitándose todo el proceso, para luego no entrar finalmente a examinar la cuestión de fondo discutida y desestimar la demanda por causa de ese mismo motivo de inadmisión. También se reprocha a ambas decisiones (e, incluso, a la recaída en casación) la indebida imposición de costas procesales, cuando el error inicial fue cometido por el propio Juzgado al admitir a trámite la demanda y luego desestimarla, por lo que no debe imputarse a los actuales recurrentes mediante la condena al abono de las mencionadas costas procesales. Pero, respecto de esta primera queja —en su doble motivación— la demanda de amparo carece de relevancia constitucional y debe ser desestimada.

En primer lugar, ninguna vulneración del contenido esencial del derecho a obtener tutela judicial efectiva se produce, obviamente, por el hecho de que se desestime en Sentencia una determinada pretensión en aplicación de una causa de inadmisión legalmente prevista. Conforme este Tribunal viene reiteradamente declarando, tal derecho fundamental comprende la obtención de una respuesta judicial motivada, pero en absoluto impide que esta decisión razonada se fundamente en una de las causas legales de inadmisión ni, por supuesto, que lo sea acogiendo alguna de las que determinan la improcedencia de entrar en el conocimiento y resolución de la cuestión de fondo planteada. De cualquier forma, vista la insistencia de los demandantes sobre este extremo, ha de aclararse en relación con el mismo que, en este supuesto concreto, no se ha producido una resolución que no se pronuncie sobre la acción ejercitada y deje imprejuizada la misma. Tanto la Sentencia de instancia, como exhaustivamente la de apelación, explican a los actuales recurrentes que resulta de aplicación en este caso la causa de inadmisión de la demanda de tercería —no aplicada en su día— prevista en el artículo 1.533.2.º LEC, y consistente en la presentación de la demanda con posterioridad a la adjudicación de los bienes correspondientes. Pero, también razonan ambas decisiones pormenori-

zadamente, que ello no significa que los órganos judiciales hayan acogido alguna excepción procesal dilatoria en la Sentencia, o que no hayan resuelto en el fondo la controversia. Se señala, en tal sentido, en ambas resoluciones que sí se ha resuelto el fondo de la cuestión planteada (fundamento jurídico 1.º de la Sentencia de instancia y fundamento jurídico 3.º de la Sentencia de apelación) por «... referirse dicho tema a las condiciones de la acción misma y no a excepción dilatoria alguna...»; de manera que, como se afirma en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, no se deja imprejuzgada la acción, pues la propia causa de inadmisión aplicada impediría la reproducción de su ejercicio; sin perjuicio todo ello de la ulterior vía de reclamación que cabe a los actores ejercitar y que el mismo artículo 1.533 LEC establece al señalar «... quedando a salvo el derecho del tercero para deducirlo contra quién y como corresponda...». En definitiva, pues, nos encontramos ante resoluciones —en forma de Sentencia— que desestiman la demanda acogiendo y aplicando razonadamente la causa prevista en el artículo 1.533 LEC, frente a las cuales muestran los actuales recurrentes en amparo su simple disconformidad y, en tal medida, su pretensión carece de relevancia en esta sede.

3. Similar razonamiento cabe efectuar respecto de la lesión que del mismo derecho fundamental se afirma producida por la imposición de costas procesales. Porque, por un lado y ante todo, este Tribunal viene declarando, también reiteradamente, que «... no puede ni debe entrar a examinar la corrección o incorrección de la decisión adoptada sobre la imposición de costas.. pues ... ninguno de los dos sistemas en que se estructura su imposición en nuestro ordenamiento jurídico procesal, esto es, el objetivo del vencimiento o el subjetivo de la temeridad, afectan a la tutela judicial efectiva, ya que la decisión sobre su imposición pertenece, en general, al campo de la mera legalidad ordinaria y corresponde en exclusiva a los Tribunales ordinarios en el ejercicio de su función.. » (SSTC 134/1990 y 190/1993, entre otras). En aplicación de la anterior doctrina, y visto que las decisiones judiciales ahora impugnadas motivan y razonan jurídicamente su pronunciamiento relativo a la imposición de costas procesales, ningún reproche cabe hacer a las mismas, a la luz de las exigencias derivadas del artículo 24 1 CE. Pero, además, de forma análoga a lo ya señalado respecto de la decisión sobre el fondo de la cuestión planteada, se ha de añadir a lo anterior que el planteamiento de los recurrentes tergiversa y confunde, en cierta medida, el verdadero sentido de los pronunciamientos judiciales, porque no se trata aquí —conforme mantienen los actores— de que, acogida una excepción en Sentencia, que debió aplicarse al inicio del proceso, las costas se le impongan a la parte sin razonar su temeridad (único criterio que, a su juicio, cabe considerar, dado aquel «error judicial») sino de que, como ya se ha señalado, se ha desestimado la demanda inicial y, siguiendo el criterio objetivo del vencimiento (que no el subjetivo de la temeridad), se imponen al vencido las costas procesales, porque lo que no se aprecia son circunstancias excepcionales que conlleven la modificación de la regla general. Finalmente, sucede lo mismo en el recurso de casación; esto es, la inadmisión del recurso implica la condena en costas mediante la simple aplicación de la previsión legal que al respecto se contiene en el artículo 1.710.1.º LEC.

4. Ahora bien, la pretensión de amparo de los demandantes no se agota en este caso con el planteamiento de las anteriores cuestiones, sino que se dirige también —conforme se indicó inicialmente— contra el Auto del Tribunal Supremo que inadmitió a trámite el recurso de casación formulado contra las anteriores Sentencias, al que se reprocha la lesión de ese mismo derecho

fundamental (art. 24.1 CE), pero ahora en su vertiente concreta de acceso a los recursos legalmente previstos que, a su vez, se entiende lesionado por tres causas distintas: primero, por la aplicación de una causa de inadmisión recogida en Ley posterior a la fecha de interposición del recurso (concretamente, la causa prevista en el artículo 1.710.1.3.º, inciso primero, de la LEC, tras reforma operada por Ley 10/1992, de 30 de abril, a tenor de lo dispuesto en la Disposición transitoria segunda de dicha Ley); en segundo término, por la misma naturaleza de la causa de inadmisión aplicada, consistente en la decisión mediante Auto de la inadmisión del recurso por carencia de fundamento, sin que se justifique adecuadamente tal carencia, lo que significa según los actores, una nueva negativa a entrar a resolver sobre el fondo de lo planteado y, finalmente, por la falta de audiencia previa a la parte prevista en el mismo precepto procesal aplicado (art. 1.710.1.3.º LEC), antes de decidir la inadmisión del repetido recurso extraordinario.

Pues bien, ante todo ha de darse la razón al Ministerio Fiscal en el sentido de que la lectura del Auto dictado por la Sala Primera del Tribunal Supremo permite constatar que el recurso no fue inadmitido sólo por la causa que es objeto de especial atención de los recurrentes, sino también por «... faltar a las más elementales exigencias de claridad y precisión que se derivan del artículo 1.707 de la LEC cuyo incumplimiento ha sido explícitamente elevado al rango de causa de inadmisión por la Ley 10/1992, pero que ya con anterioridad tenía la misma consideración en la jurisprudencia de esta Sala...» (fundamento jurídico 2.º, Auto del Tribunal Supremo, de 21 de enero de 1993); pero, además y con independencia de ello, la otra causa de inadmisión aplicada, esto es, la carencia de fundamento, tampoco ha implicado lesión alguna del derecho fundamental que se invoca desde ninguna de las perspectivas apuntadas, conforme se expondrá a continuación.

5. Así, en el primero de los aspectos indicados, relativo a la aplicación inadecuada desde la perspectiva temporal, de la causa de inadmisión, por no encontrarse la misma prevista en la Ley procesal vigente en el momento de la presentación del recurso, esta cuestión ha sido ya resuelta por este Tribunal en su STC 374/1993, por lo que hemos de remitirnos ahora simplemente a lo declarado en la misma. Se razona, esencialmente, en la mencionada resolución acerca de la ausencia de lesión constitucional del artículo 24 1 CE, cuando el Tribunal Supremo, interpretando la Disposición transitoria segunda de la Ley 30/1992, equipara los términos «interposición» del recurso con «formalización» del mismo, aunque su «preparación» se efectuara en momento anterior al de la entrada en vigor de la nueva Ley. El anterior razonamiento, aunque realizado en aquella ocasión con una causa de inadmisión diferente (escasa cuantía del recurso), es perfectamente trasladable al supuesto actual en lo referente a la cuestión de Derecho transitorio que ahora nuevamente se plantea en este ámbito constitucional.

6. Desde la segunda perspectiva que se cuestiona el Auto de inadmisión del Tribunal Supremo, tampoco adquiere relevancia la queja, porque también en este sentido se han cumplido las exigencias, derivadas del derecho fundamental a obtener tutela judicial. Así se ha afirmado en la reciente STC 37/1995 (Pleno), que resuelve cuestión análoga en el recurso de amparo número 3.072/1992. En los fundamentos jurídicos de dicha resolución se expone, en esencia, que si bien es cierto que el derecho a la utilización de los recursos pasa a formar parte del contenido de la tutela judicial, como también lo es que requiere la obtención de un pronunciamiento o respuesta judicial, y que ésta

generalmente y en principio debe recaer sobre el fondo de la cuestión planteada, también puede consistir (y máxime en el supuesto de un recurso extraordinario de casación en el orden civil) en la apreciación motivada de las causas de inadmisión legalmente previstas que impidan ese conocimiento sobre el fondo, y que a este tipo pertenece, sin duda, la causa de inadmisibilidad consistente en que «el recurso carezca manifiestamente de fundamento» (art. 1.710.1.3.º LEC) introducida por la Ley 10/1992, en su contenido abstracto, cuya determinación es tarea privativa del Juez ordinario. Por lo que, como también se afirma en la mencionada Sentencia, no puede decirse que no hubo respuesta judicial, sino que ésta consistió en el Auto motivado que aplicó la causa de inadmisión legalmente prevista; la cual, consistiendo en un enjuiciamiento inicial somero —que no apresurado o superficial— cumple con la exigencia constitucional que deriva del artículo 24.1 CE.

7. Finalmente, también se ha pronunciado este Tribunal en la Sentencia del referido recurso de amparo avocado al Pleno, respecto de la falta de audiencia previa de la parte que como último motivo de vulneración constitucional se aduce por los recurrentes. Apartándose, en relación con tal, cuestión, del criterio mantenido en la STC 212/1994, el Pleno del Tribunal ha señalado en la Sentencia que resuelve el r.a 3.072/92, que la omisión del referido trámite de audiencia (que en aquel caso, como en el presente, se desprende tácitamente del curso de las actuaciones) no implica sino simplemente una determinada interpretación judicial del precepto que puede razonablemente inducirse del mismo y que consiste en entender que de las dos causas de inadmisibilidad del recurso, recogidas en tal precepto, sólo respecto de la segunda —consistente en haberse desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales— pero no en relación con la primera —carencia manifiesta de fundamento— ha previsto el Legislador la exigencia de previa audiencia de la parte. Interpretación que, además de poder encontrar apoyo sintáctico en el precepto, por el empleo del singular, para referirse al caso en que es exigible la repetida audiencia inmediatamente después de la mención al segundo de ellos (existencia de precedentes), lo encuentra también en el hecho de que así como la «carencia manifiesta de fundamento» puede apreciarse directamente y sin más por el contenido del escrito de interposición del recurso, en cambio, la existencia de precedentes desestimatorios merece ser puesta de manifiesto al recurrente, que puede desconocer la jurisprudencia sobre la cuestión; concluyendo en la repetida Sentencia que el demandante tuvo ocasión, por tanto, de exponer los fundamentos del recurso de casación en el momento de interponerlo, acto procesal a través del cual ha de dispensar la carga de concentrar en él la totalidad de las alegaciones, y que el Auto donde se rechazó la admisión no fue dictado sin oírle, *inaudita parte*, por lo que no hubo indefensión material ni, por ende, vulneración del derecho fundamental invocado. La semejanza de supuestos conlleva a la necesaria reiteración, en este supuesto de lo expuesto en aquella resolución, de forma que también se ha de concluir la inexistencia de lesión constitucional respecto de este último motivo del amparo.

*Voto particular disidente que formula el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, respecto de la Sentencia recaída en el recurso de amparo número 810/1993*

Lamento disentir de la Sentencia aprobada por la mayoría, bien que limitada mi discrepancia al contenido de los fundamentos jurídicos números 6.º y

7.º de aquélla, es decir, en cuanto resuelve la queja de los recurrentes por denegación de tutela judicial relativa a la aplicación por el Tribunal Supremo al artículo 1.710.1.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta discrepancia fue ya expresada y razonada en mi otro voto particular recaído respecto de la STC 37/1995, que cita la mayoría, que resolvió un asunto igual al presente.

Reitero, pues, en aras de la concisión siempre deseable, lo que allí mantuve para llegar a la conclusión de que el recurso, como el de ahora, debió admitirse, dado que la aplicación del citado precepto procesal produjo el efecto inconstitucional de vulnerar el derecho de acceso a la casación, al no darse al recurrente la audiencia a la que alude dicho artículo 1.710 LEC, con el fin de que dicha parte pudiera alegar en pro de la existencia —no carencia— de fundamento del motivo o motivos del recurso de casación interpuesto.

Madrid, 14 de febrero de 1995.—*Carlos de la Vega Benayas*.—Firmado y rubricado.



## II. Resoluciones de la Dirección General

POR SALVADOR MÍNGUEZ SANZ,  
EUGENIO RODRÍGUEZ CEPEDA  
y M.<sup>a</sup> EMILIA ADÁN GARCÍA

*PUEDE ESTABLECERSE EN LOS ESTATUTOS SOCIALES UN DERECHO DE RETRACTO A FAVOR DE LOS SOCIOS PARA EL CASO DE EJECUCION FORZOSA DE LAS ACCIONES, POR EL MISMO PRECIO, PACTOS Y CONDICIONES EN QUE LAS HAYA ADQUIRIDO EL ADJUDICATORIO, EN LUGAR DEL PRECIO QUE RESULTE CONFORME AL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN EL ARTICULO 64.1, PARRAFO 2.º LSA.  
DEBE SEÑALARSE EN LOS ESTATUTOS NO SOLO LA POSIBILIDAD MISMA DE LA RETRIBUCION, SINO TAMBIEN EL CONCRETO SISTEMA RETRIBUTIVO. (RESOLUCIÓN DE 23 DE FEBRERO DE 1993, BOE de 24 de marzo.)*

*Hechos.* I. El día 14 de agosto de 1991, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de San Sebastián don José María Segura Zurbano, «Bodegas Olarra, Sociedad Anónima», modifica la redacción de los Estatutos sociales para adaptarlos a la nueva Ley de Sociedades Anónimas, aprobada en la sesión de la Junta general ordinaria y extraordinaria de accionistas, celebrada el día 27 de junio de 1991. En dichos Estatutos se establece: Artículo 9.— Transmisión de acciones.—Las acciones de la sociedad, así como los derechos de suscripción en ampliaciones de capital serán transmisibles por cualquiera de los medios hábiles en Derecho, pero siempre con sujeción a las limitaciones siguientes: 1.º Serán libres las transmisiones que se operen por causa de muerte; 2.º También serán libres las que se efectúen *inter vivos* entre los accionistas y sus cónyuges o descendientes, así como entre sociedades matrices y filiales, controlantes y controladas y viceversa, y las que se originen en virtud de fusión, absorción, incorporación o liquidación de cualquier compañía accionista; 3.º En los demás casos las transmisiones de acciones de la compañía, así como de los derechos de suscripción por actos *inter vivos*, vendrán sujetas a la Reglamentación siguiente: ... f) En caso de embargo o gravamen de las acciones de la sociedad, sin perjuicio de los preceptos legales

imperativamente establecidos en el procedimiento de que se trate, los accionistas tendrán derecho de retracto para adquirirlas por el mismo precio, pactos y condiciones que las haya adquirido el adjudicatario, quien pondrá en conocimiento de la administración de la sociedad su adquisición dentro de los treinta días siguientes para que los accionistas puedan ejercitar su derecho. Los plazos tanto para notificaciones como para el retracto serán los mismos que los antes fijados para proyectadas transmisiones voluntarias. Artículo 12.—Administración.—... El cargo de administrador será retribuido con las cantidades que establezca la Junta general.

II. Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de La Rioja, fue calificada con la siguiente nota: «Registro Mercantil de la provincia de La Rioja.—Presentado el documento que precede en este Registro, se ha inscrito parcialmente, a instancia del presentante, en el tomo 257 GENERAL folio 31, hoja número LO-805, inscripción 31. Se suspende la inscripción del apartado f) del artículo 9.º de los Estatutos al vulnerar lo dispuesto por el artículo 64 de la Ley de Sociedades Anónimas. El procedimiento elegido por la Ley para determinar en este caso el valor de las acciones es el de dictamen de auditor de cuentas, sea el de la sociedad, sea el nombrado por el Registro Mercantil, y ello debe entenderse así cuando el artículo 64.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, sin excepción alguna dice: «El mismo régimen se aplicará cuando la adquisición de las acciones se haya producido como consecuencia de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución», refiriéndose a lo dispuesto en el número 1 del mismo artículo, donde se establece el régimen antes citado. Se suspende asimismo la inscripción del artículo 12, párrafo tres, sobre retribución por la indeterminación que se deriva de su redacción, contraria al carácter que los Estatutos tiene de norma reguladora de la vida societaria, reconocido por los artículos 9.h) y 130 de la Ley de Sociedades Anónimas y 124 del Reglamento del Registro Mercantil. Contra esta nota pueden los interesados interponer recurso gubernativo en el plazo de dos meses desde su fecha.—Logroño, 18 de noviembre de 1991.—Firma ilegible.—El Registrador, Carlos Pindado López »

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso de reforma contra la anterior calificación y alegó: Que si el apartado f) del artículo 9.º de los Estatutos sociales vulnera lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley de Sociedades Anónimas, la inscripción no se debe «suspender», sino «denegar». Que se intenta aplicar sin distinción alguna lo establecido para las transmisiones *mortis causa* a las que son consecuencia de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución, lo cual es contrario a los principios de Derecho, ignorándose que no se puede aplicar la misma norma a casos diferentes sin adaptarla a las diferencias de hecho. Que tampoco se entiende cómo se puede suspender y no denegar la inscripción del párrafo 3.º del artículo 12 de los Estatutos. En este caso, el criterio del calificador no está solamente apartado del mandato legal, sino también de la realidad social: a) Que la Ley de Sociedades Anónimas establece en su artículo 130 una norma sobre retribución de los administradores exactamente igual a la contenida en la Ley antigua en su artículo 74, pero añade algo contenido en el artículo 9.º, letra h), de la Ley de 25 de julio de 1989, que en los Estatutos sociales se fije el sistema de retribución de los administradores. Y se insiste en lo que dice la Ley citada y el texto refundido de 27 de diciembre de 1989: «sistema de retribución, si la tuviera ...»; b) En la legislación vigente se aclara que el cargo de administrador será retribuido si así lo determinan los Estatutos sociales y que éstos deben fijar el

sistema de retribución, añadiendo diversas resoluciones que tal sistema puede ser combinado, pero que su determinación no puede dejarse a la Junta general (Resoluciones de 18 y 20 de febrero y 20 y 25 de marzo de 1991); c) Que en el caso que se estudia está claro que el cargo de administrador es retribuido y que el sistema de su retribución es la cantidad o cantidades concretas que establezca la Junta general. Que, sin embargo, el Registrador calificador no admite lo pactado por los socios, basado en la «indeterminación que se deriva de su redacción», y parece considerar que es necesario expresar en los Estatutos la cantidad exacta con la que mande ser retribuidos los administradores.

IV. El Registrador acordó mantener la calificación en todos sus extremos y modificar el término «suspensión» por el de «denegación» e informó: 1.º Que en cuanto a la inscripción del derecho de retracto del artículo 9.f) de los Estatutos, se ha defendido la aplicación del artículo 64 de la Ley de Sociedades Anónimas por entender que es el significado del último párrafo de dicho precepto, interpretado con arreglo al artículo 3 del Código Civil. Que se considera injusto permitir que se establezca un sistema por el que los socios podrían, por ejemplo, adquirir acciones por precios inferiores a su valor real, beneficiándose de una situación en la que no han intervenido. Que, a estos efectos, las Resoluciones de 27 de abril y 6 de junio de 1990 vinieron a sentar unos criterios cuya importancia estriba en ser los mantenidos por el legislador en el artículo que se comenta. Que de seguirse el criterio del artículo 9.f) de los Estatutos, los socios podrían verse en unos casos beneficiados económicamente al adquirir acciones por valor inferior real, o perjudicados cuando la subasta haya sido instada para evitar precisamente estos derechos de tanteo y retracto, por lo que no cabe inscripción. 2.º Que tampoco cabe inscribir la cláusula del párrafo tercero del artículo 12 de los Estatutos, ya que vulnera las exigencias de determinación derivadas de los artículos 9.h) y 130 de la Ley de Sociedades Anónimas y 124 del Reglamento del Registro Mercantil, habiendo sido sentado el criterio interpretativo de las citadas normas las Resoluciones de 26 de abril de 1990 y 20 de febrero y 4 de octubre de 1991. Que la escueta redacción de la cláusula denegada deja al arbitrio de la Junta, primero, la decisión de la retribución, lo que es contrario a la necesidad de fijación de los Estatutos, y, en segundo lugar, el sistema, ya que la Junta podrá, dada la concisión de la cláusula, retribuir cada año en un concepto distinto: sueldo, participación en beneficios, etc.

V. El Notario recurrente interpuso recurso de alzada contra el anterior acuerdo, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: 1.º Que en relación con la redacción del artículo 9.º, letra f), de los Estatutos sociales, no se comprende cómo se puede establecer que los socios no pueden adquirir las acciones objeto de un procedimiento ejecutivo por el mismo precio que pagó el adquirente, obligándolos a su valoración, con el coste correspondiente, por un auditor de cuentas. Debería bastar, como argumento analógico, lo establecido en el artículo 1.535 del Código Civil, unido al más sencillo sentido común, para entender que la remisión del párrafo segundo del artículo 64 de la Ley de Sociedades Anónimas, al régimen establecido en el párrafo primero del mismo precepto, lo es a la necesidad de precisión en los Estatutos sociales para que se dé el derecho de adquisición preferente, y a la necesidad de que se presente un adquirente de las acciones por su «valor real». Pero en el supuesto que se contempla del párrafo 2 del citado artículo 64, ya existe un valor de mercado fijado en una subasta judicial. Que en una economía de mercado, establecida por la Constitución española, el valor real es, en primer lugar, el

establecido por las partes, máxime cuando ha existido una subasta ante el Juez, a la que hay que suponer todas las garantías de que el mercado ha funcionado sólo cuando no ha habido mercado, como en el caso de la herencia, es cuando deberá intervenir un experto, que determina su valor. 2.º Que en relación con la redacción del artículo 12, párrafo 3.º, de los Estatutos hay que volver a citar las Resoluciones de 18 y 20 de febrero y 20 y 25 de marzo de 1991.

*Fundamentos de derecho.*—Vistos los artículos 1.255 del Código Civil; 9, 10, 64 y 130 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 22 de diciembre de 1989.

1. La primera de las cuestiones que se debate en el presente recurso es la de decidir si establecido por los Estatutos sociales un derecho de retracto en favor de los socios para el caso de ejecución forzosa de las acciones de uno de ellos como consecuencia de su embargo o gravamen puede acordarse además que tal adquisición preferente se efectuará «por el mismo precio, pactos y condiciones» en que los haya adquirido el adjudicatario, o si por el contrario, el precio para tal adquisición ha de ser necesariamente el que resulte conforme al procedimiento previsto en el artículo 64.1.º, párrafo 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas.

2. No cabe rechazar en principio la previsión estatutaria en la escritura calificada de prevalencia del precio de remate —a falta de acuerdo entre las partes— en el caso de ejercicio de ese derecho de adquisición preferente de acciones enajenadas en ejecución judicial o administrativa, ya que la previsión legal de aplicación a las enajenaciones forzosas del mismo régimen previsto en el artículo 64.1.º de la Ley de Sociedades Anónimas para los supuestos de transmisión *mortis causa* ha de entenderse en armonía con la diversidad sustancial existente entre ambas hipótesis y teniendo en cuenta que el precio del remate obtenido en los procedimientos judiciales o administrativos de ejecución es un fiel indicador del verdadero valor de los bienes enajenados debido a la objetividad e imparcialidad de los medios de tasación, así como a la publicidad y el carácter abierto de los cauces en que se desenvuelven estas enajenaciones.

3. Por todo lo expuesto ha de concluirse que la previsión contenida en el artículo 64.1.º, párrafo 2.º, de la Ley de Sociedades Anónimas se concreta únicamente en la proclamación del derecho de adquisición preferente, no sólo en las transmisiones *mortis causa*, sino también en los casos de transmisión de acciones a consecuencia de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución; pero que en lo referente al precio para su ejercicio, en modo alguno puede excluirse la previsión estatutaria que señala como tal el importe del remate. Esta interpretación resulta además plenamente respetuosa con la seriedad que debe rodear a las enajenaciones forzosas; con la propia naturaleza del derecho de adquisición preferente en cuanto derecho a subrogarse en el lugar del comprador; con el principio de responsabilidad patrimonial universal en cuanto garantiza al acreedor la realización del íntegro valor en cambio de las acciones a ejecutar, con independencia del valor potencial de las mismas; por último, proporciona una solución equilibrada entre los intereses del accionista ejecutado y el de sus socios, pues a la vez que garantiza al primero —tal como se ha indicado— el no perjuicio patrimonial, pone a los segundos al abrigo de pretensiones arbitrarias y les impide

colocarse en una posición ventajosa a la hora de la subasta frente a los demás postores.

4. Finalmente, es de observar que la cuestión planteada en este recurso no es la de determinar si el socio ejecutado o rematante —contra la previsión estatutaria específica— pueden exigir que prevalezca el precio de remate y no el valor real de las acciones obtenido conforme al procedimiento previsto en el artículo 64.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, sino la de decidir si este precepto legal cierra o no a los Estatutos la opción por el precio de remate en caso de enajenación forzosa de acciones; y en este sentido no cabe desconocer que el derecho de adquisición preferente en estos supuestos sólo se dará cuando los mismos Estatutos así lo hayan establecido y que si el único derecho que se trata de proteger es el de los accionistas, no existe obstáculo para que puedan regular a su arbitrio su desenvolvimiento, máxime cuando la previsión adoptada se limita a respetar el precio resultante de un procedimiento judicial o administrativo (véase arts. 1.255 CC y 10 LSA).

5. Respecto al segundo de los defectos recurridos que suspende la inscripción de la cláusula estatutaria en la que se establece que «el cargo de administrador será retribuido con las cantidades que establezca la Junta general», procede su confirmación.

Como ha señalado reiteradamente esta Dirección General, la compaginación del legítimo interés de los socios y las expectativas económicas de los propios administradores impone la necesaria previsión estatutaria tanto de la posibilidad misma de retribución de éstos como, en su caso, del concreto sistema retributivo que se prevea —sea éste simple o combinado—, a fin de que los accionistas puedan formarse una idea precisa de la significación de los derechos económicos de los administradores y de su repercusión a la hora de la fijación de los beneficios sociales distribuibles. Ello determina la eliminación de todas aquellas previsiones estatutarias, como la ahora debatida, en las que claramente se elude aquella exigencia, pues en definitiva se remite a la propia Junta toda decisión, tanto sobre la efectiva existencia de retribución como sobre su modalidad (esta cantidad lo mismo puede fijarse como un porcentaje de los beneficios habidos, que de modo alzado o a través de un tanto por asistencia, etc.) y alcance económico, difuminándose así la definición estatutaria de los derechos del socio, que la Ley presupone (vid. arts. 9 y 130 LSA).

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso interpuesto y confirmar el 2.º defecto.

Madrid, 23 de febrero de 1993.—El Director general, *Antonio Pau Pedrón*.

Sr. Registrador Mercantil de La Rioja.

(BOE de 24 de enero)

#### COMENTARIO

Como vemos resuelve la Dirección dos cuestiones que no tienen ninguna relación entre sí y que deben ser objeto de comentarios separados.

En la primera de las cuestiones, a mi juicio, considerablemente más inte-

resante, la Resolución se encuadra dentro de lo que podíamos denominar Resoluciones interpretativas, por que no vienen a solucionar un concreto conflicto de intereses, sino que interpretan un precepto legal; en este caso el artículo 64 de la Ley de Sociedades Anónimas. A primera vista sorprende la doctrina sentada, por que supone un giro, al menos parcial, respecto de la doctrina de la Resolución de 6 de junio de 1990 en primer lugar y, además, por que parece que no había nada que interpretar (*in claris non fit interpretatio*) ya que el citado precepto se limita a establecer con claridad que «el mismo régimen —el de las transmisiones *mortis causa*— se aplicará cuando la adquisición de las acciones se haya producido como consecuencia de un procedimiento judicial o administrativo de ejecución. Efectivamente, puede interpretarse que ese «mismo régimen» es el establecido en el párrafo 1.º del artículo que sienta tres afirmaciones: 1.º La necesidad de establecer estatutariamente las restricciones en las transmisiones ejecutivas para que sean aplicables. 2.º La exigencia de la configuración de un derecho de retracto alternativo en favor de adquirente que obtenga el beneplácito de la Sociedad —por regla general los propios socios— o de la propia Sociedad. 3.º La fijación del precio equivalente al valor real por el procedimiento de la tasación a cargo de un auditor de cuentas.

Ahora, la Dirección entiende que la remisión es sólo respecto a los dos primeros requisitos y que la valoración del Auditor de Cuentas puede ser sustituida por el precio del remate.

Hay efectivamente un giro en la doctrina si no total sí evidente. En efecto, en la Resolución de 6 de junio de 1990 se discutió la eficacia, con relación a las ventas judiciales o administrativas, de una cláusula por la que se establecía un derecho de adquisición preferente por el precio fijado por un árbitro; precio que podía ser distinto del remate. El supuesto de hecho ocurría antes de la entrada en vigor de la nueva Ley, aunque la Resolución se dictó, lógicamente, estando ya vigente la Ley y su artículo 64. El Registrador ponía reparo a que se retrayeran acciones adquiridas en un procedimiento judicial por precio distinto del remate. La Dirección no admitió la objeción y en consonancia con el nuevo texto del artículo 64 estableció la posibilidad del pacto, señalando, además, en doctrina muy ajustada y progresista, que desde luego considero que puede y debe trasladarse a todos los supuestos de pre-emoción, que «sólo permitirá obtener el verdadero valor de las acciones aquellos sistemas de tasación que tengan en cuenta los elementos inmateriales de la empresa como son las expectativas, la clientela, y en general el denominado fondo de comercio. El mismo sistema se establecía ya en la LSA. En efecto, en el artículo 21, al hablar del derecho de adquisición preferente de las participaciones sociales, en los casos de sucesión hereditaria, confiere a los socios sobrevivientes la facultad de adquirir las por su valor real, que según el artículo 20 consiste en el fijado por tres peritos, nombrados uno por cada parte, y el tercero, de común acuerdo, o si esto no se logra por el Juez. Como vemos se establece un sistema de valoración similar, ya que el sistema pericial es antecedente del actual sistema mas perfecto de valoración por auditores. Ahora la Resolución contempla un supuesto de hecho distinto y el artículo 74 está en vigor, y, sin embargo, la Dirección admite que se pacte estatutariamente el precio del remate rebajando el párrafo segundo del artículo 64 en relación con la segunda parte de su párrafo 1.º a la condición de derecho supletorio.

El admitir el valor del remate tiene bastantes ventajas a mi juicio y mejora la regulación legal del valor de auditoración pero también presenta algunos

inconvenientes. La ventaja más evidente es evitar la distorsión que se podía producir, y que ya indicaba el Registrador en la Resolución del 6 de junio de 1990 en su informe, si el bien rematado era adquirido por el retrayente por un valor —el de tasación— distinto del de remate, después que, aprobado el precio el rematante hubiera consignado el precio y hubiera pretendido ejercitar los derechos que las acciones rematadas le concedían. Si el valor de tasación era inferior al del remate, el rematante se vería despojado de un bien que había adquirido por legítimo título y cuyo precio había pagado y depositado en el Juzgado, sin saber bien quien le tendría que resarcir de la diferencia. Porque aunque el propio título de la acción le hubiera advertido de las restricciones a su transmisibilidad (artículo 53 LSA) no podría advertirle que el valor de una tasación efectuada con posterioridad iba a ser inferior a su propia valoración personal, valoración hasta cuya cuantía estuvo dispuesto a rematar las acciones. En cambio, si el valor fuera superior al del remate el problema sería menor y entiendo que el exceso de precio quedaría afecto a las resultas del juicio como si se hubiera rematado con cantidad superior, coincidente con la valoración.

Evidentemente el régimen que ahora se admite por vía de pacto es superior al legal y no se entiende por que no lo tuvo en cuenta el legislador al redactar el artículo, aunque la doctrina que sienta la Dirección permitirá establecerlo por vía estatutaria. No significa esto que el precio del remate no presente algunos inconvenientes porque también los plantea. El principal será que, con frecuencia, el precio del remate no coincidirá con el valor real que es el valor que exige el artículo 64 LSA y el 123 S del Reglamento del Registro Mercantil. En ocasiones será inferior al valor real ya que el artículo 1449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala que se admitirán posturas desde las dos terceras partes del avalúo, otras veces el remate será superior al valor real de las acciones cuando se pretende conseguir determinadas mayorías por el rematante, lo que le llevará a rematar por precio superior a su valor real. En otras ocasiones el remate por un precio muy superior enmascarará ventas fraudulentas en connivencia del rematante y el rematado, para evitar las restricciones estatutarias. La Resolución no es ajena a éste problema pero puesta a optar elige la solución que a mi juicio es más ajustada y en su considerando tercero afirma que el sistema garantiza el valor en cambio con independencia del valor real que llama «valor potencial».

Queda finalmente que aclarar si la valoración por el precio del remate, con preferencia al valor de tasación por auditor es excepcional y única, o, llevando a sus últimas consecuencias la consideración de derecho supletorio del artículo 64, se podría pactar estatutariamente cualquier otro sistema de obtener el valor de la acción para ejercitar el retracto (Recordemos los de valor según el último balance aprobado, cotización oficial en Bolsa, capitalización del dividendo medio repartido durante varios ejercicios sociales anteriores a la transmisión, etc...). Entendemos que eso no es posible en base a la doctrina sentada en la Resolución de 6 de junio de 1990, y a la propia Resolución que comentamos. Efectivamente la de 6 de junio de 1990 parece que establece que la tasación es el único medio que permite obtener el valor real de las acciones y en la propia Resolución se indica que el pacto «proporciona una solución equilibrada entre los intereses del accionista ejecutado y el de sus consocios... y se limita a respetar el precio resultante de un procedimiento judicial o administrativo». No obstante sí creo posible, en base a lo afirmado, el establecer una cláusula que señalará como precio de adquisición preferente el supe-

rior entre el precio del remate y el valor de auditación de las acciones. Efectivamente tendría todas las ventajas de ambos sistemas, reforzaría la responsabilidad universal del deudor, y el derecho de acreedores y no perjudicaría a los terceros que a mi juicio son los acreedores del socio y el propio rematante. La segunda cuestión planteada en la Resolución, relativa a la retribución de los Administradores, es problema que parece poco importante y que sin embargo ha dado origen a numerosas Resoluciones antes y después de la reforma como las de 18 y 20 de febrero, 20 y 25 de marzo y 26 de julio de 1991, 17 de febrero de 1992 y esta que ahora comentamos y que, confirmando las Resoluciones de 18 y 20 de febrero y 20 y 25 de marzo de 1991, exige que los Estatutos, si pactan retribución a los Administradores, deben establecer el concreto sistema retributivo. Confieso mi perplejidad y mi creencia que cuando un artículo, el 130, cuya redacción actual coincide con la del artículo 74 de la antigua Ley del 51, provoca tal avalancha de jurisprudencia la culpa es del propio legislador que contribuye a crear confusión sobre una cuestión con una redacción poco afortunada. Dos partes tiene el precepto: La primera se limita a señalar que «la retribución de los Administradores debe ser fijada por los estatutos».

Garrigues y Uría en sus comentarios entienden que el sentido del precepto es que, si existe retribución, esta debe ser fijada, aunque, sin embargo, nada prohíbe que el cargo sea gratuito y lo será siempre que los Estatutos no hayan previsto expresamente la retribución, sin perjuicio de que los Administradores puedan percibir una retribución, aun en el caso de que el cargo sea gratuito, si prestan a la Sociedad una actividad profesional específica. Fijada la retribución, los estatutos deben establecer «el modo de retribuir a los Administradores: si mediante sueldo, dietas por asistencia a las reuniones del Consejo, participación en las ganancias, etc... Una vez fijado el criterio o sistema de retribución será la Junta General la encargada de fijar esta retribución».

Lanzas Galvache señala que «los Estatutos deben de ser claros en este punto: los cargos o son gratuitos o son retribuidos, y, en este último caso, aunque caben fórmulas cumulativas, no puede dejarse a la voluntad de la Junta la elección entre una u otra de las formas que admita, por que con ello se restaría innecesariamente seguridad, no sólo a los administradores..., sino también a los socios. No es necesario en cambio que los Estatutos fijen su cuantía que normalmente dependerá de la evolución de los negocios, por lo que puede confiarse a la Junta pero no al propio Consejo».

Ruano Borrella por su parte señala que el artículo 9 h de la Ley lleva a una consecuencia rígida respecto a la fijación o no en Estatutos del sistema de retribución, pues al decir «si la tuvieren» rechaza toda retribución que no resulte claramente de tales Estatutos, lo cual significa que no puede dejarse a decisión de la Junta General el determinar si los administradores habrán de ser o no retribuidos, lo cual le lleva también a rechazar que la Junta elija entre varios sistemas de retribución.

La segunda parte del precepto, mucho más interesante, se ocupa de la retribución consistente en una participación en los beneficios y ha dado origen a una doctrina, a mi juicio inadecuada, con la exigencia de la fijación de un porcentaje concreto, que exigió la Resolución de 29 de Noviembre de 1956, confirmada con la de 26 de abril de 1989. Sin entrar en el tema, por no ser objeto de este comentario nos limitaremos a señalar que parece más adecuado al sentido del precepto y a la realidad de la vida social la fórmula de consenso adoptada por los Registradores de los Registros Mercantiles de Valencia y una

comisión de Notarios de la misma capital que establecieron, que cuando la retribución consista en una participación en los beneficios, la cuantía debe necesariamente fijarse pero admitiendo que se señale un mínimo (que no sea cero o cantidad tan baja que equivalga a un mínimo formal pero no real) y un máximo (que por su cuantía sea excepcionalmente desorbitado).

Discute el Recurso —en el que el Notario invoca a su favor las Resoluciones de 18 y 20 de febrero y 20 y 25 de marzo de 1991— solamente si con el pacto «el cargo de administrador será retribuido con las cantidades que establezca la Junta General», se está precisando el concreto sistema retributivo. La Dirección entiende que no por dos motivos: 1.º Se remite a la propia Junta la decisión sobre la efectiva eficiencia de la retribución. 2.º No se concreta la modalidad ya que esa cantidad podría fijarse como un porcentaje de los beneficios o como una cantidad alzada.

No entiendo muy bien los escrúpulos de la Dirección y confieso que yo hubiera inscrito la cláusula, por que a mi juicio estaba claro que el cargo era necesariamente retribuido no existiendo ninguna indeterminación sobre la existencia o no de la retribución. Y segundo por que aunque las cantidades correspondieran a los otros posibles sistemas de retribución es decir dietas por asistencia a consejos o sueldo o incluso gastos de representación o cualquiera de las distintas modalidades que pudieran idearse, como la fijación numérica, en pesetas, corresponde a la Junta General, que juzga además sobre la procedencia o improcedencia de retribuir el cargo, según las circunstancias por las que atraviesa la sociedad (R. 27 de febrero de 1992), esa fijación numérica puede hacerla la Junta fijándose en los beneficios y de hecho la cuantificación económica de la marcha de la Sociedad viene determinada por los beneficios con lo que el intento del precepto queda inoperante.

Si el pacto, que ahora se deniega, hubiera sido que el cargo de administrador será retribuido por las cantidades que establezca la Junta General en concepto de sueldo o en conceptos de dieta hubiera sido inscribible, conforme a la Doctrina de la Dirección General y las facultades de la Junta hubieran continuado siendo las mismas. Creo que la solución del problema habría que buscarla en la «ratio» del precepto que para Garrigues y Uría está en “proteger a los Administradores y, al propio tiempo, a los accionistas. A los primeros, porque impide que la Junta suprima la retribución del Administrador o varíe el sistema de retribución establecido en los Estatutos, a menos que preceda una reforma estatutaria. A los accionistas, por que los administradores no tienen derecho a cambiar por su propia autoridad el sistema de retribución”. Pues bien, si esto es así todo se solucionaría a mi juicio, estableciendo que la retribución de los Administradores será fijada por la Junta General por los *quorum* reforzados exigibles para la modificación de los Estatutos. Si, previa reforma estatutaria, se puede crear, variar o suprimir el sistema y la proporción posible de retribución, con el mismo motivo, con estos *quorum* reforzados, se podría poder fijar la retribución de los Administradores sin problema alguno.

Pero de momento la dicción del 130 y la doctrina de la Dirección General de los Registros obliga a distinguir entre sistema de retribución y cuantía dentro de cada sistema que se adopta. Los tres sistemas posibles son la retribución por dietas, la retribución por sueldo y la retribución por participación en beneficio. La cuantía no hace falta fijarla estatutariamente en los sistemas 1.º y 2.º quedando su determinación al acuerdo de la Junta General; en el 3.º sistema debe fijarse necesariamente porcentaje aunque si se admite la rebaja

de los Registradores Mercantiles de Valencia bastará señalar un mínimo y un máximo. Además no cabrá fijar sistemas alternativos como por ejemplo por dietas o por sueldos y sí sistemas acumulativos de modo que se adicione dos cualquiera de los sistemas o incluso tres a la vez. Finalmente señalar que conceptualmente podría admitirse un sistema más sofisticado de retribución, pero su existencia no alterar en lo fundamental todo lo expuesto.

SALVADOR MÍNGUEZ SANZ

*EL NEGOCIO DE APORTACION DE BIENES A LA SOCIEDAD DE GANANCIALES NO ES INSCRIBIBLE SI CARECE DE CAUSA.* (RESOLUCIÓN DE 11 DE JUNIO DE 1993, BOE de 9 de julio de 1993.)

*Hechos.* I. El día 24 de mayo de 1989, ante don Tomás Sobrino González, Notario de Saldaña, los cónyuges don Silvino P. P. y doña Catalina C. Ll. otorgaron una escritura de declaración de obra nueva de un edificio sobre una finca inscrita con carácter privativo de él. En dicha escritura se estableció lo siguiente: «II. Que don Silvino P. P. aporta la finca antes descrita a su sociedad de gananciales. III. Que don Silvino P. P. y su esposa, doña Catalina C. Ll., han realizado sobre la finca descrita en el expositivo I) de este instrumento la siguiente construcción: ..IV. Los comparecientes se ratifican en todas las operaciones contenidas en este instrumento solicitando del señor Registrador de la Propiedad se inscriba el edificio descrito a su nombre y con carácter ganancial» .

II. Presentada primera copia de la citada escritura en el Registro de la Propiedad de Saldaña fue calificada con la siguiente nota: «No procede la práctica de la inscripción solicitada de conformidad con los artículos 18, 19 Ley Hipotecaria, 429 y demás concordantes del Reglamento, por haberse observado los siguientes defectos: 1. El negocio jurídico de aportación es un negocio jurídico inexistente por defecto de causa (1.261-3 y 1.275 CC), y siendo preciso para la práctica de la inscripción un título perfecto (arts. 2 y 3 de la Ley Hipotecaria), no puede practicarse la inscripción solicitada. 2. La sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica, no es más que una comunidad de bienes, si bien de tipo germánico o en mano común (R. de 30 de junio de 1927 y numerosas posteriores), y siendo preciso para inscribir en el Registro un titular (arts. 9-4 de la Ley y 51-9 del Reglamento), tampoco procede la inscripción. 3. Porque el conjunto de la operación envuelve un fraude de ley (art. 6-4, título preliminar, del CC), ya que amparándose en el artículo 1.355 CC se pretende un resultado contrario al ordenamiento jurídico: artículos 358 CC, 1.359, párrafo 1.º CC.—Saldaña, a 27 de junio de 1989.—El Registrador, firmado: Juan Ignacio de los Mozos Touya».

III. El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior nota de calificación, alegando: 1.º En cuanto al primer defecto de la nota: que no puede mantenerse que el negocio jurídico de aportación de un bien privativo a una sociedad de gananciales, tanto en general como en la forma concreta de la escritura calificada, carezca de causa, y ello no sólo por la presunción de existencia de causa del artículo 1.277 del Código Civil, sino por tratarse de un acto perfectamente realizable mediante acuerdo de los esposos, una vez que se permite la contratación entre los mismos, reconocido expresamente en el artículo 48.I.B), 3. del texto refundido del Im-

puesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, con una causa jurídica propia, que encaja entre los actos que el artículo 1.274 del Código Civil llama de «pura beneficencia» cuya causa sería «la mera liberalidad del bienhechor». 2.º En cuanto al segundo defecto de la nota: Que la expresión «aportar la finca descrita a su sociedad de gananciales» significa que la favorecida por su aportación es la sociedad constituida por los esposos comparecientes, perfectamente identificados en la escritura recurrida y a cuyo nombre deberá practicarse la inscripción de la finca con indicación de tal carácter comunal, por tratarse de un negocio de aportación a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente, entrando dicha expresión en línea de las utilizadas en artículos como el 1.351, 1.354 ó 1.387 del Código Civil, que hablan de bienes pertenecientes a dicha sociedad y que no presuponen la atribución a ésta de una especial personalidad distinta a la de los cónyuges. 3.º Y en cuanto al tercer defecto de la nota: Que no puede afirmarse que se han defraudado los artículos 358 y 1.359-1.º del Código Civil bajo la cobertura del artículo 1.355 del mismo Código, sino que, por el contrario, se ha dado estricto cumplimiento a ellos al aportarse previamente el solar, que por esa aportación pasa de ser privativo a ganancial y luego se declara con tal carácter lo edificado. Además, para que existiese fraude de ley sería necesario que los artículos vulnerados fueran de derecho necesario, carácter que no concurre en los citados artículos 358 y 1.359-1.º, que no pueden ser aplicados más allá de su ámbito propio, sin que, por otra parte, el negocio realizado se apoye en el artículo 1.355 del Código Civil, sino en el artículo 1.323 que posibilita cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges y, por ende, entre sus patrimonios privativos y consorcial.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: 1.º En cuanto al primer defecto de la nota que es necesario partir de dos principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico. *a)* la vigencia de la teoría del título y el modo en orden a la transmisión del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles (arts. 609, 1.095 Código Civil); *b)* la libertad de los cónyuges para transmitirse bienes por cualquier título y celebrar entre sí toda clase de contratos (art. 1.323 Código Civil). Pero el negocio de aportación, configurado en la escritura calificada no es ningún título de los que se refieren los artículos 609 ó 1.323 Código Civil como aptos para justificar un desplazamiento patrimonial entre sujetos de derecho distintos y aun cuando bajo él pueda encubrirse otro negocio oneroso (compraventa o permuta) o gratuito (donación) que sí pueda servir de título para justificarlo. No se discute la libertad de pactos entre los cónyuges y la posibilidad de transmitirse bienes por cualquier título, sino que tal transmisión puede efectuarse al margen de los tipos de contratos traslativos del dominio reconocidos por el ordenamiento jurídico español, entre los que no se encuentra como categoría autónoma el negocio de aportación de inmuebles a la sociedad conyugal. Además, tampoco puede configurarse dicho acto, para el caso que se admita como título autónomo, como de liberalidad equiparable a la donación, pues al margen de que cuando nuestro ordenamiento jurídico la regula en materia de sociedades lo configura como contrato oneroso, si aun así se considerase como donación sería necesario su aceptación, al carecer la sociedad conyugal de personalidad jurídica, por ambos cónyuges (art. 633 Código Civil), lo que implicaría un caso de autocontratación no permitido en nuestro ordenamiento jurídico, al no ser posible que uno pueda donarse bienes a sí mismo. 2.º En cuanto al segundo defecto de la nota, que no es posible inscribir el negocio jurídico de aportación

a favor de la sociedad conyugal, por carecer ésta de personalidad jurídica y ser necesario un titular para poder practicar la inscripción. Se trata de una comunidad de tipo germánico y por ello las inscripciones se practican a nombre de uno o ambos cónyuges, aun cuando sea con la mediación de una u otra forma, según los casos de su pertenencia a la sociedad conyugal, pero sólo los cónyuges pueden ser titulares de derechos y obligaciones, y a favor de los mismos practicarse la inscripción. 3.º En cuanto al tercer defecto de la nota, que el fraude de ley se produce según el artículo 6-4 Código Civil, no sólo cuando los actos están prohibidos por el ordenamiento jurídico, sino también cuando sean contrarios al mismo, siendo indiferente que la norma defraudada sea imperativa o dispositiva, cuando se produce un resultado contrario al ordenamiento jurídico. Y, como tal, podrá ser considerado en la actualidad, de conformidad con los vigentes artículos 1.359 y 353 del Código Civil, que las nuevas construcciones sobre una finca privativa pudieran tener carácter ganancial. Para evitarlo sería necesario que previamente cambiase de carácter la finca y para tal fin resulta ineficaz el negocio de aportación.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León confirmó el defecto primero de la nota del Registrador, fundándose en que si bien el artículo 1.323 del Código Civil posibilita cualquier desplazamiento patrimonial entre cónyuges y, por tanto, entre sus patrimonios privativos y consorcial, es necesario que aquél se produzca por cualquier medio legítimo previsto al efecto, y aun pudiéndose admitir como tal la aportación de bienes o derechos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente, sin que ello suponga un fraude a la Ley y en concreto a los artículos 1.359 y 358 del Código Civil, deberá la aportación ajustarse a los límites legales, lo que hace necesaria que dicha aportación se realice teniendo como causa un negocio jurídico determinado con capacidad para la transmisión del dominio como la donación, compraventa o permuta, sin que pueda deducirse de la escritura calificada cuál ha sido la causa o vehículo negocial utilizado ni pueda presumirse ninguno de ellos. Por tanto, sólo serán inscribibles los documentos en los que conste de manera específica algunos de los medios de los artículos 609 ó 1.353 del Código Civil o 93 del Reglamento Hipotecario para la transmisión del dominio.

VI. El Notario recurrente apeló el auto presidencial por el que se confirmaba la nota del Registrador en cuanto al defecto primero de ser el negocio jurídico de aportación inexistente por falta de causa, manteniendo sus alegaciones y añadiendo: Que la aportación de bienes a la sociedad de gananciales es un negocio jurídico con caracteres propios y distintos a otros como la compraventa o donación y una función económico-social singular, siendo sus principales efectos el de hacer surgir a favor del aportante un derecho de reembolso a disolverse la sociedad de gananciales al mismo tiempo que hacer ganancial el bien aportado durante la vigencia de la sociedad, efectos distintos a los de aquellos otros negocios traslativos, deduciéndose esta autonomía del negocio de aportación, de preceptos legales como los artículos 1.358 del Código Civil, 29 y 45 de la Compilación de Aragón o 48 de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

*Fundamentos de derecho.*—Vistos los artículos 609, 1.274, 1.355, 1.358 del Código Civil, 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento y las Resoluciones de esta Dirección General de fechas 10 de marzo y 14 de abril de 1989 y 7 y 26 de octubre de 1992.

1. Confirmada por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León la nota del Registrador únicamente en cuanto al defecto primero y recurrido el auto presidencial sólo por el Notario autorizante, la única cuestión que se ha de resolver en el presente recurso es la de si es válido e inscribible en el Registro de la Propiedad el pacto contenido en una escritura pública de declaración de obra nueva, sobre una finca inscrita con carácter privativo de uno de los cónyuges, por el cual, y con carácter previo a aquélla, el cónyuge propietario aporta la finca a la sociedad de gananciales.

2. Es doctrina reiterada de esta Dirección General (*vid.* Resoluciones de 10 de marzo de 1989, 14 de abril de 1989 y 7 y 26 de noviembre de 1992) que son válidos y eficaces cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges —y, por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial (*vid.* art. 1.223 del Código Civil)—, siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto (*vid.* art. 609 del Código Civil), entre los cuales no puede desconocerse el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente o de comunicación de bienes, como categoría autónoma y diferenciada, con sus propios elementos y características, y cuyo régimen jurídico vendrá determinado por las previsiones estipuladas por los contratantes dentro de los límites legales (arts. 609, 1.255 y 1.274 del Código Civil) y, subsidiariamente, por la normativa general del Código Civil. Lo que ocurre en el presente caso es que no se precisan debidamente los elementos constitutivos del negocio de aportación verificado y, especialmente, su causa (*vid.* arts. 1.261-3.º y 1.274 y siguientes del Código Civil). El mismo Notario en su primer escrito de recurso estima que lo realizado es un acto de liberalidad (un acto gratuito), en que la causa es el *animus donandi*; y en su escrito de apelación sostiene que no ha habido donación y que en favor del aportante ha surgido un derecho de reembolso. La exacta especificación de la causa es imprescindible para accederse a la registración de cualquier acto traslativo, tanto por exigirlo el principio de determinación registral como por ser la causa o presupuesto lógico necesario para que el Registrador pueda cumplir con la función calificadora en su natural extensión, y después practicar debidamente los asientos que procedan (*vid.* arts. 9 de la Ley Hipotecaria y 51 y 193-2.º del Reglamento Hipotecario). Téngase en cuenta, además, el diferente alcance de la protección que nuestro Registro de la Propiedad dispensa en función de la onerosidad o gratuidad de la causa del negocio inscrito (*vid.* art. 34 de la Ley Hipotecaria).

Por todo ello, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar el auto apelado en cuanto estima no inscribible la escritura en los términos que resultan de las consideraciones anteriores.

Madrid, 11 de junio de 1993.—El Director general, *Antonio Pau Pedrón*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

(BOE de 9 de julio)

## COMENTARIO

1. Creo que fue el escritor Frank Tiger quien expresó certeramente una idea en la que todos convenimos: «los descubrimientos se hacen a menudo cuando no se siguen instrucciones, cuando se sale del camino trillado, cuando se intenta lo que no se había intentado». Y he aquí que el Notariado español, a la vanguardia por razón de su oficio, y también —¿por qué no reconocerlo y agradecerlo?— por la singular valía de muchos de sus componentes, en la búsqueda de soluciones ingeniosas a problemas planteados en el ámbito del Derecho privado, se ha salido una vez más del camino trillado y ha logrado perfilar —con la ayuda de la calificación registral y el estímulo del legislador fiscal— un nuevo tipo de negocio jurídico y obtener para él la consagración de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado: me estoy refiriendo, naturalmente, al negocio de aportación de bienes a la sociedad de gananciales.

2. Cuando digo que el legislador fiscal ha tenido algo que ver en el alumbramiento de esta nueva criatura, siempre pienso en la extraordinaria importancia que en la evolución de las instituciones jurídicas privadas de todos los tiempos ha tenido el tratamiento tributario de las mismas. ¡Cuántas reliquias jurídicas se han convertido en tales porque en un momento dado, el Fisco determinó la imposición sobre ellas de un gravamen desproporcionado, que obligó a los particulares a buscar otro vericuetto para alcanzar la misma finalidad! Y me parece que, salvo en aspectos concretos, todavía está por estudiar globalmente la evolución del Derecho privado a impulsos del Derecho fiscal.

3. En el caso que nos ocupa, existía —y existe bajo el art. 45.I.B,3 del texto refundido vigente del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados— una norma según la cual: «estarán exentas: las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal». Hubo quien quiso encontrar aquí, en una Ley adjetiva por su naturaleza tributaria, la tipificación legal del negocio de aportación, y hubo quien dijo que la tal norma se había redactado con anterioridad a la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981 y que, prescindiendo de su repetición en el Reglamento del Impuesto de 1981 por su inferior rango, era por tanto una norma anticuada porque ahora el Código Civil no recogía tales aportaciones. No quisiera convertirme en tercero en una discordia que, quien la conozca en detalle, verá que está originando unos frutos demasiado agraces para el árbol que los produce, pero me atrevo a afirmar que ambas posturas —que en cuanto al fondo no están tan lejos como las apasionadas formas quienes dar a entender— tienen una parte de acierto y otra parte de desenfoque de la cuestión. Me parece muy pobre el argumento de tipificar legalmente un negocio a través de una norma fiscal, tipificación además que no le hace falta porque los negocios atípicos en Derecho español pueden nacer y ser admitidos, afortunadamente, con tal de que obedezcan a una causa concreta y lícita. Correlativamente, el argumento de que la exención fiscal se redactó con anterioridad a la reforma de 1981 y, por ello, está desfasada, desconoce que la «sociedad conyugal» a que se refería y se refiere el legislador tributario no se identifica exclusivamente con la sociedad de gananciales regulada en el Código Civil. Sociedad conyugal para ese legislador tributario puede ser, además, el consorcio foral aragonés, la sociedad de conquistas de Navarra, la comunidad universal del Infanzonado de Vizcaya, acaso el régimen del Fuero del Baylío, cualquier régimen de comunidad regulado por el Derecho extranjero cuando

sus afectados realicen actos de trascendencia tributaria en España y también cualquier sociedad conyugal de origen convencional, es decir, establecida y regulada exclusivamente por capitulaciones matrimoniales. Buena prueba de ello es que en 1993, el legislador fiscal reproduce impertérrito la norma de exención para esas aportaciones sin preocuparse de si existen o no en la sociedad de gananciales del Código Civil. Si existen, se podrán acoger a la exención; si no existieran, otras sociedades conyugales no gananciales se podrán beneficiar de ella.

4. La resolución sujeta a comentario no sé si será la última, porque es posible que haya algún otro recurso pendiente sobre el particular, pero es hasta ahora —en el momento de redactar estas líneas en diciembre de 1993— el último eslabón de un ya largo culebrón iniciado con la Resolución de 10 de marzo de 1989 y continuado por las de 14 de abril de 1989, 25 de septiembre de 1990, 21 de enero de 1991 y 7 y 26 de octubre de 1992. Algunas de éstas ya han sido comentadas en esta Revista (núm. 602 y 616) por la autorizada pluma (¡no te pongas en guardia, compañero, que yo no entro en justa!) de José María Chico Ortiz. Para el lector que quiera profundizar sobre la polémica doctrinal que tal negocio de aportación ha dado lugar le remito a los números 116 (página 40) y 132 (página 27) de la revista LUNES 4,30 y a los trabajos allí citados. No es éste el momento de repetir lo que otros han escrito mucho mejor que uno mismo. Es preferible limitarnos al comentario de la resolución que nos ha traído a estas páginas, en un tema que parece contar a estas alturas con la suficiente claridad.

5. Cuando el 27 de junio de 1989 el entonces Registrador de Saldaña, Juan Ignacio de los Mozos Touya (¿de qué me suena el primer apellido?), ponía la nota de calificación recurrida, ya se habían publicado las dos primeras resoluciones de las anteriormente citadas que habían versado sobre este tema. Conociendo el porqué de las revocaciones de las respectivas notas, pudo este Registrador perfilar la suya con la rotundidad suficiente para que la Dirección no tuviera que optar por una revocación formal. El primer defecto fue, pues, categórico: «el negocio jurídico de aportación es un negocio jurídico inexistente por defecto de causa...» ¿A qué negocio de aportación se refería? ¿Al tipo negocial de aportación como categoría genérica o al concreto negocio de aportación escriturado y objeto de calificación? En mi opinión, se refería al segundo, y siendo así no comprendo la reticencia del Centro Directivo que da un rodeo sintáctico para evitar la confirmación expresa del defecto primero. Luego, a modo de defensa siciliana, el Registrador añadió otros dos defectos que, inexplicablemente —a pesar de que habían sido recurridos por el Notario— no fueron objeto de Resolución por el Presidente y que, debido a que el Registrador no apeló el auto por este silencio procesalmente incongruente, la Dirección consideró que había quedado fuera del debate. Esto me recuerda ciertas sentencias del Tribunal Supremo en las que, estimado un motivo de casación y anulada en virtud de ello la sentencia de la Audiencia, dicen los Magistrados que resulta innecesario el examen de los restantes motivos. En la resolución comentada no hubiera estado de más, si una oportuna adhesión a la apelación lo hubiera propiciado, algún pronunciamiento sobre el defecto segundo, que hubiera llevado a hablar, una vez más, de la verdadera naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales. Nunca me satisficieron las explicaciones que la encuadran en una comunidad germánica porque vienen a meternos en un callejón prácticamente sin salida. La inevitable e inmediata pregunta a tales explicaciones sería: ¿y qué es una comunidad germánica? En

cuanto al defecto tercero, a saber, la invocación del fraude de ley, sabido es que difícilmente una conducta subjetiva puede alcanzar trascendencia para la calificación registral. Comprendo que el «*concilium fraudis*» está muy desprestigiado como requisito para apreciar un acto como realizado en fraude de ley, pero todavía es difícil llegar a objetivizar plenamente algo que implica la persecución de un resultado contrario al ordenamiento y, por tanto, revestido de cierta intencionalidad. Como dice Díez-Picazo y Gullón, «el art. 64 del Código Civil se coloca, por lo menos a primera vista, en una línea subjetiva, pues se dice en él que los actos han de *perseguir* un resultado prohibido». Dado que la calificación registral no puede apoyarse en conjeturas, no le hubiera augurado yo mucho éxito a ese defecto. En cualquier caso, dejemos estos extremos simplemente apuntados ya que no fueron abordados, ni siquiera tangencialmente, en la Resolución comentada.

6. Yendo ya al grano, la Dirección General, fiel a sí misma, se cuida en primer lugar, en el fundamento segundo (el primero sirve, como es costumbre sana, para fijar el debate) de afirmar la validez del negocio jurídico de aportación de derechos a una comunidad de bienes no personalizada. Se acepta sin complicaciones —cosa que no veo yo tan clara, y así lo hice constar en el número 595 de esta Revista, págs. 2.108 y ss.— que en un matrimonio sujeto a gananciales hay tres patrimonios: los dos privativos y el común o consorcial. De esta forma, con el expreso apoyo del artículo 1.323 del Código Civil, que admite expresamente los desplazamientos patrimoniales entre cónyuges, se dice que no hay inconveniente en una trasferencia patrimonial desde uno de los patrimonios privativos al patrimonio ganancial. No vamos a juzgar ahora la bondad de esta doctrina. Hay quien la repudia alegando la experiencia de que detrás de estas aportaciones suelen venir varios mandamientos para anotación de embargo. De adverso puede decirse que también demuestra la experiencia que detrás de la inscripción de capítulos matrimoniales con disolución de gananciales, adjudicación de bienes (los inmuebles —¡qué casualidad!— casi siempre a favor de uno de los cónyuges) y adopción del régimen de separación de bienes, suelen venir a los Registros algunos mandamientos de embargo. Remedios hay en el ordenamiento jurídico sin necesidad de que la calificación registral se vea metida en el oficio de escudo protector. Muchas veces hemos oído que los negocios no deben interpretarse desde un punto de vista dominado por la presunción de fraude y, guste o no guste, es ésta una clara pauta a seguir. Admitamos, pues, el negocio jurídico de aportación a gananciales. Naturalmente, la misma finalidad económica puede lograrse haciendo una compraventa: el vendedor sería el dueño privativo del bien y el comprador el otro cónyuge, que adquiere a cambio de precio, para la sociedad de gananciales. Pero esta solución tiene dos inconvenientes. primero que, si en la realidad no hubo tal entrega de dinero a título de precio, no hay por qué inventarla; y segundo, porque esta compraventa estaría sujeta, y no exenta, al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales. También podría hacerse a través de una donación, pero esta solución no es viable porque —abstracción hecha del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, aún más gravoso— hace que el bien ingrese en el patrimonio privativo del donatario, en contra de la voluntad de las partes. La única solución es entonces el negocio de aportación, pero aquí aparece la segunda parte de la cuestión debatida y que fue la que llevó a la Dirección a desestimar el recurso gubernativo

7. Para lograr la inscribibilidad, en un sistema causalista como el nuestro,

cualquier negocio debe reunir los elementos esenciales de validez (art. 18 de la Ley Hipotecaria) y entre ellos la causa. Esta es precisamente la justificación de la introducción de los negocios atípicos en nuestro ordenamiento. Como dice Manuel de la Cámara (en un extraordinario trabajo, como todos los suyos y éste creo que no adecuadamente difundido —prueba de ello es que César Pascual, en el *Boletín del Colegio Notarial de Granada* número 108 y 134, a propósito del «panorama que presenta la cuestión de la causa», no lo cita a pesar de ser, en mi modesta opinión, de lo mejor que se ha escrito sobre tan complicada cuestión —publicado en el número 527 de esta revista bajo el título «Meditaciones sobre la causa»), «la génesis histórica de la doctrina de la causa pone de relieve que la exigencia del requisito causal se predica precisamente del acto de cada contratante, de su promesa. La afirmación —sigue diciendo Cámara— de que toda promesa ha de tener una causa para ser eficaz, deviene rotunda tan pronto como el contrato, basado en el acuerdo de voluntades, adquiere el rango de categoría general y no limitada a una serie de figuras típicas, como acontecía en el Derecho Romano». Traducido todo esto a nuestro caso, el negocio de aportación que pretenda acceder al Registro debe expresar su causa; a saber, la prestación realizada desde el patrimonio privativo al ganancial debe —parafraseando a Cámara— comportar una contrapartida, tener por fin remunerar un servicio o favorecer, sin exigir una compensación, al beneficiario. Este es —añade el autor citado— el significado normativo del artículo 1.274 del Código Civil y esto es lo que importa destacar al comentarlo, sin dar demasiada importancia a sus indudables deficiencias técnicas, acaso no tan graves como pretenden sus detractores». Por consiguiente, la escritura otorgada en Saldaña no pudo inscribirse porque no expresaba si esa aportación del solar privativo por parte de un cónyuge a la sociedad de gananciales acarrea un derecho de reembolso conforme al artículo 1.358 o, por el contrario, se trataba de favorecer, sin exigir compensación, al otro cónyuge. Prueba de que la causa no constaba es la contradicción en que incurre el Notario recurrente, fluctuando entre el acto de liberalidad (en el escrito inicial del recurso) y el derecho de reembolso (en el escrito de apelación). Esta indeterminación es repudiada por la Dirección, a mi juicio acertadamente, en un sistema registral como el español, que cuenta entre sus objetivos y logros fundamentales la evitación de conflictos. Este logro es compartido por el Notariado y por eso me extraña que desde las posiciones doctrinales surgidas desde ese campo se invoquen los artículos 1.277 y 1.358 del Código Civil. Estos preceptos son remedios previstos por el legislador para resolver problemas cuando la configuración documental previa de los negocios privados es defectuosa, oscura o incompleta, y dar solución con sus pautas a los pleitos que por ello se originan frecuentemente. Sin embargo, la documentación notarial debe ser perfecta —y lo es habitualmente— y ha de adelantarse, para abortarlos, a los conflictos privados. Por eso la Dirección General, poniendo una de las últimas piedras en la cuestión debatida, ha tenido el acierto de proporcionarnos una respuesta, además de salomónica, justa y equilibrada.

*PARA ADMITIR EL AUTOCONTRATO ES NECESARIO QUE EXISTA UNA ESPECIAL AUTORIZACION DEL PODERDANTE, PERO AUNQUE ESTA SE DE, LA INTERPRETACION ESTRICTA DE LOS PODERES LLEVA A CONSIDERAR QUE EL PODER PARA VENDER SOLO PERMITE LA ENAJENACION QUE PROCEDA DE UNA VERDADERA COMPRAVENTA Y MAL PUEDE CALIFICARSE DE TAL AQUELLA EN QUE EL PRECIO ES TRECE VECES INFERIOR AL VALOR FISCAL COMPROBADO.* (RESOLUCIÓN DE 29 DE ABRIL DE 1993. BOE de 3 de junio de 1993).

*Hechos.* I El 19 de diciembre de 1985 don Manuel Castillo Rodríguez compró 16 fincas mediante dos escrituras públicas autorizadas ese día por el Notario de Santa Cruz de Tenerife don Carlos Llorente Núñez. En ambas escrituras interviene don Manuel Castillo Rodríguez, no sólo en su propio nombre como comprador, sino también en nombre y representación de la parte vendedora en virtud de escritura de poder autorizada por el mismo Notario el 19 de noviembre de 1985 y de la que resultaba autorizado para: «Vender toda clase de bienes, incluso inmuebles, por los precios, plazos, pactos y condiciones que estime conveniente... El apoderado podrá hacer uso de sus facultades incluso si hay autocontrato, doble o múltiple representación o existen intereses opuestos».

II. Presentadas ambas escrituras de compraventa en el Registro de la Propiedad número 1 de Santa Cruz de Tenerife fueron calificadas con las siguientes notas: 1.ª «Presentada de nuevo el día 12 de marzo de 1991, a las trece horas cincuenta y cinco minutos, según asiento 1878 del Diario 118, número 1.917, la escritura de compraventa, otorgada el 19 de diciembre de 1985, ante el Notario de esta capital don Carlos Llorente Núñez, se califica, conforme lo fue, en fecha 3 de febrero de 1986, por mi predecesor, don Hortensio Saavedra Queimadelos, suspendiéndose la inscripción por incidir el adquirente en la prohibición del artículo 1.459, 2.º, del Código Civil, sin tomar anotación preventiva por no solicitarse.—Santa Cruz de Tenerife, 14 de marzo de 1991.—El Registrador, Ceferino Espinosa Afonso». 2.ª «Presentada de nuevo el día 12 de marzo de 1991, a las trece horas cincuenta y cinco minutos, según asiento 1879 del Diario 118, número 1.916, la escritura de compraventa, otorgada el 19 de diciembre de 1985, ante el Notario de esta capital don Carlos Llorente Núñez, se califica, conforme lo fue, en fecha 3 de febrero de 1986, por mi predecesor, don Hortensio Saavedra Queimadelos, suspendiéndose la inscripción por incidir el adquirente en la prohibición del artículo 1.459, 2.º, del Código Civil, sin tomar anotación preventiva por no solicitarse.—Santa Cruz de Tenerife, 14 de marzo de 1991.—El Registrador, Ceferino Espinosa Afonso».

III Don Manuel Castillo Rodríguez interpuso recurso gubernativo contra dichas calificaciones alegando la improcedencia del defecto observado por el Registrador, dado que el poder en cuya virtud actúa el recurrente contemplaba expresamente la posibilidad de la autocontratación, por lo que no puede ser de aplicación al caso el artículo 1.459, 2 del Código Civil.

IV. El Registrador informó: 1.º Que mientras el artículo 267 del Código de Comercio permite al comisionista, con licencia del comitente, comprar para sí o para otro lo que se le haya mandado vender, o vender lo que se le haya mandado comprar, el artículo 1.459, 2, del Código Civil no establece excepciones a la prohibición para que los mandatarios no puedan comprar por sí ni por persona alguna intermedia los bienes cuya administración o enajenación estuviesen encargados. 2.º Que aun admitiendo que la prohibición del artículo

1.459, 2, del Código Civil puede excepcionarse facultando al apoderado a fin de que compre para sí, debe quedar claramente expresado en el poder, sin que sea suficiente la frase genérica relativa a la existencia de autocontratación, doble o múltiple representación o intereses opuestos, utilizada en la escritura de poder, en la que se suceden múltiples facultades en relación con toda clase de bienes y cuya interpretación amplia iría en contra de lo dispuesto para las donaciones en el artículo 634 del Código Civil. 3.º Que el apoderado manifiesta en las escrituras la vigencia del poder invocado pero no la capacidad de sus representados y, además, dicho poder fue revocado por uno de los poderdantes, vendedor en ambas escrituras, mediante escritura de 4 de junio de 1988 ante el mismo Notario, que intentó presentarse en el Registro de la Propiedad, si bien no se practica asiento en el Diario por no ser título inscribible, de conformidad con el artículo 420 del Reglamento hipotecario.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Canarias dictó auto desestimando el recurso y confirmado la nota del Registrador por considerar que la clave de la admisibilidad de la figura de la autocontratación es la falta de contraposición o conflicto de intereses y la existencia de un poder especial y suficiente para ello, y como tal no puede considerarse un vulgar poder general que incorpora como cláusula de estilo la alusión al autocontrato. Más aún cuando el apoderado, habiendo sido las escrituras objeto de sucesivas calificaciones idénticas, no ha intentado obtener la ratificación de los poderdantes para subsanar el defecto y, además, ha visto revocado el poder originariamente concedido por uno de ellos.

VI. El recurrente interpuso recurso de apelación añadiendo a sus alegaciones iniciales: 1.º Que el poder, aun siendo general, expresamente salva la autocontratación, por lo que existiendo mandato expreso no puede considerarse traspasado por la realización de tales actos, y de ahí que el propio Notario autorizante de las compraventas lo aceptase para llevar a cabo éstas. 2.º Que si bien no se ha obtenido la ratificación a pesar del tiempo transcurrido, tampoco consta que dichas compraventas hayan sido impugnadas judicialmente por los poderdantes, cosa que habrían podido hacer la vendedora en todo momento y el vendedor antes de su fallecimiento.

*Fundamentos de derecho.*—Vistos los artículos 634, 1.259, 1.274, 1.445, 1.449 y 1.459 del Código Civil, 267 del Código de Comercio y la Resolución de 20 de septiembre de 1989.

1. El Registrador suspende la inscripción de dos escrituras de compraventa por indiciar el adquirente en la prohibición del artículo 1.459, 2.º, del Código Civil. Concurren en el caso las circunstancias siguientes: 1.º Las dos escrituras son otorgadas con numeración correlativa el 19 de diciembre de 1985 y en ellas interviene don Manuel Castillo Rodríguez como único compareciente y actuando en su propio nombre, como comprador y a la vez en representación de la otra parte, el vendedor. En una de las escrituras se vende a sí mismo, en representación de la propietaria, dos solares, libres de cargas y arrendamientos, situados en el término municipal de Santa Cruz de Tenerife, uno de 256 metros cuadrados y otros de 605 metros cuadrados, por el precio, cada uno, de 100 000 pesetas, que el comprador afirma haber entregado a la vendedora. En otra, se vende también a sí mismo, en representación de los dos cotitulares de los bienes (la misma persona que aparece como vendedora en la escritura anterior y su marido) tres fincas más situadas igualmente en el

término municipal de Santa Cruz de Tenerife Una finca rústica de 37 áreas, 50 centiáreas (con dos estanques, uno colectivo, y otro, de 465 metros cúbicos, propio), por el precio de 100.000 pesetas; una casa cuyo solar es de 152 metros, 25 decímetros cuadrados (con un cuarto trastero anejo de 30 metros cuadrados al que tiene acceso con derecho de paso), por el precio de 50.000 pesetas, y un trozo de terreno (rústico) de 20 áreas, por el precio de 60.000 pesetas. 2.º El señor Castillo, para hacer estos actos, invoca en su favor el poder que ambos cónyuges propietarios le habían dado un mes antes ante el mismo Notario que autorizó después las escrituras de enajenación. En el poder se confiere al señor Castillo, entre otras facultades, la de vender toda clase de bienes, incluso inmuebles, por los precios que estime conveniente; y se señala, además, en el poder que «el apoderado podrá hacer uso de sus facultades, incluso si hay autocontrato, doble o múltiple representación o existen intereses opuestos». En la escritura de poder no firman los cónyuges poderdantes (uno de ellos, al menos, había llegado a la edad de jubilación) «por manifestar no saber»; lo hace por ellos uno de los testigos instrumentales (cuyos datos de identidad no aparecen acreditados). 3.º Se conoce, por la documentación que acompaña a las escrituras calificadas, que el valor fiscal de tres de la cinco fincas vendidas a la vez es trece veces superior al precio por el que han sido compradas (sin que conste si ocurre lo mismo con las otras dos fincas) 4.º Después de otorgadas las ventas, la poderdante revocó el poder en escritura de 4 de junio de 1988, según consta al Registrador por los antecedentes del Registro; de las aseveraciones del comprador recurrente en su escrito de recurso se desprende que el vendedor ya ha fallecido y que ni él ni su mujer ratificaron las ventas, si bien tampoco las impugnaron judicialmente, o más bien, «la venta» en singular, pues el recurrente en su recurso habla con reiteración en singular de «dicha venta».

2 La regla es que el poder conferido por una persona no puede ser utilizado por el apoderado en actos en los que poderdante y apoderado tengan intereses contrapuestos, como ocurre en el acto por el que se vende en nombre del poderdante si el apoderado es el que compra, y así lo confirma el artículo 1.459, 2.º, del Código Civil, según el cual no podrán adquirir por compra «los mandatarios los bienes de cuya administración o enajenación estuvieren encargados». Doctrina y jurisprudencia aceptan, sin embargo, la posibilidad del autocontrato, a pesar de que hay en él oposición de intereses, pero para ello es necesario que exista una especial autorización (como confirma para la comisión mercantil el artículo 267 del Código de Comercio).

3. No puede dudarse de que el lenguaje técnico empleado en la escritura de poder, seguramente incomprensible para personas que ni siquiera saben firmar, traduce correctamente la verdadera voluntad manifestada ante el Notario y que el Notario habrá prestado asistencia especial a la parte necesitada de ella (cfr. art. 147 del Reglamento notarial). Partimos, pues, de que en el poder se ha concedido al apoderado la facultad de venderse a sí mismo. Pero si siempre la concesión de poderes es de interpretación estricta, con mayor razón lo ha de ser un poder en que el apoderado resulta facultado para venderse a sí mismo y, además, señalando él el precio que estime conveniente. Ahora bien, el poder para vender sólo permite la enajenación que tenga por causa el contrato oneroso de verdadera compraventa y mal puede calificarse de tal aquella en que al menos la parte más importante de los bienes tiene

como precio uno señalado por el mismo apoderado y comprador con cantidad trece veces inferior al valor fiscal comprobado.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso

Madrid, 29 de abril de 1993.—El Director General, *Antonio Pau Pedrón*.

Ilmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

#### COMENTARIO

La Resolución que es objeto de este comentario plantea dos asuntos importantes para la práctica registral, y especialmente para la función calificadora que el artículo 18 de la Ley Hipotecaria confiere al Registrador de la Propiedad, que son:

— La posibilidad de salvar la autocontratación en el ámbito del artículo 1459.2 del Código Civil.

— La calificación del precio como real.

Respecto a la primera cuestión, la posibilidad de salvar la autocontratación en el mandato, la doctrina se ha dividido en dos posturas:

— La primera, minoritaria, integrada por autores como García Cantero y Manresa, que niega la posibilidad de la autocontratación en el ámbito del artículo 1459.2 del Código Civil, fundándola en razones de orden público, y considerando al artículo 267 del Código de Comercio como un supuesto diferente al contemplado en el artículo 1459.

— La segunda, a la que se adscriben Lacruz y Díez Picazo, que interpreta el artículo 1459.2 del CC, como una prohibición, no como una incapacidad. Esta prohibición se establece en interés del vendedor, y no por una razón de moralidad u orden público, como otros números del mismo artículo, lo que lleva a Lacruz a afirmar que esta prohibición no debe entenderse en términos absolutos, sino atendiendo a su *ratio legis* cual es el interés del mandante, y por lo tanto éste puede renunciar a tal protección autorizando al mandatario la autocontratación

En esta misma línea se manifiesta Angel López (*Comentarios al Código Civil*. Ministerio de Justicia. 1989. Pág. 905), entiende que cuando por las circunstancias de la compra (v. gr., precio tasado o fijado con referencia a la Bolsa o mercado) queda excluido el conflicto de intereses entre mandante y mandatario para enajenar, o la voluntad del mandante autorice o ratifique la autocontratación en el ámbito de la legitimación de éste, no hay razón para prohibir el autocontrato.

Esta tesis ya fue defendida por García Goyena, quien al comentar el artículo 1.381 2 del Proyecto de Código Civil de 1851, trasunto del artículo 1.459, señaló como fundamento de la prohibición, el interés del vendedor, y por ello la compra subsistirá, cuando sea ratificada por aquél.

La Dirección General de los Registros y del Notariado en la resolución objeto de este comentario, se une a la tesis mayoritaria y admite la autocontratación en el ámbito de la relación mandante-mandatario, a pesar del con-

flicto de intereses que subyace en dicha relación, basándose para ello en el artículo 267 del Código de Comercio, si bien reclama una especial autorización al mandatario.

Partiendo de la admisibilidad de la autocontratación, cabe ahora preguntarse si el poder que lo autorice debe reunir o no algún requisito especial.

José Manuel García García, en la sección «La calificación registral en la práctica diaria», del Boletín Registral de Cataluña, en su artículo «Un supuesto discutible de autocontratación» entiende que no puede admitirse la autocontratación en el ámbito del artículo 1.459.2 sin que en el poder se determine el precio, aduciendo los siguientes argumentos:

1. El artículo 1.459.2 CC contiene una prohibición legal basada en la existencia de un conflicto de intereses, conflicto que no se salva con la genérica cláusula que suele permitir la autocontratación en estos casos, pues ese conflicto imposibilita al mandatario el fijar el precio equitativamente.

2. El artículo 1.449 del CC en relación con el 1.256 del CC impide que la fijación del precio se deje al arbitrio de uno de los contratantes.

3. Los artículos 1.445 y 1.450 del CC definen la esencia del contrato de compraventa desde la perspectiva del consentimiento sobre la cosa y el precio, sin que lo haya sobre el precio al no haberse estipulado en la escritura de poder, de modo que no consta un consentimiento específico de la parte. Entiende este autor que no hay, en estos casos, un consentimiento contractual de la parte vendedora sobre un precio cierto (art. 1.261.1 CC).

Frente a estos argumentos puede alegarse:

1. La fijación por parte del mandatario de un precio no equitativo se resuelve a través del artículo 1.726 del Código Civil que regula la responsabilidad del mandatario, ya que la base de toda relación de mandato es la confianza, y como tal entraña un riesgo del que el artículo 1.726 del Código Civil actúa como corrector. Así José León Alonso (*Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia 1989. Pág. 1564) entiende que este artículo no contiene una obligación de resultado para el mandatario, sino el deber de comportarse de acuerdo con el interés subjetivo de quien presida su gestión.

2. No se deja al arbitrio de uno de los contratantes la fijación del precio, porque el mandatario es portador de dos voluntades la del mandante y la suya propia, por lo que hay conjunción de voluntades en la determinación del precio. Cosa distinta es la de considerar que la voluntad así formada esté viciada, debiéndose entonces acudir a la acción de anulabilidad por vicios en el consentimiento.

3. El argumento respecto del precio que expone José Manuel García García, sería también aplicable a la cosa, conforme el citado artículo 1.450 del Código Civil, de modo que la vía para permitir la autocontratación no podría ser de ningún modo un poder general, sino un poder especial con determinación de la cosa y el precio, convirtiéndose el mandatario en un mero *nuntius*, al restringírsele el ámbito de actuación a la fijación del modo de pago, al otorgamiento de las escrituras, o al establecimiento de condiciones resolutorias en su caso.

Por otro lado el afirmar que no hay consentimiento contractual si no se determina el precio en el poder, nos llevaría al absurdo de exigir en todo caso la fijación del precio haya o no autocontratación, pues no puede entenderse que si no hay autocontratación el mandatario pueda prestar un con-

sentimiento eficaz y si hay autocontratación, permitida por el mandante, se presume viciado.

En este sentido en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 21 de mayo de 1993, el Notario autorizante en su informe manifiesta que «es necesario distinguir entre los intereses opuestos de dos personas o partes en un negocio oneroso y el posible perjuicio o lesión que puede sufrir una de ellas a consecuencia de la conclusión del mismo. El primer supuesto es un problema de legitimación para intervenir en el contrato, en cambio el segundo aspecto es materia sujeta a control judicial no del Registrador». No hay duda de la admisión de la legitimación del mandatario para realizar el autocontrato autorizado en el poder, en los términos en el mismo reseñados, en cuanto a la imparcialidad es cuestión de hecho sujeta a apreciación judicial.

En armonía con la tesis de José Manuel García García, el Tribunal Superior de Canarias, en la resolución que se comenta, mantiene que para que sea válida la autocontratación deben darse los requisitos:

- Ausencia de conflicto o contraposición de intereses.
- Un poder especial y suficiente, sin que pueda considerarse como tal un vulgar poder general que incorpora como cláusula de estilo la alusión a la autocontratación.

De admitirse la tesis de García, pienso que nos llevaría a exigir que el precio constara siempre en cualquier poder para vender, pues el conflicto de intereses que vicia la voluntad del apoderado en la autocontratación se daría también cuando el comprador es un familiar o socio del apoderado, y sin embargo, no se duda de que en estos casos el poder es suficiente, aunque la sombra del fraude planeé sobre el negocio del mismo modo que lo haría en la autocontratación, por lo que se viciaría el tráfico jurídico desarrollado a través de la figura del apoderamiento. Para evitarlo, hay que dejar a los Tribunales, y *a posteriori*, la facultad de contrarrestar la conducta maliciosa del apoderado y no eliminar su autonomía, pues ésta la adquiere por voluntad del mandante que ha confiado en él.

Entiendo que sería aplicable en este asunto la misma tesis que defiende Díez Picazo en sede de emancipación, cuando entiende que el menor puede hipotecar aunque ello conlleve la posibilidad de burlar el artículo 323 del Código Civil que requiere para la enajenación por el menor de un inmueble que los padres o tutores presten su asentimiento, pues si hay fraude ya se perseguirá *a posteriori* sin que la sospecha de su existencia le prive de la facultad de hipotecar. Es decir, no puede limitarse la autocontratación por la mera sospecha del fraude, máxime cuando el mandante ha prestado libremente su consentimiento.

La DGRN en este caso, desaprovecha la oportunidad, y no entra a estudiar en profundidad el tema del autocontrato tal y como aquí se plantea, lo admite siempre que se salve, en analogía a lo dispuesto por el artículo 267 del Código de Comercio en sede del contrato de comisión, y simplemente recuerda su interpretación estricta.

Respecto a la segunda cuestión, conviene recordar que el precio en la compraventa ha de reunir según la doctrina tres caracteres:

- Ha de ser real.
- Ha de ser cierto.
- Ha de ser en dinero o signo que lo represente.

Nada se habla de que haya de ser justo, como ocurre en el Derecho catalán o navarro, no incluyéndose entre las causas de rescisión la de lesión. El TS confirma esta tesis y en las Sentencias de 16 de octubre de 1965, 5 de febrero de 1971, 14 de junio de 1973 y 25 de abril de 1981, se afirma que el precio no tiene por qué ser equivalente al valor de la cosa vendida, por lo que aunque el precio fuera desproporcionado no originaría por sí mismo la nulidad del contrato.

Bajo estas premisas parece que para hablar de la inexistencia del contrato por falta de precio, simulación absoluta, ha de probarse que tal precio no existió (art. 1.261CC) (STS 5 de marzo de 1987). En la Sentencia de 29 de septiembre de 1988, el Tribunal Supremo abunda en esta teoría, al exigir junto al precio irrisorio, la falta de entrega del mismo para declarar nula la venta por simulación absoluta. En este sentido la citada sentencia, declara la nulidad del contrato, porque en la escritura no consta la entrega del precio, y tampoco se incluye al vendedor en la lista de los acreedores como crédito en el pasivo de la suspensión de pagos de la sociedad compradora.

En este caso el precio se confiesa recibido, por lo que al haber entrega, aunque el precio sea irrisorio, no puede hablarse de simulación absoluta y consecuentemente de nulidad del negocio. Ahora bien, no obstante quedar el precio reducido a una cuestión de hecho, cual es su cuantía, la Dirección General de los Registros y del Notariado entra a calificarlo al hilo de la interpretación del poder, ya que ésta habilita al mandatario a realizar actos a título oneroso no a realizar actos a título gratuito, que quedarían fuera de la órbita del poder concedido, dando lugar a una simulación relativa, al existir, bajo la apariencia de venta una donación, y por lo tanto sujeta a impugnación por simulación relativa.

El problema no está en calificar la simulación *per se*, que nos está vedado, sino en determinar si para la calificación del poder es necesario entrar a considerar la simulación. El tema radica, a mi entender, en el ámbito de la función calificadora del Registrador recogida en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, y ver si en él tiene encaje la calificación de un supuesto de hecho como es la cuantía del precio, aunque tenga consecuencias jurídicas. ¿Puede el Registrador al calificar cualquier escritura que contenga un negocio traslativo solicitar como documento complementario una certificación de Hacienda con el valor comprobado del bien objeto de la transacción?, además la no concordancia entre el valor escriturado y el fiscal ¿entraña siempre una simulación relativa del negocio jurídico? ¿Cuál es el baremo que permite distinguir entre precio cierto y precio irrisorio?

Creo que debe dejarse al arbitrio del mandante, la defensa de sus intereses, y cuando el mandatario rinda cuentas de su gestión, artículo 1720 del Código Civil, podrá el mandante exigirle responsabilidad, ya sea por extralimitación del poder o por fraude, ante los Tribunales de Justicia. De este modo la función calificadora del Registrador cuando entrañe cuestiones fácticas, como la cuantía del precio, los vicios del consentimiento. . deberá limitarse a la calificación de la legalidad jurídica aparente, pues el trasfondo compete a los Tribunales.

Volviendo al caso cuestionado, si en el poder hubiera señalado ese precio

¿hubiera el Registrador suspendido la inscripción alegando falsedad de la causa, por ser gratuita y no onerosa, cuando el poder sólo faculta para vender? Los artículos 33 y 37 de la LH tienen por misión corregir los desajustes que se ocasionan cuando accede al Registro un acto nulo o anulable, pues ante el Registrador no se produce una contienda que permita decidir con equidad sino que la función registral se ejerce inaudita parte, y por lo tanto sin los elementos de juicio suficientes para calibrar la intención de los contratantes. Parece pues, que el Registrador, en su función calificadora, debe analizar cuidadosamente la representación y las facultades que confiere, pero ello no incluye una cuestión de hecho como la cuantía del precio y su relación con el valor de la cosa, sino la adecuación del negocio jurídico a lo estipulado por el poderdante, dejando la defensa de sus intereses al que autorizó el negocio a través del poder.

MARÍA EMILIA ADÁN GARCÍA



# III. Sentencias del Tribunal Supremo

## 1. DERECHO CIVIL

### A) DERECHOS REALES

Por ELENA MÚGICA ALCORTA

*SERVIDUMBRE LEGAL DE PASO: EXTINCION EX ART. 568 CC. (SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1993.)*

Al dueño del predio sirviente que pretende que se declare la extinción le incumbe probar, conforme a las reglas de distribución de la carga probatoria, la contigüidad a un camino público.

*PROPIEDAD HORIZONTAL: INSTALACIONES EXIGIDAS POR ORDENANZAS MUNICIPALES. (SENTENCIA 17 DE JUNIO DE 1993.)*

Las modificaciones o instalaciones que exige la normativa ordenancista para adecuar ciertos locales (garajes) de modo que puedan ser útiles conforme a su destino legal y reglamentario han de ser toleradas, sin necesidad de nuevos acuerdos, unánimes ni por mayoría, si bien en la forma que las nuevas técnicas urbanísticas y de ambientación procuren la menor molestia, daño e invasión dominical de elementos comunes y privativos.

*LEGITIMACION REGISTRAL: PRESUNCION DE VERACIDAD DE LOS ASIEN-TOS DEL REGISTRO. VALOR PROBATORIO DEL INSTRUMENTO PUBLICO. (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1993.)*

Las presunciones de dominio derivadas de la escritura pública y de la inscripción registral: primero, no quedan desvirtuadas por la mera afirmación, gratuita y exenta de fundamento probatorio, de que el dinero utilizado para la compra del piso era del cónyuge del comprador, adquirente en régimen de separación de bienes; y, segundo, prevalecen sobre la presunción del artículo 1.441 CC.

*Comentario.*—Merece la pena detenerse en esta sentencia, marginando la confusión de los artículos 1.361 y 1.441 CC, como mera anécdota, y hacer las siguientes consideraciones:

El fallo descansa en la importante *presunción de veracidad y exactitud de los asientos del Registro*, entraña misma del *principio de legitimación registral*, en su doble actuación sustantiva y procesal. El titular registral es considerado en el ámbito judicial y extrajudicial como titular real, sin necesidad de demostrarlo, mientras no se pruebe lo contrario, y se halla bajo la salvaguardia de los Tribunales.

La legitimación registral hace veraz o exacto el contenido del Registro en cuanto a la existencia, titularidad, causa jurídica de la mutación y ejercicio del derecho registrado (ROCA SASTRE). No deja de resultar curioso el ámbito que la sentencia comentada atribuye a la presunción de veracidad: «Por el mero hecho de la certificación registral aportada a los autos hay que presumir que *el piso existe*, y que fue adquirido por X y que X sigue siendo propietaria del mismo a todos los efectos legales» (el resaltado es nuestro).

El contenido del Registro se presume exacto independientemente del título y por ello el artículo 38, párrafo 1.º LH sólo al Registro se refiere. Sin embargo, al entrar en la fase de la prueba en contrario de tal presunción, puede conectarse la inscripción con la escritura. Ello permite al Tribunal Supremo hacer la siguiente afirmación acerca del *valor probatorio del instrumento público*: «si bien es cierto que la fe notarial acredita de quien sea el dinero utilizado para el pago, el documento presentado implica una presunción de veracidad que exigiría una prueba contundente de que todo el dinero empleado para la compra del piso (...) era del esposo, cosa que no se hace».

La Sentencia yuxtapone las dos presunciones analizadas: la derivada de la escritura pública y la insita en la inscripción registral. No obstante, se nos van ocurriendo las siguientes diferencias.

1.ª El instrumento «público» es público sólo en razón del autor, pero forma parte de un protocolo institucionalmente secreto; mientras que la inscripción se practica en un Registro público, en sus dos vertientes de publicidad material y publicidad formal.

2.ª Frente a lo limitado de los efectos probatorios del documento notarial (art. 1.218 CC), el artículo 225 LH consagra la certificación registral como único documento mediante el cual puede acreditarse «en perjuicio de tercero» «la libertad o gravamen de los bienes inmuebles y derechos reales». Ello, que en el fondo no es sino derivación del principio de fe pública registral y de la publicidad material a que antes nos referíamos, puede extenderse a las titularidades inscritas.

3.ª El documento notarial conlleva ciertamente en juicio una presunción *juris tantum*; pero, fuera del proceso, no engendra legitimaciones para el tráfico, a diferencia de la inscripción. (Sobre la discutida «legitimación notarial» para el tráfico, que ya apuntó Núñez Lagos, puede verse José Manuel García García, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo I, pág. 734).

4.ª El artículo 38, párrafo 2.º LH no admite la posibilidad de ejercitar una acción contradictoria de un derecho publicado en el Registro si antes o a la vez no se solicita judicialmente la nulidad o cancelación del asiento correspondiente; lo que, en lectura del Tribunal Supremo, significa que, sin necesidad de petición expresa, tal nulidad o cancelación es consecuencia hipotecaria lógica de la acción ejercitada.

*COMUNIDAD DE BIENES: DIVISION DE LA COSA COMUN.* (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1993.)

La facultad del comunero de pedir la división de un edificio en régimen de propiedad horizontal, conforme al artículo 401, párrafo 2.º CC, no procede cuando entraña obras de enorme importancia y costos de gran envergadura, que suponen un cambio total, conceptual y físico del inmueble.

*COMUNIDAD DE BIENES: DISOLUCION.* (SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1993.)

La fecha de cese de la situación de titularidad compartida y de los efectos de la comunidad es la de la partición, que es cuando los comuneros pasan a ser propietarios exclusivos de los bienes que se les adjudican.

*SERVIDUMBRE: CONSTITUCION VOLUNTARIA.* (SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 1993.)

El hecho de que en la escritura de segregación de una parcela se consigne como linderero una calle en proyecto, y no el resto de la finca matriz, implica la constitución voluntaria de una servidumbre de paso.

*Comentario.*—Esta sentencia es conforme al principio espiritualista o de libertad de forma (arts. 1.254, 1.258, 1.278 CC); sin olvidar que, como señaló la RDGRN de 18 de octubre de 1991, la inscripción del derecho de servidumbre debe expresar su extensión, límites y demás características configuradoras, como presupuesto básico para la fijación de los derechos del predio dominante y las limitaciones del sirviente.

*PROPIEDAD HORIZONTAL: ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS. NULIDAD ABSOLUTA POR REFERIRSE A ASUNTOS NO COMPRENDIDOS EN EL ORDEN DEL DIA.* (SENTENCIA DE 27 DE JULIO DE 1993.)

Se reiteran las siguientes doctrinas:

*Primera.* Dado lo dispuesto en el artículo 15 LPH de que la convocatoria se haga con indicación de los asuntos a tratar, para que pueda llegar a conocimiento de todos los interesados, ello pone de relieve la trascendencia que comporta la redacción clara y precisa del orden del día, toda vez que siempre habrá de exigirse una perfecta armonía y congruencia entre lo enunciado, como tema a tratar y deliberar y, en definitiva, acordar o rechazar, y lo que al efecto se decida en la Junta, ya que siendo la asistencia de los interesados copropietarios voluntaria, no lo es, sin embargo, la citación de todos ellos, que obviamente, harán uso de su facultad de asistir o no con vista del orden del día como marco indesbordable de los asuntos que han de debatirse (SS. 19 noviembre 1991 y 16 abril 1993).

*Segunda.* Tratándose de supuestos de nulidad radical o absoluta, la acción de impugnación de los acuerdos de la Junta de propietarios es imprescindible y no está sujeta al plazo de caducidad de 30 días del artículo 16, norma 4.ª LPH (SS. 5 abril 1978 y 3 noviembre 1982).

*Comentario.*—Díez Picazo y Gullón consideran plausible el criterio jurisprudencial

dencial de la imprescriptibilidad, para paliar la brevedad del plazo de impugnación.

**USUFRUCTO: CONSTITUCION INTER VIVOS EN DOCUMENTO PRIVADO.**  
(SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1993.)

La exigencia del artículo 1.280. 1.º CC es requisito *ad probationem* que en modo alguno priva de valor a la eficacia del usufructo reservado en documento privado, aunque la venta se hubiera hecho en escritura pública.

*Comentario* —El Tribunal Supremo recoge una interesante puntualización del Tribunal *a quo*: «sin perjuicio de la eficacia de su constitución respecto a terceros si la reserva vitalicia del usufructo no se inscribió en el Registro de la Propiedad». En efecto, las fincas fueron enajenadas por los adquirentes y constan inscritas en el Registro a favor de terceros, que no han sido parte en este litigio y cuya adquisición deberá ser mantenida si cumple los requisitos de protección de la fe pública registral.

**SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS: CRITERIO PARA DELIMITAR CUANDO ES NEGATIVA Y CUANDO ES POSITIVA.** (SENTENCIA DE 1 DE OCTUBRE DE 1993.)

Sin excepción alguna, desde la promulgación del CC, la jurisprudencia ha venido manteniendo siempre que la servidumbre de luces y vistas, cuando los huecos se han abierto sobre pared propia, es negativa, pues su existencia impediría al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería posible, como es edificar en su terreno tapando los huecos; mas cuando los huecos se han abierto en pared ajena o medianera, o tales huecos revisten la forma de balcones con voladizo, la servidumbre es positiva, ya que para ellos se debió contar con la autorización del propietario del previo sirviente, o del otro medianero.

**DOBLE INMATRICULACION: PREVALECE EL TERCERO PROTEGIDO POR LA FE PUBLICA.** (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1993.)

Prevalece el titular inscrito en quien concurren los requisitos de tercero de buena fe que adquiere a título oneroso de persona que según el Registro tenga facultad para transmitir el derecho, sobre quien accede al Registro por la vía del artículo 205 LH. En tal caso no se deben aplicar las normas del Derecho civil puro.

*Comentario*.—También Roca Sastre recogió el criterio de preferencia del titular que sea tercero hipotecario sobre quien no lo es en la quinta edición de su *Derecho Hipotecario*, pero prescindió de él en las ediciones posteriores. José Manuel García García comentando este criterio jurisprudencial llega a las siguientes conclusiones.

1.º Con cierta reiteración la jurisprudencia desecha, frente a recurrentes que habían alegado la infracción del artículo 34 de la Lcy, la aplicación de dicho artículo; pero la argumentación utilizada revela que no es que se desee en cualquier caso tal artículo, sino que se suelen hacer algunas matizaciones.

2.<sup>a</sup> Algunas sentencias excluyen la aplicación del artículo 34, pero es frente al titular registral del folio más moderno, basándose en que existía una causa de resolución que resultaba del propio Registro (en sentido amplio), lo que excluye que dicho titular sea tercero hipotecario.

3.<sup>a</sup> Hay algunas sentencias, en franca minoría, que aplican el criterio del artículo 34 (SS. 12 noviembre 1970, 31 octubre 1978, 26 marzo 1991).

En el último grupo debe incluirse, pues, esta Sentencia de 4 de octubre de 1993, que relega el Derecho civil puro a criterio subsidiario en defecto del de tercero hipotecario y contiene algunas afirmaciones, a título de *obiter dicta*, sobre la aplicación del Derecho civil puro, merecedoras de un estudio más profundo en otro lugar.

**DERECHO DE VUELO RUSTICO.** (SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1993.)

Trata de hacer compatibles derechos recíprocos al uso y aprovechamiento de las partes de un inmueble atribuidas a distintos titulares (suelo y vuelo), con sujeción además a los límites generales que la ley impone a los derechos subjetivos (art 7 CC)

**PROPIEDAD HORIZONTAL: IMPUGNACION DE ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS** (SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1993.)

La infracción de normas sobre convocatoria (en el caso, la antelación de 6 días exigida en la citación para la Junta ordinaria anual por el art. 15, pár. 3.º LPH) conlleva la nulidad de la Junta. No cabe aplicar analógicamente el artículo 238 LOPJ, como pretendía el recurrente, y exigir indefensión o peligro irreparable para apreciar aquella nulidad.

**POSPOSICION DE HIPOTECA: EL PLAZO PARA LA INSCRIPCION DE LA HIPOTECA FUTURA ES REQUISITO «SINE QUA NON».** (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1993.)

*Hechos.*—En una escritura de posposición y constitución de la hipoteca antepuesta se omite fijar el plazo para la inscripción de dicha hipoteca.

*Doctrina de la sentencia.*—El acuerdo sobre el plazo en que haya de inscribirse la hipoteca que se va a anteponer (art. 241,3.º RH) no es un «elemento accesorio» del negocio jurídico, sino un requisito *sine qua non* para que produzca efectos registrales. El plazo sólo puede ser fijado de común acuerdo y no por la vía de los siguientes artículos:

— 1.128 CC, porque no se trata de una obligación de cuya naturaleza y circunstancias se deduzca que ha querido concederse plazo al deudor (cuanto menos cuando las consecuencias de la no inscripción en un plazo determinado son causa de vencimiento anticipado).

— 1.258 CC, porque el titular de la hipoteca pospuesta no está obligado civilmente a realizar la inscripción y es el acreedor en la que se va a anteponer quien tiene interés en que se realice la inscripción.

— 1.279 CC, puesto que la omisión de plazo no es una cuestión de forma, sino un defecto de fondo.

*Comentario.*—El supuesto de hecho consiste en lo que Roca Sastre denominó «posposición de hipoteca de tipo puro», y para la cual no consideró necesarios, los requisitos de máximo de responsabilidad, duración y plazo de inscripción de la hipoteca antepuesta.

Otro es el criterio del Tribunal Supremo, que considera el plazo como requisito *sine qua non* (en terminología que ya usó La Rica) para que la posposición surta efectos registrales —y, añadimos nosotros, cualquier tipo de efectos, de considerarse constitutiva la inscripción de modificaciones de rango de hipotecas—

La exigencia del Tribunal Supremo choca con la flexibilidad de la RDGRN de 5 de Febrero de 1915, en la que concurrían una primera escritura de posposición en favor de hipoteca futura, «cualquiera que fuera su importe», y una posterior escritura de constitución de la nueva hipoteca antepuesta. La Dirección General consideró que «la indeterminación de la primitiva escritura se destruye con la presentación simultánea de la segunda y por la identidad de personas, cosas y derechos», lo que no era en absoluto cierto, puesto que el acreedor que consintió la posposición no intervino en la segunda escritura.

**SOCIEDAD CIVIL IRREGULAR. DIFERENCIAS CON LA COMUNIDAD DE BIENES. DISOLUCION EX ARTICULO 1.700 4.º Y 1.707 CC. (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1993.)**

Cuando la comunidad de bienes recae sobre bienes de muy distinta naturaleza, pero que agrupados armónicamente por virtud de un contrato están destinados en su explotación económica conjunta a la obtención de un lucro, es decir, que en lugar de presentar un aspecto un tanto estático están dinamizados, el negocio documentado debe calificarse de sociedad civil irregular.

Procede la disolución de tal sociedad, no obstante el pacto de subsistencia, por quiebra de la confianza de los socios (en el supuesto del litigio se trataba de ventas subrepticias realizadas por uno de los socios, fuera del área de producción que le competía contractualmente y sin comunicarlo al otro socio).

*Comentario.*—Castán Tobeñas distingue la sociedad y la comunidad por razón de su *origen* (en la primera es necesaria la convención, mientras que la segunda puede existir sin ella) y por razón del *fin u objeto* (en la sociedad es el de lucro, en tanto que en la indivisión, el de mantener en su integridad la cosa común o favorecer su conservación). En la misma línea, Díez Picazo señala que cuando la concurrencia de una pluralidad de sujetos en la titularidad de un derecho se produce por una disposición legal o por un hecho jurídico en el que no interviene la voluntad de los interesados, estamos ante una comunidad de bienes. En cambio, cuando ese estado obedece a la voluntad de los interesados, esta voluntad es la que determina el carácter comunitario o societario de la unión. Si los fines perseguidos son de carácter dinámico, podremos interpretar la voluntad, expresa o tácita, en el sentido de que se trata de una sociedad, cuando se trata de fines estáticos, será una comunidad.

La idea del patrimonio en actividad o en movimiento, para el ejercicio de una actividad con la que conseguir un lucro o ganancia partible entre los socios, *versus* patrimonio en reposo o estático, en el que los comuneros se limitan a su mera conservación, disfrute o utilización, se reflejó en las SS. 15 octubre 1940 y 16 abril 1942. Igualmente en la que comentamos, ante la pre-

sencia de una «dinámica sociedad civil cuyo objeto es la explotación agropecuaria de una finca y sus elementos anejos de todo orden».

*SERVIDUMBRE VOLUNTARIA DE DESAGÜE: OBRAS EX ARTICULO 543, PARRAFO 1.º CC.—SERVIDUMBRE CONTINUA Y APARENTE: AUN NO INSCRITA PERJUDICA A TERCEROS.* (SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1993.)

El dueño del predio dominante puede hacer obras necesarias que actualizan la forma de uso de la servidumbre sin alterarla ni hacerla más gravosa.

Tratándose de una servidumbre continúa y aparente produce efectos frente a terceros pese a no hallarse inscrita.

*USUCAPION: INTERRUPCION DE LA POSESION EX ARTICULO 1.947 CC — USUCAPION POR UN COMUNERO: POSESION EN CONCEPTO DE DUEÑO.* (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1993.)

Recoge la doctrina jurisprudencial de que la eficacia interruptora de la conciliación se contrae a la prescripción extintiva, tal y como establece el artículo 1.973 CC, para cuya interrupción no rige la necesidad de promover el correspondiente juicio dentro de los dos meses siguientes al acto de conciliación, requisito este, sin embargo, inexcusable en la prescripción adquisitiva, por disponerlo así el artículo 1.947 CC (SS. 29 septiembre 1983, 20 septiembre 1984 y 8 junio 1987).

Para que la finca propiedad común pueda ser usucapida por uno o más condueños frente a otro u otros es preciso que aquéllos ejerciten su posesión en concepto de propiedad exclusiva, no de copropiedad.

*DOBLE INMATRICULACION. SE APLICA EL DERECHO CIVIL PURO Y, EN SU DEFECTO, LAS REGLAS DE DESLINDE.—DOBLE VENTA: NO SE DA ENTRE TERCEROS DEL ARTICULO 34 LH.—ACCION DE DESLINDE: SIMULTANEA A LA DE DECLARACION DE DOMINIO.* (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1993.)

En un caso de *doble inmatriculación* en que ambos titulares tienen la condición de terceros al amparo del artículo 34 LH, se produce la colisión registral de asientos incompatibles que anulan la fe pública y exigen resolver la cuestión conforme al Derecho civil puro, en juicio declarativo ordinario, conforme al artículo 313 RH. La solución del pleito no puede apoyarse en la fecha de acceso al Registro, pues ello entraña la contradicción de resolver la cuestión por norma registral cuando se dice que ha de aplicarse el Derecho civil puro. Hay que acudir al análisis de la antigüedad del derecho de propiedad transmitido de los anteriores propietarios hasta llegar a la adquisición originaria; pero como sobre ello no hay dato alguno en el pleito y la demanda tenía por objeto el deslinde de la finca y la declaración de propiedad, el deslinde se hace conforme a los artículos 385, 386 y 387 CC: en el supuesto de que los títulos indiquen un espacio mayor del que comprende la totalidad del terreno, el aumento se distribuirá proporcionalmente.

La *doble venta* no se da entre dos adquisiciones onerosas, de buena fe y con todos los demás requisitos del artículo 34 LH, que han dado lugar a asientos igualmente merecedores de protección.

La *acción de deslinde* puede ejercitarse en juicio declarativo y simultáneamente a la de declaración de dominio, sin exigirse la plena identificación de la cosa en su realidad física. El deslinde se hace conforme a los artículos 385, 386 y 387 CC. en el supuesto de que los títulos indiquen un espacio mayor del que comprende la totalidad del terreno, el aumento se distribuirá proporcionalmente.

*Comentario.*—Unas líneas sobre la doctrina jurisprudencial acerca de la doble inmatriculación. Roca Sastre expuso dos criterios seguidos por el Tribunal Supremo: a) prevalencia del dominio de mejor condición atendiendo al *Derecho civil puro* y b) prevalencia de la *inmatriculación más antigua*; la regla general la constituiría el primer criterio, pero en ciertos casos en que concurren circunstancias especiales procede aplicar el segundo. Todas estas ideas son recogidas, casi literalmente, por la Sentencia de 30 de noviembre de 1989.

Recientemente José Manuel García García en su *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo II, página 457 y ss., y completando sus *Sentencias comentadas del Tribunal Supremo* con otras posteriores, distingue: a) el criterio mayoritario del *Derecho civil reforzado por la inmatriculación más antigua*; b) el criterio de la *inmatriculación más antigua*; c) el criterio del artículo 1.473.2 CC; y d) algunas sentencias en franca minoría que prefieren el titular que sea *tercero hipotecario* sobre el que no lo es.

Quisiéramos apuntar algunas resoluciones que consideran prioritario el criterio del tercero hipotecario (SS. 31 octubre 1978 y la *supra* citada 4 octubre 1993) y como supletorio el Derecho civil puro. Entre las sentencias que atienden a éste, además de las de 31 octubre 1978, 16 febrero 1979, 28 marzo 1980 y 8 febrero 1991 que recoge García García pueden verse las siguientes: 20 diciembre 1989 (regla del Derecho común *prior tempore potior est jure*); 16 diciembre 1988 (realidad extrarregistral); 17 febrero 1992 (título de dominio más antiguo con inscripción registral anterior); 27 mayo 1992 (doctrina jurisprudencial sobre declaración de dominio); 22 julio 1993 (título de dominio, primeramente inscrito, acreditado en ejercicio de la acción reivindicatoria y no desvirtuado); a la posterior de 30 diciembre 1993 (doctrina jurisprudencial de la acción declarativa de dominio). En defecto del criterio del Derecho civil puro, como criterio *supletorio de segundo grado*, el Tribunal se acoge en esta ocasión, y en atención al ejercicio simultáneo de la acción de deslinde, a la solución proporcionada por el artículo 387 CC que es, además *proporcionada* en sí misma.

#### PROPIEDAD HORIZONTAL: VIVIENDA DEL PORTERO. (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1993.)

*Hechos.*—La escritura de división horizontal y las escrituras de venta de los pisos o locales silenciaban el carácter común de la vivienda del portero, pero éste venía impuesto por los antecedentes documentales de modificación y adaptación del proyecto y por el régimen de V.P.O.

*Doctrina de la Sentencia.*—Los promotores no pueden disponer del piso libremente y procede reintegrarlo a la comunidad de propietarios, sin perjui-

cio del arrendamiento que sobre él pueda aparecer constituido, o indemnizar a la comunidad el valor del piso, si hubiera sido enajenado en favor del tercero.

*PROPIEDAD HORIZONTAL: VARIACION DE LA CUOTA.* (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1993.)

La cuota de participación fijada en el título constitutivo sólo puede ser modificada por acuerdo unánime de la Junta de propietarios (art. 16, norma 1.ª LPH), sin que puedan prevalecer los datos de carácter administrativo consignados en la cédula de calificación definitiva

*ELEVACION A PUBLICO DE DOCUMENTO PRIVADO PARA SU ACCESO AL REGISTRO.* (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1993.)

*Hechos.*—Se pide la elevación a público de un documento privado sobre división de fincas indivisas y consiguientes adjudicaciones, «en condiciones de tener acceso al Registro como fincas nuevas e independientes». Dicho convenio no fue suscrito por las esposas de los otorgantes, las cuales sí son titulares registrales y no son demandadas.

*Doctrina de la Sentencia.*—La escritura pública solicitada no supone rectificar inexactitud de un asiento existente, sino documentar públicamente unos pactos privados para que puedan tener acceso al Registro, por lo que no es necesario oír ni demandar a las esposas. Las dudas que puedan surgir sobre si los maridos se hallan legalmente habilitados para el otorgamiento de la escritura podrán ser obviadas si las esposas voluntariamente asienten al mismo y, en otro caso, las consecuencias de su eventual negativa sería soportadas por el demandante que eludió demandarlas, ello sin perjuicio de que se viera asistido por las acciones pertinentes, en su caso.

*PROPIEDAD HORIZONTAL: GASTOS SUSCEPTIBLES DE INDIVIDUALIZACION.* (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1993.)

Es imposible aplicar al caso concreto de autos el artículo, 9 regla 5.ª, inciso final LPH y los locales extraños al Centro Comercial existente en un edificio no deben contribuir a los gastos relativos a dicho Centro Comercial de agua, luz, limpieza, administración, vigilancia y rótulo.

*PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: COMUNICACIONES.* (SENTENCIA DE 4 DE ENERO DE 1994.)

No se produce nulidad del procedimiento del artículo 131 LH cuando los actos de comunicación referidos a la iniciación y subasta aparecen practicados con arreglo a lo convenido por las partes y con los requisitos de la LEC (arts 262 y ss.), esto es, en el domicilio señalado al efecto, donde al no ser encontrados los deudores se hizo entrega de la cédula a la persona hallada en el inmueble.

*PROPIEDAD HORIZONTAL: NO ES PRECISO DEMANDAR A TODOS LOS COPROPIETARIOS CUANDO LA COMUNIDAD EJERCITA UNA ACCION BENEFICIOSA. LA ATRIBUCION DE CARACTER PRIVATIVO EN LOS ESTATUTOS ES ILEGAL E INOPERANTE.—USUCAPION: REQUISITOS DE POSESION EN CONCEPTO DE DUEÑO Y DE JUSTO TITULO.* (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1994.)

Ejercitada una acción evidentemente beneficiosa para la comunidad demandante, cuya finalidad en el caso debatido es obtener la declaración de que un terreno es elemento común, no es preciso traer al proceso a todos los copropietarios, ni particularmente a quien no se hubiera opuesto a lo pretendido.

Cuando en una escritura de división horizontal nada se hizo constar sobre la naturaleza privativa de un solar, la disposición de los estatutos que atribuyó tal solar en propiedad a un local determinado está absolutamente fuera de lugar, e ilegal e inoperante y ha de modificarse.

La usucapión alegada por el recurrente no se aprecia porque no se prueban los requisitos de posesión en concepto de dueño y de justo título.

*COMUNIDAD DE BIENES: NULIDAD DE ACUERDOS EX ARTICULO 398, PARRAFO 3.º CC.* (SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1993.)

La nulidad de acuerdos gravemente perjudiciales a los interesados en la cosa común, declarada por el Juez de Primera Instancia y confirmada por la Audiencia lo es ahora por el Tribunal Supremo, dado el carácter eminentemente fáctico de la cuestión, en la que impera el criterio del juzgador de instancia, sin perjuicio de la facultad que a cualquiera de los partícipes corresponde para instar a la división (art. 400 CC).

*COMUNIDAD DE BIENES: EJERCICIO DE ACCIONES POR UN CONDUEÑO EN BENEFICIO DE LOS OTROS.* (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1994.)

Reitera la constante doctrina jurisprudencial de que, dentro de las facultades de uso y disfrute reconocidas por el artículo 394 CC, cualquiera de los partícipes puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, tanto para ejercitarlos como para defenderlos, por lo que un condueño puede entablar las acciones oportunas en beneficio de otros.

*Comentario.*—Añadir que esta doctrina ha sido puntualizada en ocasiones por el propio Tribunal Supremo, en el sentido de que si alguno de los partícipes se opone a la actuación del accionante, bien desautorizándolo de modo explícito, bien afirmando lo contrario de lo sostenido por aquél, no puede considerársele legitimado para actuar, porque tal oposición revela que hay sobre la materia criterios dispares y hasta que estas diferencias no desaparezcan no puede conocerse con certeza cuál sea el criterio más beneficioso para la comunidad (SS. 17 junio 1961, 19 febrero 1964, 8 abril 1965).

*PROPIEDAD HORIZONTAL: APROPIACION POR UN PROPIETARIO DE ELEMENTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1994.)*

La ilegitimidad de la anexión de un elemento común por uno de los copropietarios no precisa un concreto perjuicio a determinado propietario, sino que aquél debe ser respetado por todos y cualquiera de ellos carece de título para su disfrute exclusivo, salvo que éste le sea concedido en legal forma.

Demandada la comunidad de propietarios, no es necesario demandar individualmente a los propietarios cuando en nada perjudica la pretensión a dichos propietarios que, aunque tengan un interés reflejo en el resultado del litigio, no verán sus derechos afectados por el mismo.

*ACCION DE DESLINDE: DERECHO DE TODO PROPIETARIO. OBJETO Y ALCANCE. (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1994.)*

La acción de deslinde corresponde a todo propietario (art. 384 CC): Al no estar un lindero debidamente configurado o perfectamente definido, la ejecución del deslinde habrá de acerse a tenor de los arts. 385 y ss. CC. El objeto y alcance del deslinde se circunscribe a esclarecer o delimitar en exclusiva el lindero litigioso y no se extiende a declarar el derecho de acceso a determinado camino público colindante.

*USUCAPION: POSESION INMEMORIAL.—ACCION SOBRE DECLARACION DE DOMINIO.—LEGITIMACION REGISTRAL. (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1994.)*

La usucapión, título de adquisición del dominio, se produce por la posesión pública, pacífica y no interrumpida durante el tiempo exigido por la ley, a la sazón tiempo inmemorial, esto es, el que se hace perder en el recuerdo de los mayores y en todo caso superior a cuarenta años.

En las acciones declarativas de dominio, sean o no reivindicatorias, la acreditación por el actor del título en que se funda sólo puede ser desvirtuada con la demostración de poseer un mejor derecho el demandado, pues con frecuencia la prueba del título se reduce a la prueba del mero derecho.

La inscripción produce la presunción de titularidad; y en el caso debatido dicha presunción dominical no ha sido desvirtuada, sino que ha sido objeto de cumplida prueba, por lo que coincide el Registro con la titularidad que pregona, cualquiera que fuera el efecto de que la certificación para inscribir al amparo del artículo 206 LH la extendiera el Secretario del Ayuntamiento o el Ingeniero Jefe del Distrito Forestal, por tratarse de monte de utilidad pública.

*PROPIEDAD HORIZONTAL: APROPIACION POR UN PROPIETARIO DE ELEMENTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1994.)*

La Comunidad de propietarios, al advertir una extralimitación del comunero, que ha hecho suyos bienes comunes y plenamente identificados, pudo emplear tanto la acción reivindicatoria como las derivadas de la LPH, pues los propietarios deben respetar el régimen de comunidad, limitarse al empleo

exclusivo de la porción que les corresponde y contar siempre con el beneplácito de la comunidad para cualquier alteración que pretendan introducir en el inmueble.

**PROPIEDAD HORIZONTAL: IMPUGNACION DE ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1994.)**

La aprobación por la Junta de propietarios del plan o presupuesto de gastos sólo necesita mayoría (art. 16, regla 2.<sup>a</sup> LPH); pero el reparto o distribución de tales gastos, contrarios a la previsión estatutaria establecida al efecto, exige unanimidad (art. 16, regla 1.<sup>a</sup> LPH).

## B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA

**DERECHO DE OPCION: CARACTERISTICAS. (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1993.)**

*Doctrina de la Sentencia.*—Es doctrina de esta Sala que la opción de compra supone una compraventa concluida que no necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales contenidas en el convenio, bastando la expresión de voluntad del optante para que el contrato de compraventa quede firme perfecto y en estado de ejecución obligatoria para el cedente, sin necesidad de más actos, lo que la diferencia del «pactum de contrahendo», pues es con la aceptación cuando quedan definitivamente fijadas las recíprocas obligaciones que han de exigirse después con el nacimiento y perfección de la compraventa por obra del doble consentimiento que en el optante es simplemente retardado o pospuesto al término previsto, dependiendo la consumación del contrato de modo exclusivo de la decisión del optante, que realizada dentro del plazo establecido, constriñe al titular del derecho al cumplimiento, resultando extemporáneo el ejercicio del derecho de opción fuera del plazo establecido. Es característica esencial del contrato de opción de compra la de obligar al promitente a no vender a nadie la cosa prometida durante el plazo que se ha señalado y a realizar la venta a favor del optante si éste utiliza la opción.

**SON COMPATIBLES LAS INDEMNIZACIONES SATISFECHAS POR ACCIDENTE LABORAL Y LAS PROVENIENTES DE ACTO CULPOSO. (SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 1994)**

*Doctrina de la Sentencia.*—Es doctrina reiterada de esta Sala la de la compatibilidad de la indemnización satisfecha por accidente de trabajo y la dimanante de acto culposo, ya que la reglamentación especial no sólo no restringe el ámbito de aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 del CC, reguladores de la culpa extracontractual, sino que explícitamente viene reconociendo su vigencia, al admitir expresamente la posibilidad de que puedan derivarse del

hecho cuestionado otras acciones que las reguladas por la legislación laboral, exigibles las mismas ante la jurisdicción civil (SS. de 8-XI-1982 y 7-V-1984 entre otras), siendo así que las prestaciones de carácter laboral nacen de la relación de Seguridad Social y, mediatamente al menos, de la misma relación laboral que preexiste a las responsabilidades de índole extracontractual y que nacen de diferente fuente de las obligaciones (arts. 1.089 y 1.093) que es la culpa o negligencia no penadas por la Ley.

**UN CONTRATO NO ES MERCANTIL, POR EL SOLO HECHO DE TENER COMO OBJETO LAS ACCIONES DE UNA SOCIEDAD ANONIMA. (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1993.)**

*Doctrina de la Sentencia.*—La tesis fundamental a través de la que el recurrente ataca la sentencia se apoya en el carácter mercantil del contrato para que por el juego de los preceptos del Código de Comercio no quepa hablar de arras penitenciales, que están proscritas en dicha área jurídica (art. 343). Pero se da la circunstancia de que la calificación de contrato mercantil no es asignable a una compraventa por el sólo hecho de tener como objeto las acciones de una sociedad anónima.

**LA COMPRA DE MERCADERIAS EN TIENDAS PRODUCE PRESCRIPCION DE DERECHO SOLO A FAVOR DEL COMPRADOR. (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1993.)**

*Doctrina de la Sentencia.*—La denominada en el artículo 85 del Código de Comercio «prescripción de derecho» causada por la compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público, que supone la irrevindicabilidad de aquellas, ha de entenderse, como expresamente dice el precepto, «a favor del comprador», pero no, como aquí se pretende, en beneficio de la vendedora, que no puede alegar una prescripción que sólo tiene sentido respecto al comprador.

**LA PRUEBA DE QUE HAY SIMULACION CORRESPONDE A QUIEN LA AFIRMA. (SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1993.)**

*Doctrina de la Sentencia.*—La existencia de la simulación es igualmente un hecho, cuya carga de la prueba pesa sobre quien la afirma. La simulación se suele acreditar por presunciones, que son medio de prueba, y según el artículo 1.253 del Código Civil, requiere la demostración de unos hechos base para poder extraer de ellos una consecuencia con la que haya enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

**LA ORDEN MINISTERIAL SOBRE LIBERTAD DE INTERESES NO ES INCOMPATIBLE CON LA LEY DE USURA. (SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1993.)**

*Doctrina de la Sentencia.*—Reiterada jurisprudencia ha dicho que la Orden Ministerial que decreta la libertad de intereses no es incompatible con la Ley

de Usura (S. de 6-XI-1992). Todo lo cual resolverán los tribunales formando libremente su convicción en cada caso, con la libertad que les confiere el artículo 2 de la Ley

**ACTAS NOTARIALES: VALOR PROBATORIO.** (SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1993.)

*Doctrina de la Sentencia* —El «onus probandi» del artículo 1.214 del Código Civil impone la necesidad de probar la obligación cuyo cumplimiento se reclama; y el artículo 1.218 del mismo Cuerpo legal, y doctrina de esta Sala, aunque no se refiere estrictamente a las actas notariales, sino que se las excluye, por entender que dicho precepto se refiere a las escrituras, en tanto que las actas se rigen por los artículos 197 a 207 del Reglamento Notarial y que incluso aquellas no garantizan la íntima veracidad del contenido de las mismas, es lo cierto que esa captación sensible de los hechos reales verificada por un Notario y acompañada de una información gráfica auténtica, escapan racionalmente de ese rigor procesal, por tener un carácter sustantivo probatorio que no es dable desconocer.

**NO SON RESPONSABLES LAS EMPRESAS FERROVIARIAS CUANDO EL ACCIDENTE SE PRODUJO POR UN PROCEDER NEGLIGENTE DE LA VÍCTIMA.** (SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 1993.)

*Doctrina de la Sentencia.*—Ciertamente las empresas ferroviarias en la explotación de sus servicios crean evidentes riesgos para quienes se hallan próximos a los lugares por donde las vías discurren, pero es incuestionable que la responsabilidad por riesgo tiene en estos casos que excluirse como base de un resarcimiento de daños, cuando se trata de riesgos normales o razonablemente previsibles, puesto que solamente han de tenerse en cuenta los riesgos imprevisibles o excepcionales.

Esta Sala ha denegado declarar responsable a la empresa ferroviaria en supuestos de culpa exclusiva del accidentado, y sólo en algún raro caso apreció concurso de culpas con la compañía ferroviaria. En definitiva, no cabe extender la responsabilidad de las empresas ferroviarias a los accidentes que sobrevienen no con motivo de la explotación, sino por un proceder negligente de la propia víctima. La apreciación de la culpa no puede desviarse del concepto de culpa subjetiva que define el artículo 1.104 del Código Civil, con sus notas fundamentales de previsibilidad y medida de la diligencia exigible según las circunstancias.

**LA FALTA DE ACABADO DE LOS PISOS CONSTITUYE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACION.** (SENTENCIA DE 21 DE JULIO DE 1993.)

*Doctrina de la Sentencia.*—La falta de acabado, en relación con la propaganda realizada para la venta de los pisos, no cabe conceptuarla como vicio ruinógeno, del que se debe responder por la vía del artículo 1.591, sino que constituye un mero supuesto de incumplimiento parcial de la obligación de entregar la cosa en las condiciones debidas, que asumió la promotora del inmueble en méritos a los contratos de compraventa celebrados con los pro-

pietarios accionantes, siendo obligación exclusiva de la promotora finalizar la obra de modo que reúna las características constructivas ofrecidas públicamente a los futuros compradores, conforme a lo establecido en los artículos 1.091, 1.096, 1.101, 1.256 y 1.258 del Código Civil y artículo 8 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios.

**CONTRATO DE DESCUENTO: CARACTERES.** (SENTENCIA DE 21 DE JULIO DE 1993.)

*Doctrina de la Sentencia.*—La póliza de descuento de efectos bancarios tiene como contenido un contrato frecuente en el tráfico mercantil bancario, atípico y que ha sido denominado contrato de descuento. Contrato cuyo contenido es variado según los pactos y cuya naturaleza jurídica es discutida, pues en su finalidad económica puede advertirse la existencia de una compraventa (venta o cesión de crédito que nuestro Código Civil asimila a la compraventa en su artículo 1.528), y la existencia de un préstamo cuyo capital entregado se garantiza con la cesión de crédito contenido en los efectos cambiarios frente a los obligados por éstos, pero predomina en la doctrina la teoría de que se trata de un contrato unitario, autónomo y atípico. Su carácter mercantil es evidente. Como contrato, pues, habrá que estar en este caso a lo pactado (art. 57 del Código de Comercio, y en lo no establecido en el Código de Comercio, a las reglas generales del Derecho común (art. 50). Al carecer de norma específica en cuanto a los efectos del pago del capital respecto a los intereses, es evidente que debe estarse a la voluntad de las partes manifestada en el momento de hacer efectivas las entregas, y cuando nada se diga, habrá que acudir al artículo 1.100 del Código Civil, que forma parte de la teoría general de las obligaciones y contratos de dicho código, aplicable a todos cuando no haya norma específica contractual, y aceptar que el recibo del capital por el acreedor sin reserva alguna respecto a los intereses, extingue la obligación del deudor en cuanto a éstos

**LA DOBLE INMATRICULACION HA DE RESOLVERSE CONFORME AL DERECHO CIVIL.** (SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1993.)

*Doctrina de la Sentencia* —El artículo 1.462 permite una tradición «ficta», estimando como tal el otorgamiento de la escritura pública, equivalente a la entrega de la cosa, salvo estipulación en contrario o deducción en contra; esta presunción, como de naturaleza jurídica «iuris tantum», sólo puede rebatirse demostrando que de la propia escritura resulte o se deduzca claramente lo contrario y es irrelevante a este efecto la prueba testifical y de confesión respecto a si hubo o no entrega. Por lo tanto es inatendible el razonamiento que se intenta por el recurso acerca de que en su criterio no hubo entrega de la cosa, puesto que legalmente la hubo con los efectos que señalan los artículos 609 y 1.095 del Código Civil para adquirir el dominio según la teoría clásica del título y el modo.

Lo expuesto resuelve al mismo tiempo el conflicto planteado por la doble inmatriculación del inmueble litigioso a favor de dos personas distintas y a través de títulos contradictorios. Según la doctrina de esta Sala el problema planteado por la doble inmatriculación debe resolverse conforme a las normas

de derecho civil puro. Y al respecto consta probado que fue primeramente inscrito el título del recurrido, por lo tanto, según ha aceptado profusa jurisprudencia (SS. 23-I-1974 y 9-XII-1980 entre otras), esta Sala ha de aceptar la preferencia del mismo.

**LA PERPETUIDAD ES OPUESTA A LA NATURALEZA DE LA RELACION OBLIGACIONAL.** (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 1993.)

*Hechos.*—Don Norberto vendió al Ayuntamiento de V., hace unos cincuenta años, unos terrenos, expresándose en el contrato que debían dedicarse a fines deportivos, y estableciéndose una prohibición de disponer de los mismos. Ahora el Ayuntamiento, en cumplimiento de normas urbanísticas, enajena los expresados terrenos; los herederos de don Norberto reclaman indemnización. El Ayuntamiento es absuelto.

*Doctrina de la Sentencia.*—La prohibición de disponer, que cercena en su esencia la facultad más característica del dominio, cuando se disponga en negocios jurídicos onerosos, a consecuencia de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Hipotecaria, al ser rechazados del campo del derecho de cosas, quedan marginados y encasillados en el derecho de obligaciones, dentro del cual en principio la libertad de contratación del artículo 1.255 del Código Civil las pone al resguardo de una auténtica validez. Sin embargo, de ahí no pueden sacarse consecuencias desmesuradas en orden a considerar como incumplimiento la circunstancia de la enajenación producida para otros fines después de cincuenta años. A pesar de la licitud de la prohibición de disponer constatada en negocio oneroso, esa prohibición en su propia naturaleza y finalidad es contraria a la esencia de la facultad más propia del dominio y ciertamente que la doctrina va encaminada a proteger exclusivamente los derechos que sean legítimos, pero la perpetuidad es opuesta a la naturaleza de la relación obligacional, al constituir una limitación de la libertad que debe presidir la contratación, que merece ser considerada como atentatoria al orden jurídico, si a ello se añade que esa obligación que se pretende perpetua entraña un ataque a la esencia dominical, cabe por aplicación del artículo 3.º del Código Civil, hacer con mayor rigor aquí una analogía con la doctrina que anida en la cláusula «rebus sic stantibus». En efecto ésta cláusula, fruto de la equidad y del principio equilibrador de las prestaciones en los negocios onerosos, se aplica para que se modifiquen las estipulaciones irritantes o se resuelva el contrato en su tracto contínuo cuando ha habido una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes en el momento de cumplir el contrato.

La libertad de pacto no constriñe a perpetuidad al consentimiento de mutilación de una esencial facultad del dominio, cuando la obligación de mantener inútil esa facultad se ha agotado en el tiempo, haciéndose imposible o muy irritante su respeto en función del cambio trascendental e imprevisible de las circunstancias existentes en el momento en que tal mutilación se convino.

**EL ARRENDADOR DE UN LOCAL NO ESTA LEGITIMADO PARA INSTAR LA EXTINCION DE LA SOCIEDAD ARRENDATARIA DEL MISMO.** (SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 1993.)

*Doctrina de la Sentencia.*—Los actores son los propietarios de los locales arrendados e instan una acción declarativa tendente a que se declare la extin-

ción de la Sociedad Deportiva arrendataria, por lo que deviene inconcuso que se pide algo frente a otra persona, sin aducir un interés legítimo consecuente, por cuanto que esa petición debía provenir de algún miembro de la propia Agrupación, pero nunca de una persona que es tercera por completo, con lo cual naturalmente, emerge la situación real y encubierta de que la finalidad del ejercicio de esta pretensión, no es sino conseguir con la misma una declaración judicial de extinción de la entidad, para luego poder proceder a la resolución del contrato de arrendamiento y la recuperación de los locales; y si directamente se hubiese planteado una acción así, podía haber sido objeto de la compulsua correspondiente, sin que entonces cupiera reproche alguno de que se estuviese ante el ejercicio abusivo de un derecho.

**LA SIMULACION ABSOLUTA IMPLICA UN VICIO EN LA CAUSA DEL NEGOCIO. (SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 1993.)**

*Doctrina de la Sentencia.*—La simulación total o absoluta, la llamada «*simulatio nuda*» por su naturaleza esencialmente contraventora de la legalidad, al no estar específicamente regulada o contemplada por nuestro Código Civil, ha sido estructurada por la doctrina más decantada y frente a la tesis de que pueda ser una manifestación de discordancia entre la voluntad real y declarada —vicio de la voluntad—, la subsume como un supuesto incluíble dentro de la causa del negocio, es decir, la simulación que implica un vicio en la causa negocial, con la sanción de los artículos 1.275 y 1.276 y por tanto con la declaración imperativa de nulidad, salvo que se acredite la existencia de otra causa verdadera y lícita. El Código Civil, fiel a la teoría de la causa, regula dos supuestos o clases en cuanto a su falsedad o fingimiento: uno, el más general y operativo en la práctica, en la que la falsa declaración es el fiel exponente de la carencia de causa (*Colorem Habet, Substantiam Vero Nullam*), y que configura la llamada simulación absoluta, y el otro, aquel en que la declaración represente la cobertura de otro negocio jurídico verdadero y cuya causa participa de tal naturaleza (*Colorem Habet, Substantiam Alteram*), y que opera con carta de naturaleza propia bajo la denominación de contrato disimulado, o simplemente simulación relativa.

**LOS TRIBUNALES CIVILES NO PUEDEN CONVERTIRSE EN REVISORES DEL PROCESO PENAL. (SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 1993.)**

*Hechos.*—Un hombre dió muerte a su esposa, y juzgado por parricidio, fue absuelto por trastorno mental transitorio. El Tribunal no se pronunció sobre las indemnizaciones pedidas para los hijos (menores) de la víctima. El Fiscal no recurrió la Sentencia. Ahora los hijos entablan proceso civil solicitando indemnización, pero su petición es desestimada.

*Doctrina de la Sentencia.*—El artículo 1.092 del Código Civil establece que las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal. La exención de responsabilidad criminal no comprende la de responsabilidad civil. El Tribunal que dictare sentencia absolutoria procederá a declarar las responsabilidades civiles correspondientes. La omisión en la sentencia penal del preceptivo pronunciamiento sobre responsabilidad civil equivale a la desestimación. El recurrente argumenta que

correspondía al Ministerio Fiscal tutelar en el proceso los derechos de los menores, y que se produjeron omisiones por parte del Tribunal —en la sentencia—, y del propio Ministerio Fiscal —al no recurrir la sentencia—, lo cual podría ser así, pero aun en este caso no correspondería a los Tribunales civiles pronunciarse, admitiendo el nuevo ejercicio de la acción indemnizatoria, ya que de lo contrario se convertiría a éstos en revisores del proceso penal, de la actuación de los Tribunales de este orden, y del Ministerio Fiscal, lo que no les es propio.

La conclusión a la que ha de llegarse no puede ser otra sino que la sentencia impugnada en este recurso no infringió el artículo 24-1 de la Constitución, por cuanto resolvió acertadamente que no podía pronunciarse sobre una responsabilidad civil ya exigida ante el Tribunal Penal, y de haberse producido la falta de tutela judicial efectiva invocada, sería en el proceso penal anterior.

*Comentario.*—El Tribunal Penal se olvida de la reclamación; el Fiscal no se preocupa de recurrir y el Tribunal Civil se desentiende de todo. Con tan gloriosa actuación del aparato jurisdiccional quedan desamparados unos menores de edad. Sentencias como éstas, si fueran conocidas por la opinión pública, causarían (como otras muy conocidas y divulgadas) preocupación social y repulsa. La tutela judicial efectiva ha brillado por su ausencia.

**NATURALEZA DEL DESCUENTO BANCARIO.** (SENTENCIA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1993.)

*Doctrina de la Sentencia.*—Han de destacarse las siguientes líneas conceptuales del llamado contrato de descuento: esta operación, relativa al descuento bancario de creación jurisprudencial, consiste en que el banco descontante, previa deducción de los intereses correspondientes, anticipe a su cliente o descontatario el importe de un crédito no vencido contra tercero, generalmente instrumentado en letras de cambio, mediante la cesión «salvo buen fin» del crédito mismo; pero se subraya, cesión «pro solvendo» y no «pro soluto», o sea para cobrar del deudor y con el correspondiente derecho de reintegro frente al descontatario; de hábito este descuento se efectúa mediante el endoso de las cambiales aceptadas por el deudor, descuento cambiario, aunque pueda permanecer al margen de su incorporación a las letras y cabe hablar entonces de simple descuento bancario no cambiario, que en la práctica es equivalente a una cesión de créditos; y resulta obvio que ese «salvo buen fin» puede entenderlo el banco descontante tras el impago de la reclamación extrajudicial, pues sigue bajo el principio de la cesión «pro solvendo» y puede elegir entre compensarse o instar acción ya contra el deudor causal, y apareciendo en el proceso así entablado como un auténtico cesionario del crédito reclamado.

**COMUNIDAD POSMATRIMONIAL: NATURALEZA Y CARACTERES** (SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1993.)

*Doctrina de la Sentencia.*—Se entra en el núcleo, técnicamente complejo de la naturaleza jurídica de esa sociedad de gananciales disuelta por la muerte de uno de los cónyuges, en tanto en cuanto persiste la situación hasta que se proceda a la liquidación de la misma y se habla en general de que esa situa-

ción comporta la existencia de una llamada *comunidad posmatrimonial* en donde, aunque ya se ha truncado por esa muerte la continuidad del antiguo régimen legal de gananciales, y por lo tanto no tiene lugar, por supuesto, ni el aspecto activo de incremento de las gananciales, ni el aspecto pasivo de acumulación de deudas, ha de advertirse que sobre los bienes que en origen eran gananciales debe persistir también su misma naturaleza y que en consecuencia los cotitulares de dicha comunidad siguen manteniendo sus mismos derechos y cuotas; en torno a la posible delimitación de tales cuotas, en principio parece ser que el dictado del artículo 1.344 del CC, supone que los bienes gananciales deberán atribuirse por mitad a cada uno de los cotitulares al disolverse dicha comunidad; sin embargo, la literalidad de dicho precepto no conduce a entender que tras ese efecto automático de disolución, se atribuirá por mitad a cada una de las cuotas de los partícipes los concretos bienes gananciales, porque al no acontecer aun en ese período provisional del funcionamiento de la repetida comunidad posmatrimonial, la liquidación de la misma, persiste, pues, ese estado de comunidad acorde con una especie de condominio o indivisión, sin que sea posible hasta que se produzca ese efecto liquidatorio, la adjudicación singular o individualizada de la cuota correspondiente en cada uno de los bienes gananciales; puede afirmarse que en esa fase intermedia entre la disolución automática por fallecimiento de uno de los cónyuges y la posterior liquidación, se mantiene una suerte de comunidad o proindivisión en los bienes gananciales, de tal forma que cada uno de los cotitulares ostentará una cuota en abstracto sobre el *totum* ganancial, de lo que se deriva, como efecto básico, que mientras la pervivencia de esa denominada comunidad posmatrimonial a cada comunero le pertenece una cuota en abstracto sobre la masa ganancial; y todo ello está en la línea de coherencia que al respecto se sostiene por la doctrina más especializada y en términos análogos a los siguientes sostenidos en varias resoluciones de la Dirección General de los Registros, pues si bien algunas muy antiguas admitieron la titularidad del cónyuge viudo sobre la mitad de cada uno de los inmuebles gananciales, y su correlativa legitimación para enajenarlos, otras vienen aceptando, siquiera con diversas fórmulas, la falta de derecho concreto de los partícipes en la comunidad posmatrimonial sobre los bienes singulares, y por tanto la falta de legitimación para enajenar o gravar las correspondientes mitades. Producida la disolución, sea ésta automática o por declaración judicial, se abre un período liquidatorio. Puede ocurrir que los interesados, no obstante ello, no lleven a cabo la liquidación y que la fase de interinidad se prolongue durante un largo período de tiempo. Entonces parece más correcto entender que estamos en presencia de un patrimonio colectivo o comunidad de bienes que fueron gananciales; cabe discutir cual es la naturaleza jurídica de este patrimonio colectivo o comunidad; en principio es razonable sostener la no aplicabilidad de los artículos 392 y siguientes, en función de la remisión que el Código hace a la partición y liquidación de la herencia, es probable que sea una comunidad de naturaleza especial equiparable a la comunidad hereditaria antes de la partición; su régimen jurídico es especial; de acuerdo con los principios reseñados, las reglas que deben entenderse aplicables son las siguientes: 1) La comunidad indivisa no se ve aumentada con las rentas de trabajo, ni con las de capital privativo, que seran en todo caso privativas, excepto los frutos de los bienes privativos que estuvieran pendientes en el momento de la disolución, a los cuales habrá de aplicar analógicamente las normas referentes a la liquidación del usufructo; por supuesto ingresan en el

patrimonio común los frutos de los bienes comunes; 2) el patrimonio de la comunidad indivisa sigue respondiendo de las obligaciones que pesaban sobre la sociedad, pero las que contraiga con posterioridad cualquier titular recaen sobre su propio patrimonio; los acreedores podrán pedir el embargo de la cuota abstracta que su deudor tenga sobre el patrimonio común, que quedará especificada en bienes concretos, al producirse la división y adjudicación, pero no antes; no rige, pues, el artículo 1.373, pensado para una sociedad de gananciales en funcionamiento.

**RESOLUCION DE COMPRAVENTA: REQUISITOS.** (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1993)

*Doctrina de la Sentencia.*—Es doctrina consolidada la relativa a que la facultad de establecer si se dan los requisitos de la novación, extintiva o modificativa, corresponde al juzgador.

Según reiterada doctrina de la Sala, la resolución por falta de pago del precio de la compraventa de bienes inmuebles, prevista en el artículo 1.504, requiere inexcusablemente la concurrencia de los siguientes requisitos: *a)* precio aplazado; *b)* impago del mismo; *c)* voluntad rebelde al cumplimiento; *d)* requerimiento judicial o notarial y *e)* vendedor cumplidor.

J. Q. S.

## C) ARRENDAMIENTOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

**RESOLUCION DE CONTRATO.—NOTIFICADO POR EL ARRENDATARIO, CON UN AÑO DE ANTELACION SU PROPOSITO DE RECOBRAR LA FINCA PARA SU CULTIVO DIRECTO Y PERSONAL, ES INOPERANTE QUE NO SE HAYA NOTIFICADO EL DESEO DE PRORROGA DEL ARRENDATARIO YA QUE ESTA IMPOSIBILITADO DE EJERCER ESE DERECHO POR EL EJERCICIO DE ARRENDADOR** (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1992.)

Estimó la demanda el Juzgado de Ecija, desestimando la apelación la Audiencia de Sevilla.

No procede la casación. El contrato tenía una duración de seis años, pero se prorroga por seis más. Con un año de anticipación, el arrendador notificó su deseo de cultivar directamente las fincas, dando por finalizado el contrato. El recurrente ostenta la condición de «cultivador directo y personal» y la falta de la notificación establecida para el ejercicio del derecho de prórroga no tiene importancia, por no ser necesaria inexcusablemente tal notificación. El ejercicio del derecho del arrendador imposibilita la operatividad de las prórrogas legales al haber cumplido aquel las exigencias preceptuadas y la de carácter temporal respecto a la notificación del propósito de «cultivo directo y personal». La falta de legitimación activa opuesta, por haber transmitido la demandada a la hija del actor, no procede porque no se alegó al contestar la demanda y, en todo caso, el recurrido reclamó

el cultivo también para su hija titular y el recurrente mantuvo constantemente una posición de reconocimiento de la condición de arrendador de aquél, que ahora pretende desconocer. Los litigantes no pueden alterar los términos en que quedó planteada la litis o modificar las acciones o excepciones aducidas.

**ACCESO A LA PROPIEDAD.—EL ACTOR ARRENDATARIO NO SE DEDICABA CON EXCLUSIVIDAD A LA ACTIVIDAD AGRARIA POR LO QUE NO ES EL CULTIVADOR PERSONAL QUE EXIGE LA LEY PARA EL ACCESO A LA PROPIEDAD. (SENTENCIA DE 1 DE JUNIO DE 1992.)**

El Juzgado de Durango estimó la demanda y la Audiencia de Bilbao revocó parcialmente la anterior, en cuanto al precio a pagar.

Triunfa la casación. La vigente LAR otorga a los arrendatarios, que sean cultivadores personales de la finca un derecho de adquisición forzosa, siendo necesario para ello que la explotación sea llevada por el arrendatario por sí o con la ayuda de familiares que con él convivan, siendo por tanto característico de la cualidad de cultivador personal la nota de exclusividad, como ha declarado esta Sala en Sentencia de 4 de abril de 1992 y anteriores a esa fecha, que en ella se citan. Se ha demostrado que el actor arrendatario prestaba sus servicios a una entidad distinta y no se dedicaba exclusivamente a la actividad agraria en su finca. Es a partir de 6 de diciembre de 1986, cuando reclama la adquisición forzosa de la finca, es decir apenas ha dejado de prestar sus servicios como peón agrícola a dicha entidad, por lo que mal puede decirse que desde antes venía cultivándola personalmente.

**ACCESO A LA PROPIEDAD.—LA AYUDA OCASIONAL DE FAMILIARES EN EL CULTIVO PERSONAL DE LA FINCA NO IMPIDE QUE EL ARRENDATARIO TENGA LA CUALIDAD DE CULTIVADOR PERSONAL Y DIRECTO, PESE A SU CONSIDERABLE EDAD. (SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1992.)**

El Juzgado de Amurrio desestimó la demanda pero la Audiencia de Bilbao revocó parcialmente la anterior.

No procede la casación. Las actas notariales no son documento adecuado para fundar la casación, ya que sólo acreditan las manifestaciones de los comparecientes, pero no la exactitud de dichas manifestaciones. Los recurrentes son profesionales de la agricultura aunque ahora están jubilados, que perciben prestaciones de la Seguridad Social agraria. El carácter de protegido de un arrendamiento no implica que no sea anterior al año 1935, ya que de la Ley de 1942 se deduce que existen contratos anteriores a 1935 que, a partir de la Ley de 1942 sean considerados como protegidos. El contrato no se extingue por el mero hecho del requerimiento ya que el arrendador debe acudir a la vía judicial para obtener el desahucio del arrendatario. Es compatible la condición de pensionista de la Seguridad Social y la de cultivador personal. Pese a su considerable edad, se dedican los arrendatarios a las labores agrícolas, siendo ocasionalmente ayudados por parientes, que no conviven con ellos, debiendo entenderse cumplido el requisito del artículo 16 LAR, ya que esa ayuda ocasional prestada por familiares no puede deter-

minar la pérdida de la condición de cultivador personal, admitido como está por el propio precepto la ayuda por asalariados, aunque sea circunstancialmente.

*ACCESO A LA PROPIEDAD.—PARA PODER SUBROGARSE EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO SE NECESITA LA CONDICION DE PROFESIONAL DE LA AGRICULTURA, QUE NO TENIA EL SUBROGADO COMO SE HA ACREDITADO EN SENTENCIA RECAIDA EN LITIGIO ANTERIOR. (SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1992.)*

El Juzgado de Tarancón estimó excepción de falta de legitimación activa del actor y desestimó la demanda, lo que confirmó la Audiencia de Albacete.

No triunfa la casación. Para que exista la subrogación en el arrendamiento del cónyuge o descendiente, se necesita la condición de «profesional de la agricultura», que no tenía el subrogado, como se acreditó en sentencia dictada en autos 127/86, declarándose pues la excepción de falta de legitimación activa, alegada por los demandados. En Sentencia de 16 de marzo de 1987, el Juzgado de Tarancón declaró que el actor no es arrendatario de la finca, por no existir la subrogación en el lugar de su padre, declaración que tiene el valor de cosa juzgada, por lo que no es posible plantear un nuevo pleito en donde se ejercita la misma pretensión, cuando ello ha quedado definitivamente resuelto. La cosa juzgada debe apreciarse por el correspondiente órgano jurisdiccional de oficio, según las recientes Sentencias de 11 de noviembre de 1981, 10 de mayo y 6 de diciembre de 1982 superando orientaciones anteriores contrarias, ya que la cosa juzgada se basa en razones de seguridad jurídica e incluso en la confianza en la justicia, como reconoce la doctrina alemana, no siendo precisa su alegación por vía de excepción, bastando que se den las identidades del artículo 1.252 CC, estableciendo un juicio comparativo con la sentencia anterior

*RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—ARRENDADOS UNOS LOCALES, DENTRO DE UNOS GRANDES ALMACENES, PARA DETERMINADAS ESPECIALIDADES SE CONSIDERA QUE ES ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA, SIN QUE HAYA DUDAS SOBRE LA IDENTIFICACION DE LA FINCA, LO QUE POR OTRA PARTE NO ES IMPORTANTE POR TRATARSE DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA. (SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1992.)*

El Juzgado n.º 1 de Torrelavega estimó la demanda, lo que confirmó la Audiencia Provincial de Santander.

No se admite la casación. La sociedad propietaria de unos grandes almacenes arrendó los locales propios de cada especialidad junto con instalaciones, enseres, etc., siendo objeto de venta las mercaderías y los plazos oscilaban entre uno y dos años. Arrendado el supermercado se requirió al arrendatario para que abandonase el local y, al no hacerlo, se entabló demanda, declarando el Juez que era arrendamiento de industria y decretando su resolución. En ningún momento han surgido dudas sobre la identidad de la finca aparte de que esto no afectaría al contrato, que es de industria por lo que no son aplica-

bles los artículos de la LAU. Las pruebas de confesión, pericial y de reconocimiento judicial no son considerados documentos a los efectos de la casación. El indicado tema de la identificación del local, exigido para la acción resolutoria no es necesario por no ser arrendamiento sujeto a la legislación especial.

*REVISION DE RENTA.—PARA CADA INCREMENTO DE RENTA SE HA DE TOMAR COMO BASE EL RESULTADO DE LA VARIACION PRECEDENTE Y NO LA RENTA INICIALMENTE PACTADA. (SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1992.)*

El Juzgado n.º 3 de Mataró desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial de Barcelona estimó en parte la apelación.

Triunfa la casación. El contrato tenía una cláusula de estabilización conforme al Índice de Precios al Consumo que fije el Instituto Nacional de Estadística. Las sentencias de instancia difirieron en la renta fijada por el Juzgado y la de la Audiencia. El recurso se funda en que la sentencia ordenaba tomar como base para la revisión de las rentas, la que se pagaba en 1981, sumando el porcentaje de elevación a la que se pagaba en el momento de la revisión. Con ello infringe la doctrina de la Sala según la cual, para cada incremento ha de tomarse como básico el resultado de la variación precedente y no la inicialmente pactada, señalando el recurrente la infracción de la jurisprudencia antes indicada, que exceptúa el caso en que las partes hayan querido que la base sea siempre la renta inicialmente pactada.

*ARRENDAMIENTO DE ESTABLECIMIENTOS ACCESORIOS.—LOS ARRENDAMIENTOS DE ESTABLECIMIENTOS ACCESORIOS SITUADOS EN EL INTERIOR DE UN COMPLEJO TURISTICO CARECEN DE LA AUTONOMIA CARACTERISTICA DEL LOCAL DE NEGOCIO, POR LO QUE ESTAN EXCLUIDOS DE LA LAU. (SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1992.)*

Tanto el Juzgado n.º 4 de Palma como la Audiencia estimaron la demanda.

No prospera la casación. En el contrato privado se dice que el arrendamiento está excluido de la LAU, por considerar la actividad de restaurante como un servicio a los visitantes del complejo turístico, pactándose la posibilidad de una resolución anticipada del contrato. El TS en Sentencias de 31 de octubre de 1963, 22 de noviembre de 1968, 10 de marzo de 1971 y 16 de enero de 1987 estima que los establecimientos accesorios, situados en el interior de un complejo turístico están excluidos de la LAU y que carecen de la autonomía que requiere el local de negocio para que el arrendatario pueda ejercitar su propia industria. Es reiterada la jurisprudencia, que establece en caso de duda entre el Código Civil y la LAU, que habrá de estarse a la legislación común por su carácter general o atrayente (Sentencias de 17 de mayo de 1954 y de 16 de enero de 1987). Por otra parte no existen indicios de que la finalidad de este contrato fuera la burla de un derecho irrenunciable como el de la LAU. Sometido al Código Civil, sin derecho de prórroga legal y practicado requerimiento notarial de negativa de prórroga antes de extinción del contrato, procede ínte-

gramente la demanda. El arrendamiento de local de negocio presupone el establecimiento de un negocio propio según el artículo 3.º LAU, cualidad no compatible con las que describen la peculiaridad del caso, ya que el negocio de restaurante tenía carácter ancilar respecto del principal, cuya finalidad no era el arrendamiento de locales de negocio.

*RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—SE CONSIDERA ENTRE LOS PARIENTES CON DERECHO A SUBROGACION EN EL ARRENDAMIENTO, A LOS AFINES. (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1992.)*

No admitida por la Audiencia de Madrid la resolución del arrendamiento en apelación, se interpone recurso de revisión ante la Sala 1.ª del Tribunal Supremo por considerar que existía maquinación fraudulenta puesto que el demandado no era hijo de la arrendataria sino que ésta era su madrastra y el artículo 58 LAU concede derecho a la subrogación a los parientes legítimos, naturales y adoptivos, sin incluir a los afines.

No prospera la revisión. La Sala de instancia hace una interpretación amplia del citado precepto, que pretende acomodar a la realidad histórica y social presente, contemplando la situación de descendientes consanguíneos y afines.

*RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—LA REALIZACION DE OBRAS MODIFICATIVAS DE LA CONFIGURACION DEL LOCAL SIN AUTORIZACION DE LA PROPIEDAD PRODUCE LA RESOLUCION DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1992.)*

El Juzgado número 4 de Zaragoza estimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior.

Triunfa la casación. Según la sentencia recurrida la arrendadora no se opuso a la realización de las obras y la arrendataria por otra parte figura como titular del negocio. No consta que la arrendadora fuera requerida por la autoridad competente ordenando que se ejecuten determinadas obras, sin que pueda bastar la noticia que tuvo la sobrina de la actora ni la falta de oposición de la misma, ya que así se desvirtúan los términos del problema que exige una conducta renuente del propietario a realizar las obras ordenadas por el Ayuntamiento, dato que no se ha estimado ni probado. Se han realizado obras, incursas en la prohibición de la causa 7.ª del artículo 114 LAU que modifican la configuración del local arrendado sin autorización de la propiedad, que producen la resolución del contrato.

*RETRACTO.—NO CONSTA LA REALIDAD DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA ENTRE LA MADRE Y LA HIJA QUE HABRIA DADO LUGAR AL EJERCICIO DEL RETRACTO, SIN QUE SE HAYA PROBADO EL CARACTER ONEROSO DE LA TRANSMISION DE DOMINIO. (SENTENCIA DE 23 DE ABRIL DE 1992.)*

El Juzgado número 2 de Bilbao estimó la demanda, lo que confirmó la Audiencia Provincial de la misma ciudad.

Triunfa la casación. El local objeto de litigio fue adquirido con doña María Angela H. por documento privado a su anterior propietario pactándose que el local podrá inscribirse a nombre de la persona física o jurídica que designe aquella señora siendo dicho contrato anterior al arrendamiento concertado por la compradora con los actores recurridos, y después se otorgó escritura de compraventa a favor de la hija de la compradora, encontrándonos en un supuesto de los que se conoce como «poner los bienes a nombre de otros», sin que el proceso de ocultación valga, debiendo eliminarse la apariencia para dar el tratamiento que corresponda al negocio verdaderamente celebrado, cuya realidad se oculta o disimula. Del examen de lo actuado tanto en 1.ª como en 2.ª Instancia, no resulta acreditado que el contrato traslativo de dominio entre la recurrente y su madre constituya una compraventa ya que no consta la entrega del precio ni la existencia de una deuda anterior para cuya extinción se cediese el local. Por tanto la compraventa que aparenta la escritura de 1 de septiembre de 1985 no existía sino que ha de atenderse al negocio disimulado, que es el verdadero traslativo de la propiedad de la madre a la hija y no se prueba que sea un contrato oneroso, que permita la subrogación de la arrendataria en el lugar del adquirente por lo que no es admisible el retracto ejercitado.

*VALIDEZ DE ARRENDAMIENTO.—EXISTEN DIVERSAS PRUEBAS DEMOSTRATIVAS DEL CARACTER DE INQUILINO DEL DEMANDADO QUE NUNCA HA NEGADO EL TITULO DE PROPIEDAD DEL ACTOR. (SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 1992.)*

El Juzgado número 14 de Madrid desestimó la demanda de reivindicación del piso y estimó, en cambio, la de la otra parte, declarando que son arrendatarios de la vivienda mencionada, lo que confirmó la Audiencia Provincial de Madrid.

No procede la casación. Nadie ha desconocido ni negado la condición de propietario del actor ni nadie ocupa a título de dueño la finca. Existe por el contrario un contrato de arrendamiento, de teléfono y de energía eléctrica, correspondencia, etc. donde se trata como inquilino al recurrido y contestación del actor sin alusión contraria a esta calificación. En cuanto al carácter de privado del documento de arrendamiento hay que tener en cuenta que la prevención del artículo 1.227 CC respecto a la validez de la fecha sólo es aplicable cuando no existen otros medios de prueba que justifiquen la realidad de la fecha que en él se consigna. Respecto a la extinción del arrendamiento por virtud de la ejecución de la hipoteca, según jurisprudencia actual se realza la fuerza del vínculo arrendaticio, ya que ni la ejecución de la hipoteca extingue los arrendamientos concertados con posterioridad a la misma, si no se demuestra que existió confabulación o fraude, lo que no debe extrañar si se considera que el contrato genera un vínculo contractual sin acceso por lo general al Registro. No se puede desconocer el valor otorgado al silencio del actor, cuando, al contestar la carta dirigida por la Comunidad de Propietarios en la que se trataba como inquilino al demandado recurrido, ninguna alusión se hizo contraria a la referida calificación.

**RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—SI NO CONSTA UNA EXPRESA AUTORIZACION DEL ARRENDADOR, LOS ACTOS DE ESTE ENCIERRAN UN CONSENTIMIENTO AL CAMBIO DE TITULARIDAD ARRENDATICIA.** (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1992.)

El Juzgado de Soria estimó la demanda, pero la Audiencia de Burgos revocó la anterior.

No se estima la casación. Efectivamente la introducción de una tercera persona en el local arrendado da lugar a la resolución del contrato, siendo indiferente que la ocupación del local tenga lugar de manera exclusiva o compartida, puesto que la constitución de una sociedad mercantil a cuyo nombre debe girar el negocio constituye un cambio en la titularidad arrendaticia, que precisa el consentimiento del arrendador, pero si bien es cierto que no consta una autorización expresa de los arrendadores, no es menos cierto que el recibir mensualmente el pago de la renta hecho por el tercer ocupante del local, el mantenimiento con él de una relación epistolar sin manifiesta oposición, sólo se puede interpretar como que se consiente el cambio de titular y mucho más cuando alguno de los componentes de la sociedad es persona ligada por vínculos familiares, se vive en la misma ciudad y se utilizan oficinas propias del arrendador en el mismo local.

C. R. R.

## E) SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

**LEGADO MODAL. DIFERENCIAS CON EL LEGADO CONDICIONAL Y EL SUBLEGADO INEFICACIA POR PERDIDA DE LA COSA LEGADA. ARTICULOS 675, 791, 797, 858 PARRAFO 2.º Y 869 DEL CODIGO CIVIL.** (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1994.)

Existe una presunción a favor de la carga frente a la condición.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que sido Ponente al Magistrado don Pedro González Poveda, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandante y apelada contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Vitoria que revocó la del Juzgado que había declarado extinguida la obligación derivada del legado de Primera Instancia número 4 de esa Capital conforme a los siguientes fundamentos:

*Primero.* En la demanda inicial de los autos de juicio de menor cuantía de que trae causa este recurso, el ahora recurrente suplicaba sentencia por la que: «I.—Se declare extinguida la obligación derivada del legado instituido por don José María S. de H. y Ruiz de Olmo en su testamento de fecha 27 enero de 1972 en favor de su sobrino don Juan José D y S. de H., por la concurrencia de las circunstancias esgrimidas en esta demanda. II.—Se declare, como consecuencia de lo anterior, que el actor queda relevado del pago de las pensiones instituidas en el legado en favor de su tías, hoy demandadas, doña

Agustina y doña Dolores S. de H., y de las demás afecciones contenidas en dicho legado, o, alternativamente, se suspenda el pago de dichas pensiones hasta que las circunstancias lo permitieren y el objeto legado revitalizará su continuación, viniendo a mejor fortuna, renaciera la obligación contenida en él». El litigio planteado versa sobre las disposiciones testamentarias otorgadas en la indicada fecha por don José María S. de H. ante el Notario de Vitoria, don Eduardo de Arana Abreu, en cuya cláusula segunda dispuso el testador que «lega a su sobrino carnal don Juan José S. de H., en pleno dominio, la total participación que le corresponde al testador a su fallecimiento, en la Compañía Mercantil «S de H., S. L.». Son condiciones de este legado las siguientes: a) El que el favorecido por el mismo, abone mensualmente, por vía de pensión, a cada una de sus tías carnales, hermanas del testador, doña Agustina y doña Dolores S. de H., la suma de quince mil pesetas, pero con derecho de acrecer la pensión correspondiente a la que primeramente fallezca en favor de la sobreviviente. b) Que dicha pensión, se adaptará, cada cinco años, a partir precisamente de la fecha de este testamento, a las variaciones del coste de vida, mediante aplicación del índice ponderado, que implique o facilite la Delegación Provincial de Estadística. c) Que con carácter potestativo, a elección de las pensionistas, el legatario vendrá obligado a asegurar el pago de las pensiones, incluso con garantía hipotecaria, bien al tiempo de formalizar la testamentaria o después».

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Vitoria dictó sentencia estimatoria de la demanda que fue revocada por la recaída en grado de apelación, contra la cual se ha formalizado por el demandante el presente recurso integrado por tres motivos el tercero de los cuales fue inadmitido a trámite por auto de esta Sala de 27 de noviembre de 1991

*Segundo.* El motivo primero, amparado en el ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, afirma que «la sentencia recurrida infringe toda la normativa derivada del artículo 791 CC y aquella otra que, analógicamente aplicada, se contiene en el número tres del 869 del mismo Cuerpo legal así como el contenido del artículo 675 de esta Ley sustantiva y especialmente infringe el contenido de párrafo 2.º del artículo 858 del Código que mencionamos». Ciertamente la transcrita formulación del motivo adolece de confusiónismo derivado de la cita conjunta de preceptos de distinto contenido que ninguna relación guardan entre sí como son los artículos 869.3, referido a la ineficacia del legado por pérdida de la cosa legada, y el 858-2.º, en que se establece la limitación de la responsabilidad del legatario al valor de lo legado para responder del gravamen impuesto, con el artículo 675, relativo a la interpretación de los testamentos, y con el 791, en que se remite a las reglas generales de las obligaciones condicionales como aplicables a la institución de heredero y al legado condicionales, precepto este último no se dice en que sentido ha sido infringido por la sentencia recurrida, mientras que a lo largo del desarrollo del motivo no se vuelve a hacer mención de los artículos 858-2.º y 869-3.º.

Es de advertir que calificado en la sentencia recurrida el legado instituido a favor del demandante-recurrente por su tío como de legado modal, de acuerdo con el artículo 797 del Código Civil, tal calificación jurídica, ahora combatida, es la que el recurrente aceptada en la fundamentación de su demanda en la que, en el cuarto de sus fundamentos de derecho, afirma literalmente que «el legado que se contempla es de naturaleza modal», citando a continuación el artículo 797 que es, precisamente, el aplicado por la Sala *a quo*; no obstante

en el desarrollo del motivo se entiende que la intención del testador fue la de crear un sublegado consistente en las pensiones instituidas, aunque la cita del artículo 791 en el encabezamiento del motivo parece indicar que se está alegando la existencia de un legado condicional, aunque sin aclarar si la condición afecta al legado instituido a favor del recurrente o al sublegado, llegando a citarse como sinónimos los términos «condición, carga o modo del legado».

En orden a la interpretación de los testamentos y en aplicación del artículo 675 del Código Civil, la jurisprudencia de esta Sala tiene establecido de manera reiterada y constante que la función interpretativa es una actividad de la soberana incumbencia del Tribunal de instancia, respetable en casación mientras se mantenga dentro de criterios racionales y no desemboque en lo arbitrario, al extremo de tergiversar manifiestamente el texto de la disposición testamentaria, supuestos para los que no se excluye el acceso casacional. Dado el tenor literal de la cláusula testamentaria antes transcrita y atendida la doctrina jurisprudencial, la calificación como legado modal que del instituido a favor del recurrente hace la sentencia recurrida ha de mantenerse teniendo en cuenta la presunción que a favor de la carga, frente a la condición, se contiene en el artículo 797 del Código, presunción que no resulta desvirtuada por la voluntad del testador y dado que tal interpretación no es irracional ni contradice ningún precepto legal de los invocados en el motivo.

Aún aceptando como se dice en el motivo que el señalamiento de las pensiones a favor de las hermanas del testador y a cargo del legatario recurrente constituyen un sublegado de acuerdo con la doctrina de esta Sala recogido en la Sentencia de 4 de junio de 1965 según la cual «la institución modal es aquélla en que el testador impone al heredero instituido o al legatario designado la obligación de hacer u omitir algo para una finalidad determinada, pudiendo consistir en una carga real o meramente personal, pero sin atribuir a un tercero el derecho a exigir para sí la prestación, pues en este supuesto se estaría ante un legado», ello no sería bastante por sí solo para la casación de la sentencia impugnada. Por todo ello procede la desestimación del motivo.

*Tercero.* Por el mismo cauce procesal que el anterior se articula el segundo motivo en el que se consideran «infringidos por falta de aplicación los artículos 858 CC y, por analogía, y al amparo del número uno del artículo 4 CC, el número tres del artículo 869 del citado Cuerpo Legal», citándose a lo largo del motivo el artículo 791, a cuyo contenido, se dice, habría de estarse necesariamente, y los artículos 1.182; 1.183 y 1.184, así como el 1.105, todos del Código Civil.

La cita del artículo 791, con expresa reproducción de su texto, no hace sino aumentar el confusionismo argumental puesto de manifiesto en el anterior fundamento de esta resolución, puesto que parece estarse afirmando la existencia de un legado condicional, pero sin aclarar, como se apuntó, si el sometido a condición es el legado instituido a favor del recurrente o el sublegado de las recurridas, si la condición es suspensiva o resolutoria (aunque la cita del art. 1.113 en el desarrollo del motivo, da a entender que se trata de una condición suspensiva, si bien, siendo así, ello supondría desconocer el funcionamiento de esta clase de condiciones), ni en que consiste tal supuesta condición.

El motivo ha de ser rechazado al no haber sido infringidos por la sentencia *a quo* los preceptos que se citan en el motivo; en cuanto al artículo 858 del Código Civil, sin cita de cual de los dos párrafos del mismo es el que se considera infringido aunque en el desarrollo se transcribe el párrafo segundo,

no resulta probado en autos que la manda o sublegado constitutivo a favor de las demandadas superase el valor de lo legado al recurrente ni que el legado gravado se haya perdido por causas ajenas a la voluntad del legatario. Tampoco resulta infringido el artículo 859-3.º según el cual «el legado quedará sin efecto: 3.º Si la cosa legada perece del todo viviendo el testador, o después de su muerte sin culpa del heredero», consistiendo la carga modal (según la tesis de la sentencia recurrida) o el sublegado (tesis del recurrente) en el pago de una pensión periódica en dinero que se extenderá durante toda la vida de la última de las beneficiadas que fallezca, es claro que no puede hablarse de pérdida de la cosa legada (la pensión en dinero) en aplicación de la regla de que el género nunca perece y no estando condicionado por la voluntad del testador el pago de la pensión instituida a favor de sus hermanas con carácter vitalicio, a la buena marcha del negocio del que era partícipe y cuya participación legó a su sobrino el recurrente; y no puede considerarse aplicable dicho artículo 869-3.º a la ruina del referido negocio ya que está contemplando el supuesto de la pérdida de la cosa legada producida desde el momento de la institución hasta la entrega de la cosa al legatario, supuesto de hecho que no concurre en el caso en que el actor entró en posesión de la participación del negocio en 14 de octubre de 1977 en que se formalizó la escritura de aceptación y aprobación de herencia y adjudicación de bienes del causante.

De igual forma resultan inaplicables los artículos 1.182 y 1.184, referidos a la pérdida de la cosa debida, ya que el artículo 1.182 contempla la obligación de entregar cosa determinada, no aplicable, por tanto, a la obligación de entregar cosas genéricas, como es la que consiste en el pago de una prestación dineraria, y el artículo 1.184 se refiere a las obligaciones de hacer; tampoco puede aplicarse el artículo 1.105, puesto que la pérdida del negocio cuya participación fue legada al recurrente no exime a éste de cumplir la obligación impuesta por el testador.

*Comentario.*—Plantea esta sentencia las distinciones entre legado y sublegado, legado condicional y modal o con carga, e ineficacia del legado y de la consiguiente carga impuesta al legatario, de algunas de las cuales se ha ocupado la doctrina (Cfr.: Molleda, «Legado de renta vitalicia y legado a cargo del legatario», *RDEA* n.º 20, octubre-diciembre 1959, pp. 1059-1091; López Vilas, R., «Sobre la distinción entre legados e instituciones modales hechas en testamento», *ADC*, 1966, XIX-3, pp. 575-615; Vallet, J., «Comentarios a las Sentencias de 4 de junio y 18 de diciembre de 1965, entre otras», *RCDI* 1967, n.º 458, pp. 158-168).

La debatida cláusula testamentaria expresa: «Son condiciones de este legado... que el favorecido —esto es, el legatario— abona mensualmente a cada una de sus tías... la suma de...».

Los artículos citados como infringidos en el recurso interpuesto por el legatario demandante, apelante y recurrente se refieren:

El artículo 675 a la interpretación del testamento.

El artículo 791 a las condiciones impuestas a los herederos y legatarios remitiéndose a las normas de las obligaciones condicionales.

El artículo 797 a la institución o legados modales o con carga. Es significativo que del mismo resulta que solo existirá condición cuando así resulte de la voluntad del testador.

El artículo 858, párrafo segundo, se refiere al sublegado estableciendo un

límite al mismo consistente en que el legatario no está obligado a responder más allá del valor del propio legado.

El artículo 669 a los casos de ineficacia del legado.

### I. *Legado condicional y legado modal*

La sentencia de la Audiencia de Vitoria consideró que la transcrita cláusula testamentaria disponía un legado modal, criterio compartido por el Tribunal Supremo e incluso por el propio actor en su escrito de demanda, y así suplica «se declare extinguida la *obligación* derivada del legado...» y luego la califica de «afecciones». Este criterio no lo mantiene en el recurso, pues se decanta por entender que «la institución del testador fue la de crear un sublegado consistente en las pensiones instituidas. Este cambio de opinión se complica aun más porque el recurrente cita también el artículo 791 del Código Civil como infringido, lo que, según el Tribunal Supremo, parece indicar que se está alegando la existencia de un legado condicional, aunque sin aclarar si la condición afecta al legado instituido a favor del recurrente o al sublegado, llegando, por último, a citarse como sinónimos los términos «condición, carga o modo del legado».

Aunque nuestro código no sea precisamente un código técnico, que emplee en sus preceptos los términos en su acepción técnico-jurídica, lo que sí parece evidente es que el artículo 791 se está refiriendo a una verdadera y propia condición, como lo demuestra no sólo su redacción sino también la remisión a las reglas de las obligaciones condicionales. Esto así, ¿resulta clara la voluntad del testador de consignar una verdadera y propia condición? Parece que se impone la contestación negativa. En efecto: la condición suspensiva se compece mal con la redacción de la cláusula, pues comienza por ordenar el legado al decir «lega a su sobrino...», sin especificar que el legatario no adquiere derecho al legado hasta que haya cumplido la supuesta condición del pago de las pensiones. Y es lógico que así sea, porque de otro modo, al ser pensiones vitalicias, no llegaría a adquirir el derecho al legado hasta el fallecimiento de los pensionistas y porque el pago de las pensiones se verificaría por mensualidades atrasadas razón por la cual la obligación de satisfacerlas sin perjuicio de la aplicación posible por analogía del artículo 880 del Código Civil, no surge hasta que el legatario haya recibido el legado. Tampoco se trata de una condición resolutoria, pues aparte de que la resolución habría de establecerse de modo expreso, lo que no sucede, la aceptación de la herencia es irrevocable y lo mismo hay que entender respecto a la entrega del legado aceptada por el legatario. Por último, es de esencia de la propia condición que consista en un suceso futuro o pasado que los interesados ignoren, lo cual no sucede en este caso, sin que tampoco pueda encuadrarse dentro de las condiciones potestativas, dada su reiteración en el tiempo. Las disposiciones testamentarias han de interpretarse en el sentido más favorable para que produzcan efectos, en atención a lo cual el artículo 797 del Código Civil exige que aparezca claramente la voluntad del testador para que la condición actúe. Todo esto conduce a la sentencia de la Audiencia, confirmada por la del Tribunal Supremo a rechazar que exista un legado condicional.

## II. *Sublegado y legado modal o con carga*

La distinción entre sublegado y legado modal o con carga es, en principio, teóricamente clara. Existe sublegado cuanto el favorecido por éste tiene derecho a exigir la prestación en que consiste. Estamos solo ante una carga impuesta al legatario cuando el favorecido por tal carga carece del derecho autónomo a exigirla, dependiendo en todo de la actitud que adopte el legatario gravado, pudiendo sólo exigir de éste, una vez que ha recibido el legado, que cumpla la carga impuesta a su favor por el testador. El sublegado vendrá así a actuar de modo análogo a la relación heredero-legatario. En tal sentido —y siempre a salvo lo dispuesto expresamente por el testador— estimó que el sublegatario puede dirigirse al heredero para que, a expensas del legatario le haga efectivo el sublegado. Lo que no es posible en el legado modal o con carga, pues el favorecido sólo puede dirigirse contra el legatario gravado.

En el presente caso, el testador no dice que lega a sus hermanas, con cargo al legado impuesto a su sobrino, las pensiones, esto es, no efectúa un llamamiento directo a sus hermanas, tías del legatario, sino que impone al favorecido por el legado —que lo será en principio, el sobrino Juan José pero también las personas que sucedan a éste— la carga consistente en abonar la pensión mensual a las tías del legatario, con la garantía que tiene derecho a exigir las pensionistas, que indica claramente su carácter real. Por ello debe también rechazarse la existencia de un sublegado.

## III. *La ineficacia sobrevenida del legado o de la carga*

No puede hablarse de ineficacia del legado, por no entrar dentro de los supuestos del artículo 869, que se refiere al legado de cosas específicas o su destrucción o pérdida, lo que no cabe predicar de una pérdida del valor de las acciones de la sociedad. En cuando a la posible ineficacia sobrevenida de la carga consistente en pagar las pensiones, sólo podrá entrar en discusión si se acepta que la cláusula controvertida contiene un sublegado a favor de las pensionistas, razón por la cual se comprenden los esfuerzos para sustituir su primitiva calificación de legado con carga por la de sublegado, hecha por la parte recurrente. Porque, si no es así, el legatario gravado con la carga no puede, una vez que ha recibido el legado, pretender que se deje sin efecto dicha carga renunciando *a posteriori* al legado cuya entrega había aceptado. Y de exigir las pensionistas la garantía, tan pretensión resulta aún más inoperante. Estamos aquí ante un supuesto parecido al de la herencia dañosa, con la responsabilidad del heredero. Es cierto que el legatario sólo está obligado a responder del gravamen hasta donde alcance el valor del legado, pero esta limitación de responsabilidad ha de interpretarse correctamente conforme a la naturaleza de cada legado y a la carga impuesta. Cuando ésta consiste en una única prestación, esto es, no consiste en obligación de tracto sucesivo y recae o afecta directamente el bien legado, no cabe duda de la aplicación del precepto. Cuando esto no sucede, es el legatario quien debe considerar si le conviene o no recibir el legado, habida cuenta de la naturaleza de la carga impuesta, pues si opta por la afirmativa, no puede luego pretender la ineficacia de la carga, puesto que se ha hecho responsable de su cumplimiento. En este caso, las vicisitudes posteriores de la sociedad, que influyen en el valor de las acciones legadas, no pueden afectar a las pensionistas, ajenas a la marcha de la misma.

*FIDEICOMISO DE RESIDUO. FACULTADES DISPOSITIVAS DEL FIDUCIARIO. SUBROGACION REAL. ARTICULOS 675 Y 781 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1994.)*

Las facultades concedidas al fiduciario han de interpretarse con criterio restrictivo.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelada contra la sentencia de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Bilbao, que había revocado parcialmente la del Juzgado de Primera Instancia número 4 de dicha capital, conforme a los siguientes fundamentos, de los que resultan claramente los hechos objeto del pleito. Declarando que el fideicomiso se hallaba regido por el principio de subrogación, que ha de ser tenido en cuenta en las bases para determinar el residuo.

*Primero.* Doña María Angeles y doña María Teresa C. A. promovieron juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra don Juan María L. S., don Ignacio G. G., don José María E. C. y el Hospital Asilo de Lequeitio, sobre rendición de cuentas, partición de bienes y petición de herencia, con la pretensión de que la sentencia a dictar, contuviera los siguientes pronunciamientos: 1.º Declaración y determinación, previa rendición de cuentas, del importe del fideicomiso de residuo establecido a favor de las actoras. 2.º Partición y adjudicación de los bienes hereditarios correspondientes a las actoras, en su calidad de herederas fideicomisarias y 3.º Condena al Sr. Albacea y a los herederos testamentarios, conjunta y solidariamente, de entregar a las actoras la totalidad de los bienes y derechos de su pertenencia, juntamente con los frutos e intereses devengados desde la fecha de la muerte de la causante doña Ana E. C. Como antecedentes fácticos más esenciales en orden a la pretensión ejercitada, merecen reseñarse los que se exponen a continuación: a) don Segundo C. G., casado con doña Ana E. C. y sin hijos, otorgó en Bilbao, el 28 de octubre de 1965, testamento abierto, cuya cláusula segunda era del siguiente tenor literal: «Instituye heredera universal a su nombrada esposa doña Ana E. C., en pleno y libre dominio, pero dispone que al fallecimiento de su mujer, los bienes de los que ésta no hubiera dispuesto en vida, pasarán por partes iguales, a las sobrinas carnales del testador, doña María de los Angeles y doña María Teresa C. A. y en su defecto, a sus respectivos descendientes». b) Fallecido el testador en 2 de octubre de 1972, doña Ana E. procedió a la liquidación de la sociedad ganancial para la determinación del patrimonio relicto del causante y del que le fuera propio. c) En el Juzgado de Primera Instancia número uno de Bilbao se promovió demanda incidental en solicitud de declaración de incapacidad de doña Ana E.; autos número 786/83, la que, por resolución de 17 de abril de 1984, fue declarada incapaz para regir su persona y bienes, y por auto de 25 de enero de 1985 se designó como tutor a don Juan L. S., su administrador en época precedente, a quien se ordenó la formación del oportuno inventario. d) En 8 de octubre de 1985 falleció la tal citada doña Ana, que había otorgado testamento en Bilbao, el 25 de enero de 1982, en el que tras ordenar una serie de legados, en el remanente de sus bienes, derechos y acciones, instituyó herederos, en nuda propiedad, al Hospital Asilo de Lequeitio (Vizcaya), y en usufructo vitalicio a su hermano de doble vínculo, don José María E. C., nombrándose albaceas, entre otros, a don Ignacio G. G. e) Por

auto de 9 de enero de 1986, recaído en el expediente de incapacitación, se declaró extinguida la tutela de doña Ana E. y se acordó la cesación en su cargo del tutor y la rendición de cuenta general justificada de su administración, así como la notificación a los albaceas nombrados a efectos de aceptación del cargo. f) Rendida cuenta general por el tutor Sr. L. S., son aprobadas judicialmente por auto de 7 de febrero de 1986, y g) En 19 de febrero de 1986 se aceptó por don Ignacio G. G. el cargo de albacea contador partidor, procediendo, de acuerdo con lo ordenado por el causante, a vender su patrimonio y cumplir sus mandatos. El Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Bilbao, por Sentencia de 30 septiembre de 1987, con desestimación de las diversas excepciones propuestas y estimación de la demanda, declaró que previa rendición de cuentas del demandado Sr. L. S., como administrador tutor de doña Ana E. C., así como del albacea don Ignacio G. G., de la herencia de la referida señora, se determine el importe del fideicomiso de residuo del que son herederas las demandantes, cuya rendición de cuentas y fijación del mismo, se llevarán a efecto en período de ejecución de sentencia, conforme a las bases sentadas en el número 5 de esta sentencia, y, asimismo, en el indicado período se llevará a efecto la partición y adjudicación de los bienes que constituyen el fideicomiso de residuo a las demandantes, condenando al Sr. Albacea y herederos demandados, conjunta y solidariamente, a entregar a los actores los bienes ya reseñados con sus frutos e intereses, desde la fecha del óbito de doña Ana E. C., hasta su completa efectividad, con expresa imposición de costas a los demandados, cuya resolución fue revocada parcialmente por la dictada, en 15 de abril de 1991, por la Sección Tercera de la Iltma. Audiencia Provincial de Bilbao, en el solo sentido de acordar que la operación de determinación del residuo del fideicomiso diferido para fase de ejecución de sentencia se ejecute conforme a las bases establecidas en el fundamento jurídico 6.º de esta resolución, sin hacer expreso pronunciamiento en cuanto a las costas en ninguna de ambas instancias. Y es esta segunda sentencia la recurrida en casación por doñas María Angeles y María Teresa C. A., a través de la formulación de cuatro motivos amparados en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción anterior a la Ley 10/1992, de 30 de abril.

*Segundo.* En el primer motivo del recurso se estima que la sentencia recurrida ha infringido por violación el artículo 675 del Código Civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que le interpreta, representada, entre otras, por las Sentencias de 9 de marzo de 1984; 1 de julio de 1985; 9 de junio de 1977; 2 de septiembre de 1987; 3 de noviembre de 1989 y 23 de julio de 1990, y su argumentación se centra, en síntesis, en lo que sigue: —Este precepto consagra, en definitiva, la voluntad del testador, como la regla de oro en materia de interpretación testamentaria—, —en el presente caso, resulta claro del tenor literal de la disposición testamentaria, que la voluntad real del testador fue, de una parte, que su esposa tuviera cubiertas todas sus necesidades en vida, incluso, disponiendo con tal finalidad de la totalidad del patrimonio; y de otra, que el sobrante de sus bienes pasara concretamente a sus sobrinas carnales y, en defecto, a los descendientes de éstas, es decir, a su propia familia—, —la sentencia recurrida entiende que la disposición testamentaria del Sr. C. estableció un verdadero fideicomiso de residuo, en la modalidad «si aliquid supererit», si algo queda, y así, en el fundamento de derecho sexto, concluye que «las facultades de disposición que al fiduciario otorgaba eran amplias, tanto a título oneroso como lucrativo; no se hallaba regido por el

principio de subrogación de suerte que lo dispuesto por el fiduciario pasa a integrar su patrimonio, los frutos de los bienes del residuo acrecerán éste, y, por último, los apelados se hallan legitimados para demandar tanto del que es albacea de doña Ana E. como del que fuera su tutor la información y documentación necesaria relativa al patrimonio fiduciario para obtener cabal y exacto conocimiento del mismo», y, evidentemente, esta interpretación es manifiestamente contraria a la voluntad real del testador, al artículo 675—, —la finalidad del fideicomiso de residuo, como aclara la Resolución de la Dirección General de los Registros de 29 de Noviembre de 1962, puede ser: de una parte, la protección al cónyuge viudo para que pueda subsistir dignamente mientras viva y de otra, evitar que a su fallecimiento puedan ser transmitidos los bienes hereditarios de que no se hubiera dispuesto a personas distintas de las que el testador desea—, —la frase «disponer en vida», utilizada en la cláusula testamentaria, no puede interpretarse en el amplio sentido de comprender tanto los actos onerosos como los lucrativos, pues sería tanto como autorizar a la heredera fiduciaria para disponer gratuitamente de los bienes del causante a favor de personas no llamadas a la herencia, ya que como dice la Sentencia de 8 de mayo de 1986, «los actos de mera liberalidad en sus efectos prácticos vienen a ser equivalentes a las disposiciones *mortis causa*»—, —otro tanto cabe razonar respecto del principio de subrogación real negado por la sentencia impugnada, ya que si la heredera fiduciaria puede disponer de la totalidad de los bienes, no sólo para cubrir sus necesidades sino también para incrementar su propio patrimonio, transvasándolo a él *in natura* o por el equivalente de su venta o cesión, nos encontraríamos ante una contradicción, ya que podría desviar por esta vía sinuosa e indirecta la totalidad del patrimonio a favor de personas no llamadas por el testador, disponiendo a su favor por actos *mortis causa*—, —el fideicomiso de residuo es una institución de confianza, cuyo cumplimiento encomienda el testador a la honradez y buena fe del heredero fiduciario— y —en el presente caso, es evidente, y así quedó acreditado en la primera instancia, que la heredera fiduciaria doña Ana, bien por sí, bien por medio de sus administradores y albaceas, llevó a cabo un trasvase de bienes desde el patrimonio del fideicomiso a su propio patrimonio, hasta el punto que a su muerte quedó a favor de los herederos fideicomisarios un sobrante ficticiamente reducido y en cambio, su patrimonio había sido también ficticiamente acrecentado, disponiendo de él en su testamento de 25 de enero de 1982, a favor de personas e instituciones distintas de las queridas y llamadas por el testador para el residuo, burlando así su verdadera voluntad.

*Tercero.* El problema que se plantea en el primer motivo se centra en la interpretación que ha de darse al testamento de don Segundo C. G., concretamente, a la cláusula segundo del mismo, cuyo contenido literal se transcribió en el primer fundamento de la presente, y al respecto, no ofrece duda alguna que en dicha cláusula se constituyó un fideicomiso de residuo en la modalidad «si aliquid supererit», por el cual, las herederas fideicomisarias, las dos sobrinas instituidas por el testador, sólo recibirían, en su momento, lo que quede o reste de la herencia, o sea, de lo que en vida no hubiera dispuesto la heredera fiduciaria, la esposa del testador, y de aquí, que la cuestión a resolver se circunscribe, realmente, al alcance y a los efectos que deba concederse a las referidas facultades dispositivas. En éste punto concreto y dado que la institución de que se trata tiene un fundamento indudable en la confianza y buena fe que merece al testador el heredero nombrado en orden al cumplimiento de su voluntad expresada en el testamento, resulta de toda evidencia que las

aludidas facultades han de interpretarse con criterio restrictivo, especialmente, porque lo normal es la sustitución fideicomisaria con deber de conservar, y aunque la figura del fideicomiso no encaje de manera plena en el marco de las sustituciones comprendidas en el artículo 781 del Código Civil, ofrece notas comunes con ellas y permite la aplicación, en aspectos concretos, de sus preceptos reguladores.

*Cuarto.* Proyectando el criterio hecho mención a la cláusula de autos, la parquedad explicativa del testador acerca de la mayor o menor extensión que quiso conferir al derecho de disposición concedido a su esposa, pues se limitó a expresar «los bienes de los que ésta no hubiera dispuesto en vida», obliga a integrar la verdadera intención de aquel por vía interpretativa, y sobre tal particular, hay que convenir con el Tribunal «a quo» en una doble consideración: que no hubo otorgamiento para disponer «mortis causa» y que el empleo del término «disponer», llevaba consigo la concesión de amplias facultades de disposición «inter vivos». Ahora bien la coincidencia acabada de exponer, deja sin resolver la cuestión de si las expresadas facultades fueron, en el ánimo del testador, conferidas con absoluta y total amplitud o si, por el contrario, con ciertas limitaciones implícitas para conseguir el claro propósito de que pasasen a las sobrinas los bienes no dispuesto en vida, lo cual, impone distinguir entre aquellos actos dispositivos que llevasen consigo, por su propia naturaleza, una salida definitiva e incondicional de bienes del patrimonio hereditario, de aquellos otros en que no obstante concurrir esa circunstancia, ello sólo fuese en apariencia, al volver a entrar los bienes en la esfera dispositiva de la heredera por vía del cambio, sustitución o conversión de unos bienes por otros, de tal manera que los «nuevos bienes» pasaban a integrar el patrimonio personal de la heredera fiduciaria, con notorio perjuicio de las herederas fideicomisarias y con la consecuente desviación, en la práctica, de la voluntad del testador.

*Quinto.* El juicio crítico respecto a esta segunda categoría de actos dispositivos se asemeja al expuesto en la Sentencia de 10 de julio de 1954, al razonar que «la significación gramatical de las palabras empleadas no aparece en pugna con la intención que resulta del tenor del testamento de atribuir a la heredera instituida el pleno dominio de los bienes del causante de los que podrá disponer siempre que lo haga de modo claro, explícito y manifiesto, a fin de que no puedan estimarse como actos de disposición hechos de dudosa o equívoca significación y de los que, por medio de deducciones o suposiciones, quiera inferirse una implícita intención de disponer». Cuanto antecede, lleva a concluir que en el caso concreto de que se trata, procede interpretar que fue voluntad del testador la de querer asociar al pleno y libre dominio de los bienes concedidos a su esposa al criterio de subrogación en los términos que se desprende de lo ya razonado, con la finalidad de atemperar, en favor de las sobrinas, las facultades de disposición otorgadas a aquella. El principio de subrogación real indicado tiene su raigambre en el Derecho romano y se encuentra explícitamente admitido en la Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña en su regulación de los fideicomisos. Así pues, en definitiva, en este extremo concreto se impone la consideración de que el Tribunal «a quo» no interpretó de manera correcta y lógica la tan repetida cláusula segunda del testamento otorgado por don Segundo C y, por consiguiente, incurrió en infracción del artículo 675 del Código Civil, lo que determina estimar el primer motivo del recurso.

*Sexto.* La estimación del primer motivo del recurso, excusa de estudiar

los restantes formulados y determina a su vez, que la Sala recobre la potestad de conocer de las cuestiones litigiosas. En este orden de cosas es de tener en cuenta que tanto el fiduciario como el fideicomisario son herederos del fideicomitente, que es el causante de ambos, de manera que el fideicomisario no hereda del fiduciario, sino del fideicomitente los bienes que antes pasaron a aquél, con el deber de entregárselos en su día, o sea, que la aptitud para suceder la ha de tener el fideicomisario, no respecto al fiduciario, sino al fideicomitente, y tener en cuenta, asimismo, que sea cual sea el concepto que merezca el fideicomiso de residuo, no cabe duda que en él, el fideicomisario presunto o en potencia no puede ostentar mayor rango que el de un supuesto heredero, cuyo derecho se supedita a que se cumpla la posterior condición suspensiva a que se subordina su nacimiento, es decir, la de que el fiduciario fallezca dejando bienes procedentes del fideicomitente; esto es, todo lo más, será un heredero sometido a condición suspensiva que, mientras ésta no se cumpla, no tiene más que una simple expectativa de derecho, puesto que, como dispone el artículo 759 del Código Civil, «el heredero o legatario que muera antes de que la condición se cumpla, aunque sobreviva al testador, no transmite derecho alguno a sus herederos», sin que contra dicho precepto pueda prevalecer lo ordenado en el artículo 799, que se refiere al heredero instituido a término incierto, en el cual el día forzosamente ha de llegar aunque se ignore. Como al fideicomisario no le corresponde la herencia hasta que muera el fiduciario, que es cuando hereda y sólo a partir de entonces es heredero, no ha de ser citado para la práctica del inventario, como pide el artículo 1.057 para los que ya son coherederos.

*Séptimo.* Las consideraciones expuestas en el anterior fundamento han sido entresacadas del conjunto que representa la doctrina jurisprudencial de la Sala sobre los fideicomisos y el concretamente denominado de residuo, siendo de citar entre las Sentencias que integran dicho conjunto, las siguientes: 8 de marzo de 1926; 17 de marzo de 1934; 13 de febrero de 1943; 28 de junio de 1947; 13 de noviembre de 1948; 28 de noviembre de 1951; 1 de diciembre de 1951; 4 de marzo de 1952; 10 de julio de 1954; 20 de octubre de 1954; 6 de diciembre de 1957; 7 de enero de 1959; 26 de enero de 1959; 21 de noviembre de 1960; 22 de diciembre de 1961; 29 de enero de 1962; 20 de octubre de 1962; 31 de enero de 1963; 23 de noviembre de 1967 y 22 de enero de 1969. Las consecuencias a extraer de las referidas consideraciones son plenamente coincidentes con las establecidas por el Tribunal «a quo» en los fundamentos de derecho segundo, cuarto y quinto de su sentencia, por lo que procede dar por reproducida dicha fundamentación para evitar repeticiones innecesarias, y ello, conduce, ineludiblemente, y de acuerdo con la conclusión a que se llegó en el quinto fundamento de la presente, a entender que la anulación de la sentencia recurrida ha de limitarse a la admisión del principio de subrogación en punto a su aplicación al fideicomiso de residuo del caso concreto de autos, así como a confirmar, por sus propios fundamentos, los restantes pronunciamientos de la meritada resolución, y por último y en virtud de lo dispuesto en el ritual artículo 1.715.4.º, resulta procedente no hacer ninguna declaración especial respecto a las costas causadas en el recurso de casación.

*INTERPRETACION DEL TESTAMENTO. MEDIOS DE PRUEBA EXTRINSECOS*  
(SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1994)

En la interpretación del testamento debe atenderse a su literal contexto, a menos que aparezca de modo manifiesto que aquel es equivocado o erróneo por contradecir la voluntad del testador».

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la sección 7.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valencia, que había confirmado en todas sus partes la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de esa Ciudad, conforme a los siguientes fundamentos:

*Primero.* La sentencia recurrida, confirmatoria de la dictada por el Juez de Primera Instancia, desestimó la demanda en la que el Arzobispo de Valencia, interpretando el testamento de don Pedro solicitó que al fallecimiento de la actual usufructaria de la herencia pasen los bienes en propiedad, no a los hermanos Sres. E. J. sino al alma del testador como heredera, en defecto de descendientes; dichos hermanos demandados formularon reconvencción solicitando se les declare a ellos los herederos, como descendientes del matrimonio de su padre don Luis E. V. con doña Concepción J. T. Los señores E. J. promovieron juicio de menor cuantía, acumulado a los presentes autos, solicitando se les declare frente al Abogado del Estado y la Generalidad Valenciana herederos en plena propiedad, al quedar sin efecto el usufructo que disfrutaba doña María Ll. C., quedando excluida como tal heredera el alma del testador. El recurso se basa en único motivo, ya que el que figuraba como primero fue inadmitido en el oportuno trámite, por intentar transformar este recurso extraordinario en una tercera instancia. Con lo que esta Sala de casación ha de partir, como probados, de los hechos en que se basó el fallo ahora recurrido. Tales hechos, esenciales para entender el sentido de lo expuesto en las anteriores líneas son sustancialmente los siguientes: *a)* don Pedro U. otorgó testamento abierto el día 16 de octubre de 1925, en estado de casado con doña Agustina G., habiendo fallecido el testador pocos días después, el 19 del mismo mes y año; *b)* De ese testamento interesa especialmente la cláusula 4.<sup>a</sup> de la que, en la parte que es el objeto de este litigio, dice que: nombra usufructuaria vitalicia (en el remanente de sus bienes) a su esposa doña Agustina, y muerta ésta «pasarán también en usufructo los bienes a don Luis E. V. y por fallecimiento de éste será igualmente heredera usufructuaria su esposa doña María Ll. C. y muertos estos dos últimos dejando sucesión legítima recaerán en ella todos los bienes en pleno dominio», «caso de no dejar descendientes será heredera el alma del testador»; *c)* Hechos posteriores de gran influencia en el resultado del pleito es el divorcio vincular que obtuvo don Luis E. V. de su matrimonio con doña María Ll. por Sentencia de 22 de septiembre de 1933, dictada durante la vigencia de la Ley del divorcio de 2 de marzo de 1932; también, el nuevo matrimonio que el Sr. E. V. contrajo el 16 de octubre de 1933 con doña Concepción J. T., del que nacieron dos hijos, los demandados Sres. E. J., de los que solamente don José Luis E. J. ha comparecido en esta litis. Del primer matrimonio don Luis E. V. tuvo sucesión fallecida con anterioridad a los hechos litigiosos; *d)* Doña Agustina G., esposa de don Pedro U. fallecida en 13 de abril de 1939, había otorgado testamento el 2 de junio de 1934, después de haber contraído segundas nupcias el Sr. E. V., en el cual designó como heredera a la segunda esposa de éste doña Concepción J. T.; *e)*

Es hecho, reconocido por ambos litigantes, que la primera esposa, divorciada, doña María Ll. C., continúa como usufructuaria de los bienes de don Pedro U., tal como éste dispuso en su mencionado testamento, y consta que la misma señora, con fecha 16 de octubre de 1941, renunció a restablecer la normalidad de su matrimonio canónico con don Luis E. V., una vez que fue derogada la Ley del divorcio de 2 de marzo de 1932. Don Luis E. V. falleció el 15 de agosto de 1972, desde cuya fecha es usufructuaria de los bienes de don Pedro según el testamento de éste a que se ha hecho anterior referencia; *f)* Son hechos también de influencia notoria en la litis las apreciaciones de la Sala de instancia en el sentido de que, una vez examinada la prueba obrante en autos, resulta que entre don Pedro U. y don Luis E. V. había una gran estima, casi familiar, que provenía ya del abuelo de los actuales demandados Sres. E. J., como lo revela que aquél les costeó a éstos sus estudios, tratándoles como a hijos, además se designa que «comparten sepultura don Pedro U. y esposa con los padres de los demandados», y que fallecido ya don Pedro, su esposa otorgó testamento, como ya se indicó, a favor de la segunda esposa de don Luis E., a la que nombró heredera universal; por tanto, se afirma que había un gran afecto entre los Sres. U. y esposa con la familia E.; *g)* Por todo ello, concluye la Sala «a quo», no hay razón fundada para creer que la real voluntad del testador era eliminar a los hijos del segundo matrimonio de don Luis E. V. por el gran cariño que se profesaban recíprocamente el Sr. U. y el Sr. E. V., hasta el punto de que éste en su primer testamento, de 26 de febrero de 1921, legó a los Sres. U. sus joyas y les nombró tutores de los hijos que pudieran llegar a tener, entiende la misma Sala de apelación ante esos hechos que la cláusula testamentaria discutida no se refirió ni exigió que los cónyuges E.-Ll. deberían tener sucesión legítima, sino que bastaría con que fuera el beneficiario sucesor legítimo de uno u otro, y por ello «completó el tenor de la cláusula con la indicación de si dejaban descendientes, pero siempre sin exigir expresamente que fueran comunes, y no es de aceptar que don Pedro, a pesar de su profunda religiosidad, no tuviese por hijos legítimos a los habidos por don Luis E. V. en su segundo matrimonio, pues conforme a la ley entonces vigente tenían esa condición de legítimos. Por tanto, por «sucesión legítima» había de entenderse la de cualquiera de los cónyuges, y la Sra. Ll., como ya se dijo, carece de ella pues solo tuvo dos hijos de su matrimonio contraído en 10 de enero de 1916 que fallecieron de muy corta edad; *h)* En definitiva, la voluntad del testador, según la Sala de apelación fue que los bienes permanecieran en la familia E.

*Segundo.* El recurrente, Arzobispo de Valencia, al serle excluido su primer motivo de casación queda reducido al segundo, que al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega la infracción del artículo 675 del Código Civil, tratando sustancialmente de combatir la tesis de instancia en la interpretación de la cláusula testamentaria 4.ª del testamento referido; limitándose a transcribirla y a sostener, al parecer, la aplicabilidad del artículo 747 del mismo Código; pero absteniéndose, como expresamente indica, de razonar el por qué de tales infracciones; lo que —dice— desarrollará con amplitud suficiente en el acto de la vista de este recurso; olvidando que con ello deja poco menos que indefensa a la parte adversa, que desconocerá tales razones hasta el acto mismo de la vista y, por tanto, no podrá defenderse contra ellas con la preparación suficiente. En todo caso, el motivo en examen debe ser desestimado por las siguientes consideraciones fácticojurídicas, que no han resultado desvirtuadas, por las alegaciones vertidas en el informe de la

parte recurrente: a) En primer lugar es doctrina muy reiterada de esta Sala que en la interpretación de los testamentos deberá el juzgador atenerse a su literal contexto y tal criterio ha de prevalecer sobre el privativo del recurrente «a menos que aparezca de modo manifiesto que aquél es equivocado o erróneo por contradecir la voluntad del testador», debiendo en suma excluirse únicamente «lo arbitrario», el «muy manifiesto error», lo «desorbitado» y los casos de «patente y manifiesto error, prevaleciendo en otro caso la interpretación de instancia» (SS. entre otras, de 8 de junio de 1982, 9 de marzo de 1984, 29 de enero de 1985, 17 de mayo de 1988); b) En el caso debatido en esta Sala de casación, a la vista de lo acreditado en la instancia y de las circunstancias puestas de relieve por la Sala «a quo», no desvirtuadas por la parte adversa oportunamente, considera razonable y admisible la interpretación sustentada por el fallo recurrido, el cual conforme al proceso interpretativo propio de las disposiciones «mortis causa», descrito, por ejemplo, en la Sentencia de 20 de febrero de 1986, utilizó en primer lugar la literalidad de la cláusula debatida, y ante la posible oscuridad o ambigüedad de la misma acudió a la interpretación lógica y al criterio teleológico o finalista, sin desechar una utilización cautelosa de los llamados medios de prueba extrínsecos, para concluir una voluntad del testador basada en su afecto a la familia E., al ser otorgado el testamento a don Luis E. V., y en la actualidad a sus hijos, demandados y actuales recurridos; sin aislar como permite la jurisprudencia los diferentes criterios interpretativos, sino combinándolos armónicamente. Así lógico es que en la intención del testador figurasen en primer lugar los señores E. J. y no la esposa primera o la que devino a través de segundas nupcias, y que, no habiendo tenido sucesión la usufructuaria doña María Ll., no sería lógico ni justo excluir a la sucesión habida por don Luis E. V., dadas las circunstancias fácticas acreditadas, y la doctrina de esta Sala, que exige que para desatender la interpretación de la Sala de instancia haya sido «manifiestamente tergiversada» la voluntad del testador, de modo que resulte arbitraria o absurda; lo que en modo alguno puede sostenerse a la vista de la interpretación que el fallo recurrido adoptó, y que, por lo tanto, ha de ser mantenida, sin que pueda sostenerse el erróneo criterio de que «sucesión legítima», a la que se refiere la controvertida cláusula testamentaria, se refiere a sucesión habida de matrimonio legítimo (expresión equívoca en Derecho), sino a la sucesión abintestato regulada en el Código Civil en defecto de la testamentaria. Todo lo que lleva consigo la desestimación del recurso.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION interpuesto por la representación del Arzobispado de Valencia, contra la sentencia de fecha cinco de febrero de mil novecientos noventa y uno, que dictó la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia, y condenar, como condenamos, a dicha parte recurrente al pago de las costas de este recurso, y a la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal correspondiente. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con remisión de los autos y rollo de apelación recibidos.

*TESTAMENTO. CONTENIDO. ALCANCE DE LA CLAUSULA QUE REDUCE A LA LEGITIMA ESTRICTA AL HEREDERO QUE PROMUEVA LA INTERVENCION JUDICIAL (SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 1994)*

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Teofilo Ortega Torres, confirma la sentencia de la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo que, a su vez, había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Gijón, fundamentando el fallo en las consideraciones de que tal cláusula no debe actuar cuando los contadores partidores nombrados en el testamento no han practicado la partición, habiendo caducado sus cargos, porque de no ser así se dejaría prácticamente indefenso al heredero. En tal caso, cualquier de los herederos puede promover el juicio voluntario de testamentaria —como hicieron dos de ellos— sin que en su virtud actúe la sanción consistente en reducir su participación en la herencia a la legítima corta.

*INSTITUCION EN USUFRUCTO. LEGADO. INOFICIOSIDAD. REDUCCION (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1994)*

Incumbe al legitimario probar la inoficiosidad y consiguiente reducción del legado.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Luis Albacar López, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 4 de dicha ciudad, conforme a los siguientes fundamentos:

*Primero.* Promovida por doña R. V. G. ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Huelva demanda de juicio ordinario de menor cuantía sobre reclamación de usufructo de herencia contra don D. R. C. en representación del menor M. V. R., con fecha 27 de julio de 1991 recayó sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva en la que, confirmando la dictada por el referido Juzgado el 10 de enero de 1991, se estimaba la demanda, sentencia contra la que se interpuso el presente recurso de casación por infracción de Ley y en la que se sientan, entre otras las siguientes conclusiones: A) Que del conjunto de la prueba practicada, documental y confesión judicial, han quedado probados los siguientes hechos: 1.º Que don Manuel V. G. falleció en Huelva el día 14 de Mayo de 1981, habiendo otorgado testamento en esta ciudad ante el Notario don Virgilio Rey Amaya bajo el número 2230 de su protocolo de fecha 9 de octubre de 1974, en el que en la totalidad de todos sus bienes, derechos y acciones, instituye y nombra herederos, en usufructo vitalicio, con relevación de fianza a sus tres hermanos. Don Bartolomé, doña Ramona y don José V. G., y en nuda propiedad consolidable con el usufructo, a la muerte de los herederos de este derecho, a su esposa, doña María Antonia R. C., la cual falleció el 21 de julio de 1978. 2.º Que don Bartolomé y don José V. G. fallecieron el 30 de junio de 1985 y el 5 de julio de 1986, respectivamente. 3.º Que el matrimonio formado por don Manuel V. G. y doña María Antonia R. C. adoptaron el 27 de enero de 1977, por adopción simple al menor Manuel V. R. 4.º Que por el hoy demandado se formuló demanda solicitando la nulidad o ineficacia de los testamentos de dicho matrimonio, declarándose así por el Juzgado de Primera Instancia

número 3 de esta capital, respecto al testamento de don Manuel, en Sentencia de 30 de septiembre de 1983, la cual fue recurrida por la hoy actora y revocada por Sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla de 21 de Noviembre de 1985, al considerar dicha disposición testamentaria como legado, la cual habrá de respetarse en cuanto no fuese inoficiosa, y confirmada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de octubre de 1987; B) Que el menor M. V. R. fue declarado heredero abientestado por auto de fecha 10 de marzo de 1988 del Juzgado de Primera Instancia número 4 de esta capital, siendo por tanto expresión de su voluntad de ser heredero, lo que implica una aceptación tácita de la herencia ratificada por la ocupación de bienes de la herencia como son el apartamento que ocupa junto con el tutor y su familia y el dinero dejado a la muerte por su causante, no siendo necesario por tanto una aceptación expresa, lo que no es exigido por nuestro ordenamiento, que permite que la aceptación de la herencia se realice en cualquier forma, no exigiéndose ninguna formalidad para ello, no existiendo dudas de su existencia cuando se insta la declaración de los herederos; C) Que el tutor del heredero menor de edad, una vez que fue éste declarado como tal debió proceder a cumplir con la obligación prevista en el artículo 885 y 886 del Código Civil no siendo admisible tampoco el segundo motivo arguido de no haberse reducido aún el legado por inoficioso, porque si bien es cierto que habiendo legitimarios la entrega de los legados o la percepción de estos está sometida a la previa constancia de que no resulta violada la legítima (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1975), lo cierto es que aquélla debe verificarse en forma es decir, mediante la oportuna oposición seguida de prueba ser el legado inoficioso, carga de la prueba que recae sobre la parte; la parte, en ese caso concreto, se ha limitado a alegar que el legado cuyo cumplimiento se le exige es inoficioso, lo que no ha probado, no sirviendo de base que la Sentencia del Tribunal Supremo de la que trae causa este pleito de 20 de octubre de 1987 declare la validez del legado, con la referencia sin perjuicio «de reducir el legado en cuanto resulte inoficioso», afirmación fundada en las disposiciones legales, artículos 819 y 655 Código Civil, pero que no indica que el usufructo vitalicio objeto del legado sea inoficioso, lo que debe ser acreditado por la parte apelante quien tuvo oportunidad de hacerlo en este pleito o a través de otro mediante el cual ejercitar la acción para la reducción de aquél si es que previamente se probara que lo es. (Fundamentos jurídicos segundo de la sentencia del Juzgado, expresamente aceptado por la resolución recurrida, y fundamentos jurídicos 3 y 4 de la misma).

F. C. L.

*Comentario.*—El Tribunal Supremo, de acuerdo en esto con los dos tribunales inferiores, considera que la institución hereditaria en usufructo equivale o mejor es un legado. Frente a ello pudiera argumentarse la voluntad contraria del testador que, según tiene reiteradamente declarado el propio Tribunal Supremo, es la ley del testamento y la posible consideración del usufructo como «pars domini». No han planteado aquí las partes ninguna cuestión relativa al derecho transitorio.



INFORMACION  
BIBLIOGRAFICA



DELGADO DE MIGUEL, JUAN FRANCISCO: *Estudios de Derecho Agrario*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1993. Un tomo de 575 págs. Prólogo de ALBERTO BALLARÍN MARCIAL.

Aquí tenemos otra obra de Derecho Agrario, esa materia que, a pesar de la crisis general y de los empujones que nos propinan los señores de Bruselas, sigue en pie gracias al empeño de los agraristas. Empeño, digo, y casi podría decirse locura, pues el jurista agrario es un ejemplar cada vez más raro, empeñado en mostrar a los demás la importancia de la agricultura y también que la normativa rural sigue teniendo su sitio clásico en medio de tanto nuevo concepto como nos endosan los economistas de hoy día.

El autor de este libro, JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL, Doctor en Derecho y Profesor Universitario, es Notario de Gijón. Antes fue, naturalmente, Notario rural y allí vivió los problemas de los hombres del campo que le han impactado como a tantos otros y no los olvidamos aunque después hayamos cambiado de ambiente y nos veamos rodeados por la marabunta del asfalto.

La vocación agrarista se propicia con mayor frecuencia en las profesiones que viven la realidad campesina por su especial función. Por ello siempre ha habido agraristas entre los Notarios y Registradores, tanto por su preparación adecuada como por su inmediatez.

Ellos han de solucionar continuamente la mayoría de las cuestiones jurídicas y familiares del campo, que se presentan en sus despachos de modo palpitante y, como tales profesionales, moldean día a día y de modo pragmático, la vida jurídica de sus convecinos. Así llevan a cabo a veces aportaciones de evidente importancia para la formación no sólo práctica, sino también científica del Derecho.

De la labor de los Registradores de la Propiedad como agraristas ya me ocupé por extenso en otra ocasión y no es momento de repetirlo. Sí diré que por entonces el gran Notario agrarista ALBERTO BALLARÍN me expresó su gran envidia porque a él le gustaría hacer otro tanto respecto al Notariado; ahora hace un esbozo en el prólogo de este libro. La tarea está por hacer y sería deseable que alguien la acometiera.

Porque desde JOAQUÍN COSTA hasta ahora podría citarse una larga y prestigiosa lista de Notarios que se han ocupado doctrinalmente o han realizado tareas agraristas.

Uno de ellos es el autor de este libro, que mantiene su espíritu de Notario rural en la ciudad, en cuanto que continúa trabajando en estos temas y ya ha aportado valiosos estudios y colabora muy activamente en la Asociación Española de Derecho Agrario. El fue mantenedor y alma del congreso celebrado en Oviedo en 1991, donde se trató ampliamente la materia autonómica en la agricultura, editando las ponencias y comunicaciones.

Ahora recoge en este libro varios de los trabajos que ha realizado y los expone de modo sistemático y organizado.

Empieza con una brillante introducción en la que estudia el futuro del Derecho Agrario, examinando los elementos que a su juicio vendrán a configurar los contenidos de esta rama jurídica en adelante. Resalta en primer lugar la significación creciente que se concede en la actualidad al aspecto social de la propiedad de la tierra, en línea con una tendencia generalizada, que tiene la ventaja de mirar más a la comunidad que al individuo, pero también el inconveniente del a veces excesivo intervencionismo administrativo. Junto a la función social, la propiedad agraria se está tintando también de teorías ecológicas y ambientales, no siempre mesuradas. Otra tendencia que señala DELGADO DE MIGUEL es la importancia creciente que se da al aspecto alimenticio de los productos agrícolas y el fenómeno de la agricultura a tiempo parcial, que se da sobre todo en los ámbitos peri-urbanos, así el cultivador modesto atiende a su pequeña explotación y trabaja a la vez en la industria o los servicios para completar la escasa rentabilidad de la tierra.

Continúa el libro recogiendo varios estudios sobre la explotación agraria en general, con sus elementos, modos de transmisión y el régimen especial de las explotaciones en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, en el Estatuto de las Explotaciones Familiares y en varias regulaciones autonómicas, desarrollando ampliamente sus diversos supuestos.

En el mismo capítulo estudia el autor también el arrendamiento rústico en sus elementos personales y formales y el aspecto del tanteo y el retracto, derechos adquisitivos que la Ley concede a los arrendatarios en determinados supuestos.

Dentro de un amplio capítulo dedicado al Derecho de obligaciones, DELGADO DE MIGUEL aporta una valiosa consideración al estudio de una figura frecuente en los ámbitos rurales y que tiende a solucionar la inopia de algunos modestos campesinos que por vejez no pueden seguir cultivando sus tierras; aquí nos ofrece los perfiles jurídicos de un contrato de asistencia, consistente en la cesión de bienes a cambio de alimentos.

Sigue el capítulo con un dictamen en torno a la naturaleza jurídica de un contrato de arrendamiento de bienes rústicos municipales, cuando tienen el carácter de comunales. Y lo acaba con un completo análisis de los diversos aspectos jurídicos que resultan de aplicar en España las directivas europeas sobre retirada de tierras de cultivo para destinarlas a repoblación forestal. Es muy interesante y de actualidad este estudio, pues es sabida la tendencia actual de la Administración, no sabemos si acertada o errónea, de impulsar a nuestros labradores a que dejen de serlo, mediante unas problemáticas subvenciones, ahora prometidas a golpe de urgentes Decretos-leyes.

En el capítulo III DELGADO DE MIGUEL nos muestra su amplio conocimiento sobre Derecho ambiental, presentándonos varios trabajos que aportó a diversos congresos internacionales. Confieso que he sido bastante lego en este tema hasta que ahora leo estos interesantes estudios. La relación entre medio ambiente y agricultura ha sido tratada en normas comunitarias, pero escasamente en la normativa nacional española, lo que obliga a los juristas propios a suplir el vacío con las normas generales de protección del ambiente, a fin de defender a la agricultura de los atentados que pueden dañarle.

La atribución de competencias a las Comunidades Autónomas ha tenido hasta ahora manifestación en las regulaciones regionales sobre agricultura, habiéndose estudiado el fenómeno en varios congresos de la Asociación Espa-

ñola de Derecho Agrario, celebrados en Sevilla, Oviedo y Zaragoza. En el capítulo IV, el autor hace un completo ensayo de construcción dogmática del Derecho Agrario en Asturias, donde reside y trabaja, estudiando sus normas especiales agrarias y ganaderas.

Y para terminar, DELGADO DE MIGUEL aborda otro tema al que también se concede en la actualidad un valor prioritario, como es la protección a los consumidores, relacionándolo en este caso con los productos agrarios. El autor expone las normas aplicables y las correspondientes obligaciones derivadas de la legislación sobre el consumo que han de ser cumplidas por el agricultor en el ejercicio de su actividad comercial.

Como se ve, un completo abanico de interesantes temas que confirman que estamos ante un gran conocedor del Derecho Agrario. JUAN FRANCISCO DELGADO DE MIGUEL es un buen Notario agrarista y merece por ello y por su libro una efusiva felicitación.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

BALLARÍN MARCIAL, ALBERTO: *Medio siglo de Legislación Agraria en España*. Discurso de ingreso en la Real Academia de Doctores de Madrid. Contestación de EMILIO LAMO DE ESPINOSA. Madrid, 1994. Un tomo de 296 págs.

El Notario y Agrarista ALBERTO BALLARÍN MARCIAL ha sido elegido, por indiscutibles méritos propios, Académico de número en la Real de Doctores de Madrid y la heído su discurso de ingreso el día 25 de mayo de 1994.

ALBERTO BALLARÍN no necesita presentación. Notario de Madrid hasta su reciente jubilación, es Vocal de la Comisión General de Codificación. Ha sido también Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado, Profesor de Derecho Agrario en los cursos del Doctorado de la Universidad Complutense, Presidente del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario y Presidente del Comité Europeo de Droit Rurel; además, y sobre estos títulos, es agricultor por cuna y agrarista por vocación. Es presidente de la Asociación Española de Derecho Agrario, de la que fue fundador y ha sido siempre alma y vida, desde ese puesto ha impulsado los estudios iusagraristas mediante cursos, congresos y publicaciones que le han hecho alcanzar justo prestigio más allá de las fronteras de España; es una autoridad en este campo, tanto en Iberoamérica como en Europa, hasta el punto de que sus obras se están traduciendo actualmente al idioma ruso. Ha escrito varios libros: «Derecho Agrario», con dos ediciones, antes y después de la Constitución; «Estudios de Derecho Agrario y Política Agraria», en el que recogió sus trabajos de los primeros veinticinco años; otro libro sobre «China, otra perestroika», y otro titulado «Aragón: Discursos sobre su espíritu y su economía». Además ha escrito cientos de artículos en varias revistas jurídicas y agraristas, siendo fundador de la Revista de Derecho Agrario y Alimentario

Con tales antecedentes su discurso no podría versar sobre otra materia que no fuese agrarista. El tema de la legislación agraria en España a lo largo de medio siglo, nos lo expone a partir de la guerra civil hasta la actualidad, comprendiendo desde la agricultura tradicional a la competitiva, actualmente empeñada en conseguir un nuevo mundo rural.

Aparte las palabras preliminares de salutación y agradecimiento por su designación, BALLARÍN comenzó con su recuerdo infantil de los efectos de la

guerra en la zona republicana de Aragón, su tierra, donde se ocuparon las fincas de los huidos y de los fusilados o encarcelados, para formar las llamadas «colectividades», que respondían mejor a la mística anarquista que al tipo de los kholjoses judíos, y que fracasaron rotundamente y además pronto desaparecieron con la derrota.

En la zona nacional, por entonces se liquidaba la reforma agraria republicana y se iniciaba el proteccionismo de los precios agrarios. En el Fuero del Trabajo y después en el de los Españoles, se reconocieron la iniciativa privada y el derecho de propiedad, éste moderado por la idea de la función social. En la nueva política de estructuras se promulgaron las leyes de Colonización, la Ley de Explotaciones Agrarias Ejemplares de 1952, la de Concentración Parcelaria también en 1952, aunque con varios textos posteriores hasta el de 1968, la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo de 1954 y la de Permutas Forzosas, luego todas ellas refundidas en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1972, todavía vigente, y cuya efectividad práctica en el campo ha sido muy positiva. BALLARÍN hizo un balance de resultados obtenidos por las actuaciones del IRYDA basadas en esta legislación. Además se dieron normas sobre ordenación de producciones, política de precios y sobre organización corporativa como la creación de la Hermandad Sindical de Labradores y Ganaderos y las Cámaras Agrarias. La exposición de BALLARÍN fue completísima en cuanto a las disposiciones dictadas en esta época y que ya enumeró en su día ALEJO LEAL en su trabajo de 1965, sobre la legislación de aquellos cinco lustros.

En el capítulo II de su discurso, el nuevo Académico estudia el Mercado Común Europeo y la crisis de la agricultura tradicional. Desde su inicio por el Tratado de Roma de 1957 pasa a las conclusiones de la conferencia de Stressa donde se vino a proclamar a la agricultura como parte integrante de la economía y factor esencial de la vida social. España, por entonces saníamente desairada por los comunitarios, se defendía mediante sus planes de estabilización y desarrollo, que en el sector agrario dieron frutos conocidos como los planes de Badajoz, Jaén y Tierra de Campos, como figuras más salientes del desarrollo regional. Otras disposiciones subsiguientes a la planificación fueron la Ordenación Rural y la industrialización agraria. El informe de la OCDE de 1965 constató que el plan de desarrollo era un tren que funcionaba, arrastrando a la iniciativa privada tal como se había previsto, por lo que la agricultura española marchaba hacia la modernización.

Como disposiciones concretas de este tramo BALLARÍN estudia el efecto beneficioso que supuso la publicación de diversas Compilaciones de Derecho Civil Foral y el establecimiento del régimen especial agrario de la Seguridad Social. Hace referencia a los informes del Banco de Reconstrucción y de Fomento y de la FAO de 1966, lo que supuso un gran impacto, y resalta la publicación del Código Alimentario y la creación del FORPPA, para terminar consignando la importante obra legislativa del Ministro Allende.

La transición a la democracia, la nueva Constitución y la aproximación a la Comunidad Económica Europea son objeto del capítulo III, donde BALLARÍN destaca la Ley de Libertad Sindical de 1977, que afectó de modo directo a los sindicatos y organizaciones agrarias, y los llamados Pactos de la Moncloa. De modo especial debe señalarse la Constitución de 1978, que ha venido a encarnar nuevos principios, entre ellos la atribución de competencias en materia agraria a las Comunidades Autónomas.

Hace una reseña de la legislación agraria posterior a la Constitución, resumiendo el contenido de la Ley de Seguros Agrarios Combinados, la de Arrendamientos Rústicos, el Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y de los Agricultores Jóvenes, la de contratación de productos agrarios y la de agricultura de montaña.

En 1986 se produce la adhesión de España a la Comunidad Económica Europea y a este tema dedica el autor el capítulo IV, señalando primero lo que él considera iniciales aproximaciones legislativas y económicas que habían de conducir al acercamiento al Tratado de Roma. Examina el iter hasta llegar a la adhesión y analiza las consecuencias de la firma en el aspecto jurídico constitucional y en la aplicación del Derecho comunitario, lo que impone la necesidad de la armonización legislativa. A continuación estudia cómo se ha manifestado la introducción en España de ese Derecho comunitario que nos afecta, dando una detallada relación.

Ya se ha dicho y todos sabemos que la materia agraria ha pasado a las competencias de las Comunidades Autónomas. Estos organismos regionales no han quedado remisos a la hora de promulgar sus propias normas especiales y ya ha nacido un Derecho Agrario Autonómico al lado del nacional o general. BALLARÍN estudia en el capítulo V este conjunto de normas, destacando entre las de ámbito estatal la de Cámaras Agrarias, que trató, sin conseguirlo, de suprimir las de carácter local, de gran utilidad y arraigo en el campo; es también Ley estatal importante la General de Cooperación de 1987, a la que le han nacido nada menos que cinco hijuelas en forma de leyes autonómicas de cooperativas, dando muestras de una confusa multiplicidad normativa poco edificante; otras leyes estatales son también la de conservación de los espacios naturales y la de arrendamientos históricos de 1992. BALLARÍN recoge también el Proyecto de Ley de Modernización de Estructuras Agrarias, actualmente en las Cortes, en cuyo borrador hemos trabajado ambos, en unión de otros profesionales amigos.

Al Derecho Agrario Autonómico dedica una gran atención en cuanto que, como se ha dicho, será en adelante la fuente más importante de nacimiento de normas. Señala las grandes líneas de este Derecho para lo que ha tenido como fuente de primera mano los temas estudiados en el último Congreso celebrado en Zaragoza en 1992 y en el que BALLARÍN mostró su talante de gran conocedor de estos temas, como pudimos ver los que tuvimos la suerte de participar en la reunión.

En el capítulo VI estudia la situación del mundo rural y la agricultura española dentro del ámbito de la Unión Europea, analizando la política agrícola comunitaria, la conocida PAC, y sus nuevos objetivos, tan cambiantes y a veces confusos; lo hace con tanta amplitud como maestría.

Y aprovechando su copioso archivo, enriquecido por los datos que trajeron los agraristas extranjeros al Congreso de Zaragoza, BALLARÍN cerró su discurso analizando el papel que juega ahora la agricultura española en el marco internacional. Lo recoge ahora todo en el capítulo VII del libro, centrandó su atención en el tratado del GATT, cuyas reglas se resumen en la cláusula de nación más favorecida, la reducción de aranceles y la eliminación de barreras aduaneras, por lo que considera que estos acuerdos del GATT constituyen unos importantes pilares del orden económico mundial.

Terminó el discurso exponiendo siete conclusiones que considera útiles para conseguir una agricultura sostenible y eco-compatible, pero también rentable, tanto como las demás actividades a las que debe equipararse. Si así lo

hacemos —dijo— la agricultura será el oficio más digno, más noble y más propio del hombre libre; porque, según la expresión antigua, las ciudades las hacen los hombres, mientras que el campo lo hizo Dios.

Así habló el agrarista ALBERTO BALLARÍN. Enhorabuena al nuevo Académico.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS

MIQUEL CALATAYUD, JOSÉ ANTONIO: *Préstamos y créditos y el control de cambios*, Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1993 Un tomo de 622 págs.

Poca presentación necesita una obra de JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD para los lectores de esta Revista. Su asidua colaboración nos ha brindado interesantes estudios en materias como inversiones extranjeras, extranjería, *habeas corpus* o recurso de amparo. Entre sus restantes publicaciones es obligado citar los «ESTUDIOS SOBRE INVERSIONES EXTRANJERAS» y «ESTUDIOS SOBRE EXTRANJERIA» (Bosch).

El libro del que ahora damos noticia se enfrenta a una parte del Derecho en la que también las relaciones jurídicas se hallan internacionalizadas por la presencia de algún elemento extranjero, ya sea éste subjetivo —intervención de un no residente—, u objetivo —precio en divisas—. El título «PRESTAMOS Y CREDITOS Y EL CONTROL DE CAMBIOS» revela que no estamos ante un tratado general de control de cambios, sino ante un estudio específico de los préstamos y créditos desde la normativa del control cambiario. Ello va precedido de ciertas consideraciones sobre las garantías reales, el significado de las divisas y del ECU, los préstamos y créditos, la hipoteca y la normativa sobre control de cambios.

De esta normativa conviene recordar que la Directiva 361/88/CEE instauró la liberalización de los movimientos de capital en el marco intracomunitario desde el 1 de julio de 1990. Sin embargo, concedió a España (junto a Portugal, Grecia e Irlanda) unos períodos transitorios que finalizaron el 31 de diciembre de 1992. Adelantándose al calendario comunitario, el Real Decreto 1816/1991, sobre Transacciones Económicas con el exterior (al amparo de la Ley «marco» 40/1979, del Régimen Jurídico de Control de Cambios), estableció una libertad total y absoluta que entraría en vigor el 1 de febrero de 1992. La liberalización española va más allá que la europea, tanto en su ámbito geográfico —*erga omnes* y no sólo entre los Estados miembros— como en su naturaleza —supresión de exigencia de verificaciones y autorizaciones—. No obstante, por razones de información y de control fiscal se prevén algunas excepciones y ciertas cautelas: la obligatoriedad general de la vía bancaria y las cláusulas de salvaguardia. En lo que se refiere a los préstamos y créditos desaparece la necesidad de autorización previa, así como el depósito en el Banco de España (suprimido ya por la Circular 2/1991, de 15 de marzo), si bien persiste la obligación de declaración al Banco de España y asignación de número de operación financiera (NOF).

El libro «PRESTAMOS Y CREDITOS Y EL CONTROL DE CAMBIOS» se divide en dos capítulos. El capítulo I tiene mayor extensión (250 págs.) y suministra el material necesario, sobre muy diversos aspectos, antes de entrar de lleno en la sustancia del tema. El capítulo II es más corto (110 págs.) y enjundioso: sobre los cimientos del anterior se levanta el edificio de los préstamos y créditos desde la perspectiva del control de cambios

## CAPITULO I

Este capítulo introductorio comienza por una APROXIMACION A LAS GARANTIAS REALES, en la que se destaca la idea de garantía máxima, tanto en su constitución (que exige la titularidad plena del constituyente), como en la seguridad desplegada en las fases pendiente y ejecutiva. Dentro de esta última, el IUS DISTRAHENDI se caracteriza por los siguientes rasgos: potestatividad en cuanto a su eventual desencadenamiento, absoluta cogencia, finalidad predeterminada, exclusivo nacimiento de un derecho real, operatividad en el contexto de bienes enajenables y rigurosa indivisibilidad.

El estudio de las diferentes garantías reales parte de la PRENDA ORDINARIA, con especial hincapié en la desposesión como elemento clave de la figura, a través del DERECHO DE RETENCION, cuya naturaleza es la de una situación provisoria, de contexto publicitario, de contenido limitado y predeterminada legalmente

La NATURALEZA Y CARACTERES DE LA HIPOTECA impone estudiar las diferentes posturas doctrinales, con una cita precisa, como toda la del libro, de sus máximos exponentes y de los autores españoles. Frente a las teorías clásica (derecho real), procesalista (embargo anticipado), y minoritarias (derecho de realización de valor, obligación *propter rem*, concreción anticipada de la responsabilidad patrimonial universal), el autor destaca la consistencia y eficacia de la hipoteca en la fase pendiente (impronta de derecho real de garantía) y critica la asimilación de la hipoteca al embargo, ya proceda de una «procesalización» desmedida de la hipoteca, ya de una «realización» del embargo.

Entre las modalidades especiales de la hipoteca que presentan conexión con el control de cambios, el autor se detiene en la HIPOTECA EN GARANTIA DEL PAGO DE UNA DEUDA EN MONEDA EXTRANJERA (ámbito de aplicación y efectos del art. 219 1 RH; particularidades de ejecución; redacción dada al art. 1.436 LEC por la Ley 34/1984, de 4 de agosto, de Reforma Urgente de la LEC, fijando como criterio de equivalencia de las divisas la cotización oficial) y la HIPOTECA EN GARANTIA DE OBLIGACIONES INCORPORADAS A LETRAS DE CAMBIO (problemas de la eficacia ejecutiva de las libradas en el extranjero y de la falta de desarrollo de los convenios internacionales sobre reconocimiento y ejecución de sentencias). La HIPOTECA EN GARANTIA DE TITULOS EMITIDOS EN EL EXTRANJERO se deja a cargo de ANTONIO GARCÍA CONESA, que analiza a lo largo de 15 páginas los documentos a calificar para la inscripción en el Registro y los que deben presentarse a efectos del procedimiento judicial sumario, en la hipoteca de superposición y en la cambiaria propiamente dicha.

Otro colaborador del libro es MARIANO ALVAREZ PÉREZ, con un trabajo de 30 páginas sobre la ANTICRESIS, el cual ha sido respetado en su integridad, pese a haber sido redactado con anterioridad a la nueva regulación sobre control de cambios e inversiones extranjeras. Destacamos las reflexiones acerca de la configuración de un auténtico derecho real de goce y del desplazamiento posesorio del inmueble —que dependen, en suma, del título constitutivo—.

La teoría de las garantías reales se cierra con LA HIPOTECA MOBILIARIA Y LA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO EN DERECHO ESPAÑOL, como excepciones a la correlación histórica hipoteca-inmueble-Registro y prenda-mueble-posesión.

MIQUEL CALATAYUD incluye a continuación sendos epígrafes sobre el SIGNIFICADO DE LAS DIVISAS Y DEL ECU, posibles elementos de los préstamos y créditos a tratar. Sigue el concepto y la regulación comunitaria de los PRÉSTAMOS Y CRÉDITOS FINANCIEROS, a la luz de la anterior Directiva de 11 de junio de 1960 y de la vigente de 24 de junio de 1988, para pasar al análisis de LA HIPOTECA Y EL CONTROL DE CAMBIOS y su regulación en nuestro país, desde la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, de Régimen Jurídico de Control de Cambios, y el derogado Real Decreto 2402/1980, de 10 de octubre, desarrollado por diversas Ordenes y Resoluciones de la Dirección General de Transacciones Exteriores, hasta desembocar en el Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, sobre Transacciones Económicas con el exterior.

La normativa de control de cambios requiere para su aplicación la heterogeneidad residencial de los sujetos implicados. El capítulo de libertades consagradas por el Real Decreto 1816/1991 incluye la negocial, solutoria, de importación o exportación de determinados medios de pago (o su eventual tenencia interior o exterior) y de apertura, mantenimiento y movilización de cuentas. Se analiza el alcance de la LIBERTAD NEGOCIAL, con especial consideración de las adquisiciones lucrativas, y los límites a aquélla, que suponen una «comunidad normativa verdaderamente ejemplar con los textos comunitarios».

Los PAGOS BANCARIOS INTERNACIONALES están sujetos a controles presentes (obligación de declarar los datos de la operación a la Entidad registrada) y eventuales o futuros (cláusula de salvaguardia).

El PAGO MANUAL O DIRECTO INTERNACIONAL debe declararse a través de una Entidad registrada si el importe es superior a un millón de pesetas. Este pago implica diferentes libertades complementarias:

a) La libertad de importación de los medios de pago, con obligación de declaración por importes superiores al millón.

b) La libertad de exportación de los medios de pago, que exige declaración si el importe es superior a un millón y autorización si excede de cinco millones. La necesidad de autorización *ad casum* no parece al autor contraria *per se* a la regulación comunitaria. En idéntico sentido se ha pronunciado el TS en Sentencia de 17 de diciembre de 1993, considerando que «la persistencia de controles administrativos ... trata de proporcionar ... un conocimiento real y necesario del volumen de las salidas de dinero al exterior con objeto de velar por la salud del sistema financiero». Ya la STJCE de 20 de febrero de 1979 admitió las regulaciones nacionales que, aún implicando una cierta obstaculización las opciones liberalizadoras, pretenden salvaguardar la protección de los consumidores, la salud pública, la eficacia de los controles fiscales y la lealtad de las transacciones comerciales.

c) La libertad de tenencia y disponibilidad solutoria de los medios de pago en términos prácticamente absolutos.

La LIBERTAD DE COBRO INTERNACIONAL, dentro y fuera de España, abarca las diferentes modalidades compensativa, bancaria y manual o directa.

No podía faltar una alusión al REGIMEN DE PAGOS EN SEDE DE INVERSIONES EXTRANJERAS, que exige acreditar el origen de los medios de pago. El capítulo I termina con una APROXIMACION GLOBAL A LA NUEVA NORMATIVA SOBRE INVERSIONES EXTRANJERAS, aunque MIQUEL CALATAYUD anuncia ya el remozamiento de su obra «ESTUDIOS SOBRE INVERSIONES EXTRANJERAS EN ESPAÑA», a la que son frecuentes las remisiones. Tam-

bién existen referencias a la legislación de extranjería, Derecho militar de extranjería, Derecho de la Comunidad Europea.

## CAPITULO II

En esta parte, como decíamos, se pasa a desmenuzar el *quid* sustancial de la obra, comparando la normativa anterior y la liberalización del vigente Real Decreto 1816/1991. En ocasiones el autor inserta el texto literal de anteriores publicaciones, como parte del trabajo aparecido en el número 604 bis de esta Revista o los comentarios a la Disposición Adicional de la derogada Orden de 4 de febrero de 1990, incluidos en «ESTUDIOS SOBRE INVERSIONES EXTRANJERAS EN ESPAÑA».

La REGULACION JURIDICA OBLIGATORIA EN DIVISAS ENTRE NO RESIDENTES, aunque sustraída al régimen de control cambiario (falta la heterogeneidad residencial), interesa por el componente objetivo «divisa». A las normas citadas por el autor cabría añadir hoy la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, que se declara aplicable si la cuantía no es superior a 25 millones de pesetas «o su equivalente en divisas» e impone la obligación al Notario, en caso de préstamo denominado en divisas, de «advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio». Los PRESTAMOS ENTRE RESIDENTES QUE PRESENTAN CONEXIONES CON EL REGIMEN NORMATIVO DEL CONTROL DE CAMBIOS son, principalmente y junto a otros que se relacionan, los PRESTAMOS Y CREDITOS EN DIVISAS ENTRE RESIDENTES, para los que no son necesarias actualmente autorización y asignación de número de operación financiera (NOF).

Perfectamente incardinadas en la regulación del control de cambios se hallan las RELACIONES JURIDICAS OBLIGATORIAS EN DIVISAS ENTRE RESIDENTES Y NO RESIDENTES. Dentro de ellas, los PRESTAMOS Y CREDITOS DE NO RESIDENTES A RESIDENTES y los inversos están sujetos a declaración al Banco de España y asignación de NOF, no para la validez del préstamo o crédito, sino para la ejecución de la hipoteca. En todo caso, la hipoteca es de libre constitución y se estudian especialmente las competencias de Notarios y Registradores en relación con la declaración y asignación de NOF.

El libro termina con un APENDICE NORMATIVO muy completo, que recoge disposiciones sobre control de cambios, inversiones extranjeras en España y españolas en el extranjero, préstamos y créditos exteriores y otras de interés, desde la Ley 40/1979 y la Directiva 361/88/CEE hasta la Circular del Banco de España número 9/1993, de 28 de junio, que es la última citada.

Estamos ante un ensayo concienzudo, preciso y exhaustivo, que abarca análisis de alto tono científico y reglas de interpretación y aplicación de la regulación vigente. El estudio de algunas materias, quizá algo alejadas de los préstamos y créditos y el control de cambios, resulta sin duda valioso. El curso expositivo presenta en ocasiones alteraciones de ritmo, con la inserción de colaboraciones y anteriores publicaciones del mismo MIQUEL CALATAYUD. Merece la pena resaltar, finalmente, la abundante bibliografía recogida, el desenvuelto uso de la profusa normativa y el análisis de las posibles incidencias registrales en su aplicación.

LARRONDO LIZÁRRAGA, JOAQUÍN MARÍA: *La eficacia del acto dispositivo no unánime sobre bienes de la herencia indivisa (Análisis doctrinal y jurisprudencial)*, Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1994, un tomo de 859 págs.

Este libro constituye la tesis doctoral de JOAQUÍN MARÍA LARRONDO LIZÁRRAGA, que fue leída el 20 de abril de 1993 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra. El tribunal, presidido por SANCHO REBULLIDA, acordó por unanimidad la calificación máxima *cum laude*. Aprovechamos estas líneas para dar la enhorabuena al autor, que consiguió así el difícil «doblete» de Doctor en Derecho y Registrador de la Propiedad y Mercantil. Agradecemos, además, al Centro de Estudios Registrales la iniciativa de publicar este trabajo, facilitándonos el acceso a consideraciones de indudable tono científico y relevancia práctica.

Decía CASTÁN TOBEÑAS que cuando son varios los herederos llamados a una herencia, cada uno de ellos, mientras la partición no se efectúa, no tiene ningún derecho en concreto sobre los bienes de la herencia, pues no se sabe cuál de ellos le corresponderá, sino un derecho sobre el patrimonio hereditario considerado como universalidad. Por ello, el Código Civil contiene varias normas que aplican el principio de unanimidad de los comuneros para cualquier acto de disposición en los bienes singulares de la herencia: el artículo 397, por aplicación supletoria a la comunidad hereditaria del régimen de comunidad de bienes; el artículo 1.860, párrafos 2.º y 3.º, para la cancelación parcial de la prenda o hipoteca; los artículos 1.514, párrafo 2.º y 1.517, en el retracto convencional. La exigencia de unanimidad presenta ciertas especialidades forales, bien reforzándola —mediante la prohibición de disponer intervivos de la cuota que corresponde a los partícipes en los bienes del consorcio foral o fideicomiso aragonés (art. 142.1 Compilación)—, bien flexibilizándola —en la Comunidad navarra, se permite la actuación individual de cada partícipe para la modificación material de la cosa común, sin perjuicio de la posible oposición de los demás (Ley 372.3 Compilación)—. En el Derecho catalán, el Código de Sucesiones ha suprimido la distribución automática de los derechos entre los herederos (antiguo art. 100 Compilación) y ya no cabe la disposición individual sobre la cuota que corresponde al partícipe en cada bien o derecho. En todo caso, si se exige la unanimidad es preciso estudiar el acto «patológico», no unánime, y los efectos que produce.

Este es el objeto de la tesis de LARRONDO LIZÁRRAGA. Tras el PROLOGO de su director, el Catedrático de Derecho Civil de la citada Universidad de Navarra, DORAL GARCÍA DE PAZOS, el autor divide su estudio en una introducción y dos partes. La INTRODUCCION, además de despertar nuestro interés por el tema, explica los objetivos de este trabajo y los caminos que recorrerá, anticipando ya parte de su contenido y de sus perspectivas críticas. La PRIMERA PARTE se orienta al análisis de la concepción de la titularidad, el acto y el ejercicio de las facultades dispositivas de los herederos; concretándose la SEGUNDA PARTE al régimen de eficacia del acto dispositivo no unánime, en relación con la partición y desde la óptica doctrinal y jurisprudencial.

La PRIMERA PARTE, ELEMENTOS DEL ACTO DISPOSITIVO SOBRE BIENES DE LA HERENCIA INDIVISA, abarca la titularidad hereditaria, la noción de acto dispositivo y el régimen de su ejercicio. La TITULARIDAD HEREDITARIA exige analizar las diferencias entre el heredero romano y el germánico, la crisis de la concepción dogmática del heredero y el acercamien-

to a la posición del legatario, las nociones personalistas, patrimonialista y residual o remanentista de la herencia. Para el autor, la titularidad hereditaria es cotitularidad patrimonial en el activo y de responsabilidad en el pasivo, pues si bien desde el punto de vista jurídico el heredero se subroga en la titularidad del patrimonio del causante, desde el punto de vista económico, adquiere el remanente resultante una vez pagadas las deudas y cargas de la herencia. La indagación de los intereses concurrentes en la herencia permite los actos dispositivos de los herederos —incluidos los forzosos— sin el consentimiento de los acreedores hereditarios, a los que se conceden, sin embargo, determinadas garantías (intervención y oposición a la partición, rescisión de actos fraudulentos, responsabilidad solidaria ultravires de los herederos). También otros interesados —legatarios, cónyuge viudo— ostentan ciertas facultades de impugnación y defensa.

La TITULARIDAD REGISTRAL del derecho hereditario *in abstracto*, cuya inscripción permitió el RH de 1915, posibilitó el acto dispositivo individual sobre cuotas de bienes singulares, en contra de la jurisprudencia civil. A partir de las «Memorias de los Registradores de la Propiedad» del año 1992 y las críticas jurisprudenciales y doctrinales, la reforma hipotecaria de 1944-1946 sustituyó la inscripción por la anotación preventiva (arts. 42 6.º y 46 LH). El RH de 1947 permitió la inscripción del acto dispositivo unánime sobre bienes de la herencia indivisa sin necesidad de previa partición (art. 209.1.º RH). LARRONDO LIZÁRRAGA considera preferible el sistema de inscripción, si bien con restricción de las facultades dispositivas no unánimes, a semejanza de la inscripción de bienes gananciales.

Esta titularidad hereditaria recae sobre el PATRIMONIO HEREDITARIO, el cual está sujeto a ciertos principios jurídicos, derivados de su propia configuración como patrimonio o del Derecho de Sucesiones y que inciden en la eficacia de los actos dispositivos. Tales principios son: remanencia, *voluntas testatoris*, igualdad y proporcionalidad entre los herederos, conservación de la masa hereditaria, subrogación real, actos propios y excusión de deudas hereditarias.

Cuando son varios los herederos llamados a la herencia, aparece el concepto de COTITULARIDAD HEREDITARIA, que presenta diferentes configuraciones en los Derechos históricos, en la doctrina (comunidad germánica, comunidad romana, comunidad híbrida o *sui generis*, tesis de CHAMORRO y DE CASTRO) y en la visión, variable, del TS y la DGRN. En todo caso, es rasgo esencial de la comunidad hereditaria la ausencia de cuotas sobre los bienes del caudal relicto, por lo que se precisa el consentimiento unánime de los herederos para actos dispositivos sobre bienes de la herencia, aunque cada heredero pueda transmitir su derecho hereditario antes de la partición.

La noción de ACTO DISPOSITIVO y su deslinde con el acto de administración plantea una difícil convergencia de posturas doctrinales: teorías unitarias, dualistas, tripartitas, negadoras de la distinción y opinión de AGUILERA, en la que se apoya el autor para sostener que la noción de acto dispositivo es de significación variable, depende en cada caso de elementos intrínsecos (como la naturaleza jurídica del acto) y extrínsecos (como el carácter de la actuación o la institución de que se trate). La utilidad del concepto radica en la presunción *iuris tantum* sobre la validez y eficacia del acto realizado. Son notas características del acto dispositivo: la alteración de la composición del patrimonio, la explotación anormal del patrimonio y la constitución, transmisión, modificación, alteración o extinción de un bien o derecho. Se distingue de

figuras afines, como el acto de obligación, de administración, de riguroso dominio, de alteración, de enajenación, la facultad o capacidad de disposición y la legitimación para disponer.

Como APLICACIONES PRACTICAS DE LA NOCION DE ACTO DISPOSITIVO se recorren, desde la doctrina y la jurisprudencia, los diversos actos de enajenación, gravamen y alteración. En definitiva, la calificación de un acto como dispositivo o de administración, con el distinto régimen que el Código Civil establece para uno y otro, es tarea ardua confiada a Jueces y Tribunales, conforme a las circunstancias del caso.

EL EJERCICIO DE LOS ACTOS DISPOSITIVOS POR LOS HEREDEROS está sujeto al PRINCIPIO DE UNANIMIDAD, el cual, enlazando con el *ius prohibendi* del Derecho romano y la *conjuncta manu* del Derecho germánico, se recogió en nuestro Derecho histórico y pasó, a través de POTHIER, al *Code Napoleon*, a nuestro Código y a la mayoría de los países, excepto Inglaterra. Podría también ser interesante la referencia a nuestros Derechos Forales. Diversas razones justifican la unanimidad, que sin embargo se critica por cuanto puede proteger la posición del heredero rebelde y caprichoso o el abuso del derecho. Se proponen otras soluciones y una interpretación correctora que ampare el arbitrio del comunero, pero no su arbitrariedad, conforme a la función social de la propiedad.

EL REGIMEN LEGAL SUPLETORIO aplicable al ejercicio de los actos dispositivos lo constituyen los artículos 393 y siguientes del Código Civil, en tanto sean compatibles y puedan adecuarse a los principios sucesorios. La especial naturaleza de la comunidad hereditaria impide la aplicación del artículo 399 y la disposición con eficacia real por un coheredero de su cuota en bienes hereditarios determinados. El artículo 397 lleva al estudio de la prestación del consentimiento por los herederos: forma, mandato, calidad de la actuación, efectos. El artículo 597 permite considerar el acto dispositivo no unánime como un negocio obligacional válido entre las partes, incompleto en cuanto a su efecto dispositivo hasta el consentimiento de todos los partícipes (*conditio iuris*).

Las PREVISIONES ESTATUTARIAS EN RELACION CON EL EJERCICIO DE ACTOS DISPOSITIVOS encuentran, como límites a la autonomía de la voluntad de los herederos, los siguientes: las legítimas y demás disposiciones imperativas de Derecho de Sucesiones, la voluntad del testador y las limitaciones generales derivadas del régimen de propiedad y de ejercicio de los derechos. Los pactos tienen eficacia obligacional entre los herederos, mientras que externamente son inoponibles a terceros contratantes, salvo que éstos los conocieran (el autor rechaza la posibilidad de acceso al Registro). Se estudian los pactos más frecuentes: modificación del principio de unanimidad, comunidades societarias respecto de ciertos bienes de la herencia y nombramiento de administrador.

La SEGUNDA PARTE de la tesis aborda, como decíamos, la EFICACIA DEL ACTO DISPOSITIVO NO UNANIME. El epígrafe DISPOSICION Y PARTICION plantea el problema previo de si dicho acto dispositivo no unánime necesita para su validez la anterior partición hereditaria (GARCÍA BERNARDO) o no (última doctrina del TS y mayoría de los autores, amparándose en argumentos subjetivo, objetivo, analógico, de economía negocial y de prevalencia del Código Civil sobre la legislación hipotecaria).

Entrando ya en la EFICACIA DEL ACTO DISPOSITIVO NO UNANIME EN

LA DOCTRINA, cabe destacar dos teorías contrapuestas: la clásica, conforme a la cual es nulo de pleno derecho, la moderna, que sostiene su validez y efectos obligacionales entre partes, pero la inoponibilidad frente a los coherederos que no consintieron. Y dos soluciones intermedias que lo consideran anulable o parcialmente nulo.

a) La CONCEPCION DOGMATICA basa la nulidad de pleno derecho en la contravención de una norma imperativa, la falta de consentimiento, de determinación de objeto, de causa.

b) La DOCTRINA DE LA VALIDEZ parte del carácter obligacional y no necesariamente traslativo de dominio de la compraventa en nuestro sistema y aplica por analogía la doctrina de la validez de la venta de cosa ajena. El acto dispositivo no unánime tiene efectos obligacionales entre las partes contratantes y es inoponible respecto de los coherederos no anuentes LARRONDO LIZARRAGA estudia la eficacia de la compraventa de bienes hereditarios indivisos por uno o varios coherederos, distinguiendo diferentes supuestos según la actuación y el carácter real u obligacional de la compraventa La conclusión del autor es que la validez o ineficacia debe resolverse en cada caso, según las pautas interpretativas del contrato, para discernir el efecto realmente querido por los contratantes, la buena o mala fe de su actuación y la naturaleza traslativa u obligacional del negocio.

c) La DOCTRINA DE LA ANULABILIDAD se estudia como solución institucional deseable y en los casos de error (unilateral o bilateral, de hecho o de derecho, incluido el *error in domino*).

d) La NULIDAD PARCIAL no fue admitida por el Tribunal Supremo.

La EFICACIA DEL ACTO DE ALTERACION MATERIAL NO UNANIME (edificación sobre solar hereditario indiviso) depende de varios factores: si el constructor es tercero o no, si actúa de buena o mala fe y si concurre o no el consentimiento del resto de los coherederos.

LA EFICACIA DEL ACTO DISPOSITIVO NO UNANIME EN LA JURISPRUDENCIA enlaza con la *política de nulidades*, mediante una valoración de cerca de los pronunciamientos judiciales para advertir en qué medida la tutela de los intereses depende de la naturaleza del acto o de los intereses subyacentes. El autor va desgranando las resoluciones del TS, en las que estudia la cuestión planteada y la doctrina de la sentencia, para llegar a una valoración crítica y conclusión. El intenso debate doctrinal se reduce en la jurisprudencia a dos tendencias antagónicas:

a) La nulidad radical, basada en las reglas generales de la contratación, en especial del artículo 1.261 del Código Civil; el régimen imperativo del artículo 397 del Código Civil; el principio *nemo plus iura in alium transferre potest quam ipse habet*; y el carácter nulo de pleno derecho de los actos dispositivos realizados sin autorización judicial por padres o tutores respecto de menores o incapaces.

b) La validez, por la aplicación analógica del artículo 597 del Código Civil, la eficacia obligacional de la compraventa en nuestro sistema, la consideración del contrato como venta de cosa ajena y el carácter retroactivo de la partición. Esta postura es consonante con las modernas corrientes de la «fuerza expansiva de la anulabilidad» y el carácter en la duda subsanable de las faltas en los títulos ante el Registro de la Propiedad.

En suma, el Tribunal Supremo ha eludido pronunciamientos dogmáticos y ha buscado amparar el interés más necesitado de protección, según razones de justicia del caso concreto, inclinándose por la nulidad cuando quien ejercitó la acción fue el coheredero no anuente despojado y por la validez cuando uno de los contratantes pedía el cumplimiento del contrato.

El estudio termina con unas REFLEXIONES FINALES, sin perjuicio de las que hemos destacado, y de otras muchas, vertidas a lo largo del mismo, para llegar a la idea de que la eficacia del acto dispositivo no unánime es relativa, comportándose como válido entre las partes contratantes y nulo respecto de terceros (coherederos que no consintieron y acreedores de la herencia).

En definitiva, mediante un análisis detenido de la doctrina, la jurisprudencia y las Resoluciones de la DGRN, LARRONDO LIZÁRRAGA busca criterios flexibles para conseguir que razones de justicia se impongan a consideraciones abstractas. Algo nos trae a la memoria los remedios de equidad del Derecho inglés, los cuales dependen de la discreción del Tribunal y éste, como «Tribunal de conciencia», sólo garantiza un remedio si el reclamante se ha comportado bien (*he who comes to equity must come with clean hands*) y nunca frente al *good buyer* o buen comprador.

ELENA MÚGICA ALCORTA

BENÉYTEZ MERINO, LUIS; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, JOSÉ MANUEL; LUZÓN CUESTA, JOSÉ MARÍA; SOTO NIETO, FRANCISCO, Y VARGAS CABRERA, BARTOLOMÉ: *Las falsedades documentales*, Granada, Editorial COMARES, 1994, 293 págs.

El libro está dedicado como un homenaje a la persona y a la obra del Profesor y Magistrado ENRIQUE RUIZ VADILLO, Presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, cuya biografía se recoge en la presentación de la obra.

El capítulo primero, a cargo de LUIS BENÉYTEZ MERINO, Doctor en Derecho y Fiscal del TS, trata del *bien jurídico protegido, concepto de documento, falsedad en documentos públicos y las conductas falsarias del artículo 302 CP*. En cuanto al bien jurídico protegido por los delitos de falsedad documental, advierte BENÉYTEZ, que no es la verdad en sentido científico (verdadero-falso), o en sentido epistemológico (verdad-error), sino la verdad como imperativo moral (verdad-engaño) lo que interesa al Derecho. Y no cabe duda —prosigue— de que los documentos, como instrumentos de legitimación o de prueba de derechos, representan un valor cultural desde el punto de vista sociológico y, por tanto, necesitado de protección. En consecuencia, considera como bienes jurídicos tutelados por las falsedades documentales, *la fe o confianza pública en los documentos y la seguridad del tráfico jurídico*, aunque no descarta que haya otros posibles bienes jurídicos protegidos, de acuerdo con la doctrina italiana (ANTOLISEI). Explica seguidamente en qué consiste la acción de documentación, o simplemente *documentación*, y sus diversas variedades, para ofrecernos luego un concepto descriptivo de documento. Documento cuyos requisitos son: 1) Ser producto de una específica acción humana; 2) La forma escrita, y 3) La materialidad del soporte. Y sus características. a) *La intelegibilidad*, es decir, que sea comprensible para el lector; b) *La aptitud para convencer* al eventual destinatario de la realidad de su contenido; c) *La relevancia jurídica* en cuanto al nacimiento, conservación, modificación o extinción de una relación jurídica o de un derecho, y d) *La determinabilidad de su autor*. En

cuanto a las modalidades de la acción del artículo 302 CP, que no son excluyentes entre sí, destaca un factor común a todas ellas «*cometer falsedad*». Después aborda el concepto de documento público, para lo que nos remite al Código Civil (art. 1.216) y a la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 596), y, en cuanto al sujeto activo, funcionario público, al artículo 119 del Código Penal. Por otra parte, señala que con la expresión «*abuso de sus funciones*» el CP manifiesta un *plus* de antijuridicidad que lleva a BENÉYTEZ a sostener la aguda tesis de que la falsedad en documento público u oficial, cometida por funcionario, es un *delito complejo o compuesto de falsedad y prevaricación*. Es, por tanto, un delito especial, aunque admite la participación del particular (extraneí) por la vía de la inducción o de la cooperación. Sin embargo, cuando el particular (extraneí) utilice al funcionario, con desconocimiento de éste, para cometer una falsedad en documento público, le será de aplicación el tipo previsto en el artículo 303 CP. Señala, también, que el concurso entre falsedad en documento público y estafa es un concurso ideal, a penar conforme a las reglas del artículo 71 CP.

En el capítulo segundo, JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, Doctor en Derecho y Magistrado del TS, trata de *las falsedades en documentos oficiales*. Comienza estudiando el origen histórico y la evolución del concepto de documento oficial. Para este autor, en principio, el documento oficial es un *tertium genus*, distinto tanto del documento público *estricto sensu*, como del documento privado. Un concepto amplio de documento oficial nos remitirá a aquél expedido por funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, por razón de las numerosas actividades de simple gestión de la Administración Pública, se puede emplear un concepto restrictivo de documento oficial. Sería aquel documento librado por determinados funcionarios o autoridades, pero sólo cuando actúen revestidos de «*imperium*» o de «*auctoritas*». MARTÍNEZ-PEREDA da cuenta, exhaustivamente, de todos los documentos que la Sala Segunda del TS ha estimado como documentos oficiales: El carnet de conducir, el permiso de circulación, la tarjeta de transferencia del vehículo, el certificado de la «ITV», la autorización de transporte, las multas de tráfico, los tickets de carburante, las recetas médicas oficiales, documentos acreditativos del pago de impuestos, o del pago de las cuotas de la Seguridad Social, el informe del paro laboral del INEM, la certificación de residencia, la licencia de obras, las hojas de salarios, etc. Entiende MARTÍNEZ-PEREDA que existe una hipertrofia del concepto documento oficial, y, propone de *lege ferenda*, la desaparición de esta categoría y la exclusiva dicotomía: documentos públicos y documentos privados.

El capítulo tercero, obra de JOSÉ MARÍA LUZÓN CUESTA, Fiscal de Sala del TS, trata de *las falsedades en documentos mercantiles, de identidad y certificados*. Comienza el autor estudiando el concepto de documento mercantil y confrontando la posición jurisprudencial, proclive a un concepto extensivo del documento mercantil, y la posición de la doctrina mayoritaria, partidaria de un concepto restrictivo, en el sentido de que sólo cuando un documento (mercantil) tenga mayor eficacia en el tráfico jurídico o mayor fuerza probatoria que un documento privado, deberá considerarse como tal a efectos penales; pues sólo así se justificaría la mayor pena de la falsedad en documento mercantil con respecto a la falsedad en documento privado. Señala que la acción típica exige, además de alguna de las conductas del artículo 302 CP, que la falsedad sea *esencial* para la finalidad del documento. Explica, a continuación, que si concurre la falsedad en documento mercantil con el delito de estafa se aplica

el concurso ideal del artículo 71 CP; y con otros tipos (alzamiento, malversaciones...) dependerá de la inherencia (art. 59 CP). Recoge luego la casuística delictiva en relación con las letras de cambio, cheques, otros documentos relacionados con la actividad bancaria, contrato de seguro y parte de accidente, albaranes y facturas, libros de comercio y tarjetas de crédito.

En cuanto a la *falsedad en documentos de identidad* señala que, por tales, sólo hay que entender los destinados a acreditar la personalidad, como el DNI o el pasaporte; pero no así el carnet de conducir que es considerado por la Sala Segunda del TS como documento oficial, destacando LUZÓN CUESTA la lenidad de la pena de las falsedades en documentos de identidad, en relación con los demás tipos de falsedades documentales

Sobre la *falsedad de certificados* explica y comenta los tipos de los artículos 311-313 CP, que clasifica según que la falsedad fuere cometida por facultativo, funcionario público, particular y el uso de la certificación falsa.

El cuarto capítulo ha sido escrito por FRANCISCO SOTO NIETO, Doctor en Derecho y Magistrado de la Sala Segunda del TS. Trata de *la falsedad en documento privado* y del *uso del documento privado falso como medio para cometer una estafa*. Expone SOTO NIETO que el concepto de documento privado es un concepto residual aunque, estima, debe ampliarse a soportes distintos del papel. Por esta razón, entre otras, considera que no es necesario que el documento privado esté firmado para reputarlo falso. Y no facilitando la ley dicho concepto lo obtiene de la jurisprudencia de la Sala Segunda del TS, a través de numerosas Sentencias (30-3-1984, 21-6-1988, 7-10-1991, 18-5-1992 y 23-12-1992, entre otras). Señala, a continuación, que el bien jurídico protegido por el delito de falsedad en documento privado excede, desde luego, del puramente patrimonial —aunque el tipo del artículo 306 exige «perjuicio de tercero o ánimo de causárselo»— extendiéndose como en el resto de las falsedades documentales a *la seguridad del tráfico jurídico y la fe o confianza pública*. Después, a título de ejemplo, cita diversas sentencias de la Sala Segunda del TS en que se apreció falsedad en documento privado, y como elementos del tipo considera: a) *La acción falsaria*, tanto ideológica como material, llevada a cabo por alguna de las formas del artículo 302 CP; b) *La alteración de la verdad en extremos esenciales del documento*, y c) *Los elementos subjetivos del dolo falsario y ánimo de causar perjuicio*. No se transmuta el carácter de documento privado por su incorporación a un expediente administrativo o proceso judicial, afirma. Estudia, a continuación, el tipo de uso de documento privado falso, a sabiendas de su falsedad; considerado por la jurisprudencia como un tipo residual o subsidiario del de falsedad (art. 306 CP) cuando se desconoce quién es el autor material de la falsificación. Respecto del *uso del documento privado falso como medio para cometer una estafa* señala que la Sala Segunda del TS, a partir de 1960, viene entendiendo que se trata de un *concurso de normas a resolver por el principio de alternatividad* (art. 68 CP), penándose sólo el delito más grave. Termina su estudio SOTO NIETO con una importante y completa referencia a la *estafa procesal* en sus diversas modalidades, y a las llamadas estafas impropias de los artículos 531 y 532 del CP.

El capítulo quinto corre a cargo de BARTOLOMÉ VARGAS CABRERA, Fiscal del Tribunal Supremo, y trata de *la culpabilidad en las falsedades documentales*. *La incriminación a título de imprudencia*. Tras la introducción, en la que BARTOLOMÉ VARGAS marca las líneas principales de lo que va a tratar, acomete el estudio del bien jurídico protegido y la culpabilidad —en terminología causalista del delito, en sus posibles formas dolosa y culposa— de las falsedades

documentales. En cuanto al bien jurídico protegido considera que la fe pública es un concepto demasiado amplio y desciende, en consecuencia, hacia la seguridad del tráfico jurídico y la confianza de la sociedad en la veracidad de los documentos como medios de prueba, o, en atención a las funciones que realizan los documentos en el tráfico jurídico: de perpetuación, probatoria y de garantía. Y en cuanto a la culpabilidad, afirma BARTOLOMÉ VARGAS, que se viene limitando, por un lado, a través del concepto de documento, exigiendo que sea susceptible de incorporarse y de producir efectos en el tráfico jurídico (relevancia jurídica), y, por otro lado, a través de la acción falsaria, al requerirse que sea apta para producir engaño y afecte a extremos esenciales del documento. Todo ello sin perjuicio —prosigue— de considerar *las falsedades documentales como delitos de peligro*, de peligro concreto —no abstracto—, aunque sea remoto. No obstante, el tipo subjetivo precisa el conocimiento y la voluntad de realizar todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo —añade—, en especial, el conocimiento y la voluntad han de ir referidos al concepto de documento y a la acción falsaria (dolo falsario). Pero además, derivado de la expresión «cometer falsedad» del artículo 302 CP, entiende BARTOLOMÉ VARGAS que existe otro *elemento subjetivo del tipo*, que describe como *el propósito o la intención de engañar o inducir a error en el tráfico jurídico*. Afronta, después, la posibilidad de comisión imprudente de las falsedades documentales, con especial referencia a los tipos de los artículos 302 y 303 CP, estudiando exhaustivamente la jurisprudencia al respecto, que admite dicha posibilidad especialmente en relación a los funcionarios (y no tanto en relación con los particulares), en ciertas figuras falsarias; analizando a continuación la doctrina, que, mayoritariamente, niega la posibilidad de falsedades documentales imprudentes. BARTOLOMÉ VARGAS, por su parte, con base sobre todo en ese especial elemento subjetivo del tipo ya mencionado (intención de engañar o inducir a error en el tráfico jurídico), y también apoyándose en la expresión «abusando de su oficio», se declara partidario de no inculpar las falsedades documentales imprudentes cometidas por funcionario, únicas que, a su juicio, serían viables, si bien concluye examinando el artículo 368 del Proyecto de Código Penal de 1994, que expresamente recoge un tipo de falsedad documental imprudente, cometida por autoridad o funcionario, o con su mediación.

En definitiva, calificaría la obra como muy interesante, recomendando, sinceramente, su lectura.

IGNACIO SERRANO BUTRAGUEÑO

ALFA, G., y IASIELLO, M.: *La Multipropiedad: Recopilación de estudios*, CEDAM, Padua, 1993.

La obra es breve y además de las contribuciones de los recopiladores figuran otras de BRIDA, PASQUINI, PAGANO, CAPPONI y GAGGERO y un Apéndice con los proyectos de Ley de IRTI y FONTANA, varios modelos de contrato y reglamentos comunitarios sumamente interesantes, algunos referidos a multipropiedad hotelera que muy bien podrían complementar los fabulosos Formularios de PEDRO AVILA Junior, algo austeros en este extremo, no injustificadamente, pues vivimos momentos en los que, aunque en expansión, el instituto no puede considerarse consolidado y ni siquiera maduro.

Se describen sucinta y muy asequiblemente las distintas teorías sobre la naturaleza de la Multipropiedad (comunidad, forma de propiedad con objeto determinado por el tiempo, propiedad temporal, instituto atípico, mezcla de derechos reales y personales) y ALPA aporta sus completos conocimientos en el mundo anglosajón, con sus singulares construcciones, que resumen sus exposiciones efectuadas en obras anteriores.

Aparecen, con las teorías, las dificultades que ofrecen para los esquemas o construcciones romanistas los principios consagrados que a veces se obvian aludiendo a simples descodificaciones; en nuestro caso son el *numerus clausus*, la distinción entre derechos reales y personales tan cara a los hipotecaristas, el montaje español de la Propiedad Horizontal que contrasta con el germánico, los bizantinismos que presiden las diferencias entre subjetividad y personalidad paralelos a los de las comunidades dinámicas y las sociedades, el *bailamme giurisprudenziale* originado por la legislación urbanística, tan abundante como laberíntica y algún etcétera, como las divergencias en las comunidades en PH sobre si además de legitimación procesal, activa y pasiva, son susceptibles de titularidad dominical independiente de la de sus comuneros.

Ya en 1985 CASELLI publicó un estudio con el título *La multiproprietà o le multiproprietà* cuyo valor se acrecienta con la lectura de esta obra ya que en ella no sólo se distinguen las aproximables a segunda residencia de las hoteleras, en las que predominan los servicios, sino que incluso entre estas últimas se separan diversas modalidades según quien sea el gestor, la extensión de los servicios, si la clientela está o no limitada a los titulares y en el caso de ser extensible a extraños si está o no enfocada a estos preferentemente, en cuyo caso mas que frente a una comunidad nos hallamos ante los que CARNELUTTI llamaba una *azienda commerciale in comunione* y en el mundo anglosajón una *productive property*, dinámica, que se contrapone a la estática o *consumption property*.

Es tema al que ya en 1974 Pescatore dedicó una preciosa obra y que en España tiene estudiosos de tanta categoría como GIRÓN o PAZ ARES. Algunos de los formularios antes indicados se centran en este tipo de institución en el que son más adecuados los esquemas societarios que los de Propiedad Horizontal pues el estado de difícil o casi imposible indivisibilidad que se da en la PH es demencial, desde las perspectivas económica y jurídica en el campo de la empresa en la que la *rule against perpetuities* tiene la consideración de jamba sustancial.

Sobre este extremo, aunque no desarrollado con la amplitud que merece, versan parcialmente los estudios comprendidos en la obra que recensamos y es lo que la hace singularmente atractiva ya que hasta el presente no conocemos ninguna monografía que efectúe un análisis en profundidad, aunque algunos estudios la hayan tratado tangencial o episódicamente. El proyecto italiano Fontana la alude, pero su conclusión normativa sorprende: el condominio hotelero solo es extinguido por acuerdo unánime y con autorización administrativa. Hay que recordar que no sólo en las colectivas a falta de plazo existe un derecho de separación, sino que este se da en concretos supuestos en las anónimas, en las que la disolución requiere sólo *quorum*, no unanimidad. Una sentencia de un Juzgado de la capital, conformada por la Audiencia, negó tal derecho al partícipe de una comunidad hotelera basándose en la posibilidad de transmitir su participación al no existir derecho de preferencia. No es fácil efectuarlo en supuestos de responsabilidad ilimitada, salvo a insolventes.

En los borradores y anteproyectos españoles apenas se alude y regula esta

materia en la que tampoco profundizan comentaristas tan destacados como MUNAR, RIVERO o DE PABLO.

Se apuntan, en la recopilación que recensamos, los planteamientos de propiedad hotelera gestionada por partícipes y aquella en la que se distingue la gestión de la multipropiedad de la de los servicios hoteleros que, racionalmente, debe correr a cargo de un tercero y bajo su directa responsabilidad pero, como hemos indicado, su desarrollo es modesto. Y el deficiente tratamiento doctrinal unido al vacío legislativo permite que en la praxis se observen frecuentes casos en los que la explotación hotelera, disfrazada de PH o Multipropiedad y gestionada, directamente o por entidades interpuestas, por el mismo promotor bajo la responsabilidad ilimitada de los comuneros, den lugar a abusos y fraudes bien conocidos por los afectados, con sus dolorosas consecuencias.

En todo caso parece que en la MP hay que tener en cuenta el escaso valor económico del derecho que no puede soportar los múltiples impuestos y dispendidos que, en aras a una seguridad supervalorada, se imponen a la propiedad tipo napoleónico, verdadero pararrayos al que fácilmente acuden; por ello el esquema portugués adquiere la condición de envidiable. Tampoco hay que olvidar que la enorme dispersión de los titulares y su normal desinterés conduce ineludiblemente al mero simbolismo y real inexistencia de derechos políticos y a la imposibilidad de un control mínimo, que tanta importancia adquiere en los supuestos de comunidades hoteleras, reales sociedades colectivas irregulares con socios *ob rem*. Así las corruptelas popularizadas en la esfera pública como *tangentopolis* se facilitan increíblemente. Finalmente la solución de mínimos escollos que aparecen en la vida de la MP y que por su urgencia y naturaleza no admiten intervenciones judiciales, requieren la estructuración de organismos adecuados.

Es un mundo en los que el dogmatismo jurídico, engolado y pretencioso, ha prescindido las concretas exigencias de la realidad. La obra apuntada, aunque imperfectamente, nos facilita una cierta luminosidad para distinguir vías o sendas, robles de hayas.

JOSÉ M. PIÑOL AGUADÉ

ALVAREZ DE MORALES, A.: *Estudios de historia de la Universidad Española*, Ediciones Pegaso, Madrid, 1993.

Siempre resulta confortante recordar el origen universitario que uno lleva dentro de sí, aun cuando hayan pasado ya muchos años de aquel momento en el que el flamante título de Licenciado obraba en nuestro poder y se abría ante nosotros el panorama de elegir el medio de poner en práctica los conocimientos teóricos adquiridos en los cursos universitarios. La reseña de este libro quiero que vea la luz en el mismo año en el que la promoción de 1945 se dispone a celebrar sus cincuenta años, su medio siglo. Tiene uno miedo no a la celebración, sino al «reconocimiento» físico de aquellos que compartieron los bancos de las aulas universitarias de la Facultad de Derecho de Valladolid.

El trabajo que pretendo recensionar supone, según confiesa su autor, la reunión de una serie de artículos publicados en varias Revistas, pero que guardan unidad, pues todos ellos suponen y contienen rasgos históricos de la Universidad española. Son veintitrés los estudios que abarcan los siglos XVI al

xix. El autor en su exposición sigue un orden cronológico, pero nosotros, con su permiso, vamos a agrupar las materias, distinguiendo tres apartados. La obra —magníficamente editada— lleva un índice sumarial, muchas notas a pie de página y un índice de nombres. Se ilustra la portada con una foto de un cuadro de Goya que representa al Catedrático de la Universidad de Huesca don ANTONIO BEYÁN Y MONTEAGUDO. Los tres apartados que formamos abarcan: el primero, desde la denominación de la Universidad hasta la centralización; el segundo, desde el momento liberal español a la reforma de la enseñanza con el movimiento de la «ilustración» y, por último, desde la Dirección General de Estudios a la creación de la Cátedras del Derecho.

### PRIMERA PARTE

El autor comienza su estudio comparando el concepto y la terminología de la Universidad destacando la etapa medieval y los cambios sufridos en la Edad Moderna. La palabra Universidad en la etapa medieval nada tiene que ver —dice el autor— con la idea de universalidad de la enseñanza y sólo por accidente el término latino «universitas» logró imponerse. Universitas era una palabra de aplicación genérica en los siglos XII, XIII y XIV y designaba a un agregado de personas con intereses comunes y un *status* legal.

La Universidad en la Edad Moderna —sigue diciendo el autor— es esencialmente descendiente en línea directa del *Studium generalis* medieval (denominación que se utiliza por vez primera en el año 1237 y luego en un documento papal de Inocencio IV de 1244). Las diferencias que pueden encontrarse están en el corazón de los problemas universitarios y en la ingenuidad de los legisladores para resolverlos.

Aun y a pesar de que el término «universitas» en la Edad Moderna acepta el descriptivo nombre de «Universidad de Estudio General», lo que sí es cierto es que, una vez secularizadas y convertidas en un monopolio estatal, recibieron en el siglo pasado el título de «UNIVERSIDAD LITERARIA», precisando el autor que el adjetivo «literaria» no hacía referencia a la literatura, sino a que el estudio en la Universidad era, sobre todo, un estudio de «libros».

Hay un momento en el siglo XVI donde se produce una crisis del *Corpus iuris* o de la validez de la norma y ello lleva de la mano a buscar una fundamentación del Derecho. Surge la figura de RAMUS en el campo del humanismo y su base de la dialéctica para la elaboración metódica del saber. Por supuesto que el autor precisa la influencia del «ramismo» en el aspecto jurídico y su proyección en España.

En la escena universitaria aparece la institución del Colegio Mayor y, si bien estos Colegios nacen en la primera mitad del siglo XV, tiene como base inicial el de Bolonia de 1369 y su fundador el cardenal ALBORNOZ. El autor nos ofrece el desarrollo, circunstancias, la tremenda potencia del Concilio de Trento y la formación del «*poder colegial*».

El capítulo que el autor dedica al Obispo jiennense SORIA Y VERA que gira en torno a las doctrinas económicas del siglo XVII y concretamente el de la valoración del valor de la moneda, es una deliciosa historia contada con gracia y elegancia. Transcribe un pasaje de la obra, donde su comienzo reza así: «Si es lícito pedir en plata el precio de la tasa del pan».

En lo que podemos llamar etapa histórica de la «Ilustración», donde Olvide es perseguido por la Inquisición por no arrodillarse en el momento de la consagración (aunque luego se le absuelve por probar su artrosis), surgen unos proyectos arquitectónicos de Colegio-Universidad en el que destaca el de LARRAMENDI. Este capítulo ilustrado contribuye en el estudio del autor a seguir perfilando la institución de la Universidad desde diversos puntos de vista

Situados en la etapa histórica de la Ilustración el autor nos brinda una visión —no muy alentadora— de la institución, lo cual supone un contraste con el movimiento culturista. Para el autor la etapa de la Ilustración no es buena para la Universidad. La Ilustración llega en el momento en el que la Universidad «asciende» en un proceso de decadencia. Determinados acontecimientos históricos, junto con los Planes de Estudios y la reforma de los Colegios Mayores, permiten al autor darnos una versión de la situación apuntada.

Como personaje central de la Ilustración que desarrolló una amplia actividad a lo largo de los reinados de Fernando VI, Carlos III y Carlos IV, el autor nos ofrece la figura de PÉREZ BAYER, a quien respeto, pero para mí acaba de nacer. He de confesar mi ignorancia histórica en éste y en otros muchos otros puntos. La figura, parece ser, que tuvo una proyección humanista, procedente de su formación y que se completa con su carrera política, su viaje científico desde Valencia a Andalucía con la exposición de su estudio sobre las monedas antiguas de España, la crítica histórica de su obra y sus ideas religiosas del mismo, que le sirven al autor para encuadrar la figura.

Dos últimos capítulos destina el autor al estudio de la «decadencia» de la Universidad de Alcalá en el siglo XVIII, donde toca como puntos esenciales el control del Colegio sobre la Universidad, las oposiciones a cátedras, los grados universitarios, el Fuero académico, las facultades y las cátedras, el deterioro de la enseñanza, facultad de leyes y canones, las Academias jurídicas y los enfrentamientos con la ciudad de Alcalá.

Se cierra esta «parte» de la obra en la estructura que hemos diseñado con la reforma universitaria de Carlos III en Alcalá que coincide con la expulsión de los Jesuitas en 1767 como consecuencia del Motín de Esquilache, que llevó la supresión del llamado *poder colegial* en las grandes Universidades de Castilla, Salamanca, Valladolid y Alcalá. La reforma quedó reducida a la del Plan de estudios y el autor afronta el tema examinando ese nuevo plan de estudios, las humanidades y las artes, la Facultad de Leyes y Cánones, la Facultad de Teología, la Facultad de Medicina y la competencia de Madrid.

## SEGUNDA PARTE

Ligada la institución universitaria a las evoluciones políticas e históricas del país, es evidente que éstas influyen en aquélla. La idea de centralización política y económica —dice el autor— que fue una de las características más notables del régimen liberal que se implantó en Europa tras la Revolución Francesa, tuvo su proyección en España. Este arranque histórico permite al autor examinar la creación de la Universidad Central de Madrid, con un conjunto de temas que van desde la pregunta de si tiene sentido histórico que la Universidad de Madrid se reclame Universidad Complutense, hasta la influencia de los libros universitarios en la difusión del pensamiento de Europa, pasando por los temas de la influencia del derecho natural en el siglo XVIII y

la obra de ALMICI así como la reforma de la enseñanza en España y Portugal en la Ilustración.

### TERCERA PARTE

Los nueve estudios que contienen o forman parte —referidos algunos a ciertos personajes— permiten al autor seguir la trayectoria de la institución universitaria a través de la primera mitad del siglo XIX.

Arranca el autor con la figura del poeta GARCÍA DE VILLALTA, que junto a otros poetas y escritores organizaron la instrucción pública, cosa insólita pero explicable dada la situación de desprestigio de la enseñanza y la situación política y social de los literatos. Al lado de este personaje cuya vida y obra se exponen con minuciosidad, el autor nos brinda las figuras de BALMES y MODESTO LAFUENTE que ofrecieron la gran crítica al Plan PIDAL.

Uno de los capítulos de esta parte está destinado a la influencia francesa en la ilustración española del siglo XIX, tocando puntos como los de la organización de la Universidad en Francia, la Universidad Imperial, la Ley de Instrucción Pública, el Plan de 1836 y los proyectos sucesivos, hasta llegar a la LEY FALLOUS y la LEY MOYANO.

El resto de los estudios que el autor dedica a la materia están enmarcados bajo la idea de precisar los precedentes del Ministerio de Educación, el sistema de MERITO y su repercusión en las clases dirigentes, la Ley de Instrucción de 1857, la Universidad neocatólica, el origen de las Universidades Católicas en España y la creación de las Cátedras de Historia del Derecho en 1883.

Entiendo que de la lectura de este libro apasionante —por su fácil entendimiento y sus situaciones históricas— aparte del conocimiento que supone, representa un deleite al conocer esos avatares históricos que han desembocado en la actual institución y que pueden servir de estudio y meditación a quienes tienen en su mano la posibilidad de una reforma de la institución.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

BELADÍEZ ROJO, MARGARITA: *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

Hace muy poco, al estar escribiendo algo sobre los «principios hipotecarios», tropecé (la expresión no es buena, pues lo que hice es un hallazgo y no un tropiezo) con un libro breve, pero sensacional de esta autora que ahora me propongo recensionar en su nueva obra sobre un tema tan apasionante como indica su título. La obra que me llamó poderosamente la atención —y me traeré a estas páginas para su recensión— se titula *Los principios jurídicos* y está prologada y avalada nada menos que por GARCÍA DE ENTERRÍA. Si yo disfruté con la lectura, con mucho aprovechamiento, de esa obra sobre los principios, estoy entusiasmado con ésta que me ofrece una nueva vertiente de un problema muy serio y muy preocupante sobre la validez y eficacia de los actos administrativos.

Desde mi posición «privatista» me «incordia» la «presunción» de validez y ejecutoriedad de los actos administrativos, sobre todo si los relaciono con la posibilidad de su entrada en el ámbito registral. Creo que en este punto no he

sabido ponderar estos principios de validez y ejecutoriedad —con más o menos justificaciones— pues el tema de las presunciones entra en la esfera civil, en la registral y en la constitucional. Si yo justifico esas presunciones que me son «familiares» ¿por qué no voy a admitir la presunción administrativa? En base de asegurar el tráfico jurídico inmobiliario el artículo 38 de la LH presume que el titular que figura en el Registro como tal, lo es del derecho y en la extensión que indica el asiento, así como la de ostentar la posesión del derecho. El Código Civil —aparte de muchas presunciones— tiene una sobre la causa que es muy importante en el momento de la calificación registral del negocio jurídico que intenta su acceso al Registro. La presunción de inocencia constitucional es otro principio que es preciso admitir, aun sabiendo quien fue el autor del crimen por haberlo visto, hasta que pueda probarse los hechos delictivos y su participación.

Si he apuntado estos «frentes es por saber la finalidad que ellos persiguen y si ésta es lo suficientemente importante para poder mantener esas presunciones. Por ello, más que criticar la presunción, lo que hay que buscar es la justificación de la misma. Creo que este es el gran tema que la autora nos ofrece en su libro y que, como cuenta ALEJANDRO NIETO en su Introducción, es la base de la tesis doctoral de la autora que no alcanzó el calificativo de «premio extraordinario» España es una nación, no un país, donde la envidia, el rencor, el resentimiento y la venganza están a flor de piel. Media España odia a la otra media. Goya lo representó en esos garrotazos dados entre «paisanos» a los que el agua encenagada les llega a las rodillas.

Me gustaría apuntar que el novedoso enfoque que la autora hace para justificar la validez y eficacia de los actos administrativos, tiene su fundamento en un principio civil de mantener a todo trance la voluntad testamentaria.

Recuerdo que al estudiarse las posibles causas de nulidad de los testamentos, las mismas quedaban reducidas a la inobservancia de las formalidades exigidas por la ley ya que no era preciso desde el Ordenamiento de Alcalá la institución de heredero. También se apuntaba que la acción de nulidad podía ser renunciada por los herederos, ya que no era «pública» y que sólo los herederos pueden ejercitarla, salvo que hayan reconocido expresa o tácitamente su validez, pues ello supone convalidación. Igualmente la calificación registral no puede rechazar un testamento contra la voluntad de los que puedan acatarlo como válido. Por último, el conocido artículo 715 del Código Civil en el caso de nulidad del testamento cerrado, puede ser considerado como ológrafo válido. Fundándose esta disposición en el deseo del legislador de que no muera «intestado» quien con sus actos demuestra su intención de testar.

Esta especie de analogía que he traído a colación sólo tiene el valor de la anécdota, ya que la idea que preside el estudio monográfico es la que resume en la Introducción su autora: *un acto es válido cuando el Derecho tiene interés en conservarlo*. Y con esto entramos en el tenebroso campo del Derecho Administrativo, donde la teoría de la validez y eficacia se distancia totalmente de la que ofrece el ordenamiento civil. Lo importante sería lograr que al ponerse en relación el acto administrativo con instituciones privadas de proyección pública, pudieran darse unas soluciones satisfactorias.

El estudio monográfico tiene tres partes debidamente deslindadas a las que precede un estudio preliminar —ya citado— y a las que se acompañan una lista muy amplia de bibliografía utilizada y citada a pie de página y un índice sumarial. Sustancialmente vamos a referirnos a estas tres partes:

A. Diversos capítulos constituyen esta primera parte y de ellos —con una especie de valentía estructural— puedo hacer tres grandes grupos:

*Los principios generales del derecho y la conservación de los actos.* Los actos —dice su autora— deben ser conservados en todo caso, pero para que sea garantizada esta conservación por el Derecho es preciso que la misma sea conforme con el ordenamiento jurídico y exista algún interés en su mantenimiento, de lo cual deduce que son dos los requisitos para que el Derecho no sólo tolere, sino proteja la conservación: que con el mantenimiento del acto alcance un fin que el Derecho considere digno de protección y que exista un interés en la consecución de esa finalidad. La validez reside no en el acto en sí mismo, sino en el fin que con su mantenimiento se pretende conseguir.

Aparte de examinar la incidencia de principios diferentes al de la conservación, estudia la de los principios jurídicos en la configuración del régimen de los actos en general y de los administrativos en particular. Surgen con ello la precisión de los conceptos de invalidez e ineficacia, cosas diferentes, como es notorio. Igualmente se precisan los diferentes regímenes procesales que logran la ineficacia de un acto como sanción jurídica a su invalidez: la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad. Todo ello se enlaza con el principio de conservación.

*El valor de la forma en el Derecho y en el Administrativo.* La autora después de plantearse los diferentes sistemas del formalismo y el espiritualismo, así como el valor instrumental de la forma en el Código Civil, y su valoración en los actos del poder legislativo, judicial y ejecutivo, llega a la siguiente conclusión: Lo que determina la invalidez del acto que ha incurrido en vicio de forma, no es el infringir la ley al no adoptar la forma por ella exigida, sino el hecho de no haber alcanzado el objetivo que a través de esa determinada formalidad la ley quería garantizar.

Al haber perdido la forma su valor publicitario y haber sido sustituida por una publicidad más técnica, como es la publicidad registral el examen de la forma no puede circunscribirse a la relación entre partes, pues tratándose de derechos reales juega la figura del tercero y la teoría general de la forma debe ser completada, pues su mundo ha sido sustituido por el de la publicidad.

Concluye este apartado con el examen de la forma en el Derecho Administrativo y concretamente en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo, precisando los defectos de forma que impiden al acto alcanzar su fin, la indefensión como causa determinante de la invalidez, el derecho a la legalidad formal y naturaleza de las normas de procedimiento.

*La eficacia de los actos administrativos.* En este apartado se viene a concluir precisando la conservación como razón de la eficacia y así señala la conservación de los actos válidos, la inadmisibilidad de la libre revocabilidad de los actos de gravamen, la conservación de los actos que aún no reúnen todos sus requisitos, la convalidación del acto de notificación y la conservación de los efectos de los actos anulados.

B. Dentro de esta parte de la monografía se exponen los diferentes medios que brinda el Derecho para acomodar los actos que ofrecen defectos a las exigencias del ordenamiento jurídico y así se estudian la convalidación y su especial efecto de la retroacción. La subsanación su posible irretroactividad y los diferentes problemas que la misma suscita según sea el elemento afectado, el momento en que debe realizarse, el procedimiento, la posible invalidez de

la subsanación, etc. También se ofrece al estudioso el tema del tiempo y el transcurso del mismo como medio subsanatorio, al igual que la intervención de la voluntad de los interesados y el acto confirmatorio, la conversión y sus requisitos, así como el problema de la invalidez parcial y su estudio en la citada Ley de Procedimiento Administrativo y Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas.

C. De una enorme trascendencia es el tema que la autora aborda en esta última parte, ya que aplica la teoría de la conservación del acto que se haya dictado al amparo de Reglamentos anulados y que considera que deben conservarse siempre que dichos actos sean válidos o que la nulidad del Reglamento no tenga efectos retroactivos.

El otro apartado del tema es el de la posible conservación de los actos dictados en aplicación de una norma que ha sido declarada anticonstitucional por el Tribunal Constitucional. La autora considera que al desaparecer esa norma quedan sin protección los actos realizados a su amparo, aunque su criterio es que si son válidos los actos deben conservarse si existe una norma que le preste cobertura jurídica.

Ante una obra de esta importancia lo inmediato es madurar ideas y meditar, para poder sacar unas conclusiones que nos puedan servir en el mundo jurídico de la publicidad donde la seguridad del tráfico exige el cumplimiento de la legalidad y eso no se si cabe conjugarlo con el principio de conservación. De cualquier forma es una nueva visión que abre cantidad de sugerencias y hace pensar, que es lo bueno.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, LUIS M.<sup>a</sup> «La protección inmobiliaria del consumidor en la Comunidad Europea», en la *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, núm. 216 de 1994, Ed Cívitas, Madrid, 339 págs.

Après une longue introduction rappelant les principes constitutionnels du droit communautaire, ainsi que les rapports existant entre le droit communautaire et le droit interne, la monographie présente de manière générale, la politique communautaire à l'égard des consommateurs, ainsi que le droit national en la matière, avec, pour ce dernier, une attention particulière pour la protection immobilière. Ensuite, l'auteur analyse l'impact du droit communautaire à l'égard des consommateurs en matière de protection immobilière, en décrivant les directives techniques, mais aussi les directives plus directement liées à la protection des consommateurs, telles que la directive relative à la publicité trompeuse, la directive relative aux clauses abusives, etc. Il aborde également le problème de l'harmonisation des législations en matière immobilière. Un dernier chapitre est consacré à la question de la responsabilité du constructeur, plus spécifiquement au regard du droit espagnol.



# REVISTA DE REVISTAS



## REVISTA GENERAL DE DERECHO

### Números 604-605 (Enero-Febrero 1995)

- «Comentario de urgencia a la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994», por CÉSAR ALVAREZ-LINERA Y URÍA, pág. 13.
- «El derecho a la pensión por desequilibrio económico del artículo 97 del Código Civil a la muerte del cónyuge deudor», por CARMEN LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, pág. 31.
- «Cuestiones sobre la renuncia de derechos y la exclusión voluntaria de la ley: distinción entre ambas, relación con la autonomía de la voluntad y límites para su validez», por ALFREDO C. CASTELLO SÁEZ, pág. 49.
- «Imputabilidad del incumplimiento resolutorio, carga de la prueba y de la presunción de inocencia: en especial el juicio por el ilícito laboral *ex* artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores. (Reflexiones críticas sobre una ambigua e incierta jurisprudencia constitucional)», por CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE, pág. 59.
- «El artículo 10.1 de la Constitución como deber genérico de respetar la dignidad y los derechos de la persona», por MIGUEL ANGEL ALEGRE MARTÍNEZ, pág. 189.
- «Derecho de la competencia desleal y libre circulación de mercancías. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea», por R. JOLIET, pág. 493.
- «La Directiva Comunitaria sobre software: una visión desde los Estados Unidos de América», por P. GOLDSTEIN, pág. 523.
- «La incorporación de las Directivas Comunitarias sobre derechos de autor al ordenamiento jurídico español», por F. BONDIA ROMÁN, pág. 539.
- «Acuerdos interbancarios y Derecho de la competencia de la CE: una aproximación», por J. PALLARES AYALA, pág. 561.
- «Los sistemas de distribución integrada de ámbito comunitario y sus efectos restrictivos sobre la competencia», por P. SOLER MASOTA, pág. 575.
- «A propósito del Real Decreto-Ley 22/1993 y de la competencia para regular los horarios comerciales», por M. TRONCOSO Y REIGADA, pág. 615.

## ACTUALIDAD CIVIL

### Número 10 (1995)

- «La posible atribución de un nuevo derecho al edificante de buena fe», por MARÍA DE LOS DESAMPARADOS NÚÑEZ BOLUDA.

**Número 11 (1995)**

«Las cláusulas excesivas en los préstamos bajo condiciones generales», por VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO.

**Número 12 (1995)**

«Cláusulas abusivas en ventas empresariales de viviendas», por FRANCISCO CUENCA ANAYA.

**Número 13 (1995)**

«Cláusulas reprobables en la contratación inmobiliaria y crediticia de adhesión relativa a viviendas», por JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO.

**Número 14 (1995)**

«La llamada aceptación entendida a beneficio de inventario», por MANUEL ALBALADEJO GARCÍA.

**REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO****Número 11 (Julio-Septiembre 1994)**

«El Régimen Jurídico de la disolución, liquidación y extinción en el Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», por RICARDO CABANAS TREJO y otros, pág. 9.

«Derecho Civil común de España y Derecho Civil propio de las Comunidades Autónomas», por ENRIQUE LALAGUNA DOMÍNGUEZ, pág. 81

«Aspectos notariales de la Ley de Fundaciones», por JOSÉ MARÍA PRADA DOMÍNGUEZ, pág. 203.

«Responsabilidad de los interventores judiciales en las suspensiones de pagos», por ENRIQUE MARÍN LÓPEZ, pág. 285.

«La valoración del sistema de patentes: una enseñanza para el Derecho de la competencia desleal», por P. PORTELLANO DÍEZ, pág. 625.

«Derecho y genética humana: bases para una discusión», por CARLOS M.<sup>º</sup> ROMEO CASABONA, pág. 829.

## REVISTA DE DERECHO PRIVADO (Febrero 1995)

- «Disposiciones transitorias, adicionales, derogatorias y finales del Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (y II)», por LUIS M.<sup>3</sup> SELVA SÁNCHEZ, págs. 115 a 138.
- «El nuevo Código civil holandés: el Derecho patrimonial», por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, págs. 139 a 149

## REVISTA DE DERECHO URBANISTICO Número 141 (Enero-Febrero 1995)

- «La ocupación directa de terrenos para dotaciones urbanísticas (continuación), por ANTONIO FERNÁNDEZ CANO, pág. 13.
- «El silencio administrativo positivo y su certificación en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común», por TOMÁS POU VIVER, pág. 43.
- «La obligación municipal de contribuir al costeamiento de las cargas de urbanización: evolución histórica y régimen actual», por RICARDO ESTÉVEZ GOYTRE, pág. 61.
- «El método peculiar de participación de la comunidad en las plusvalías urbanísticas: integración y valoración de los bienes públicos», por JULIO CÉSAR TEJEDOR BIELSA, pág. 71.
- «Problemática de la determinación del valor inicial y del valor urbanístico», por JESÚS MARÍN MARTÍNEZ, pág. 97.
- «El derecho administrativo y la responsabilidad por daños medioambientales», por JOSÉ LUIS REQUERO IBÁÑEZ, pág. 121.

## REVISTA DE DERECHO MERCANTIL Número 213 (Julio-Septiembre 1994)

- «Aproximación a la caracterización jurídica de la Sociedad de Garantía Recíproca en la Ley de 11 de marzo de 1994», por FERNANDO OLEO BANET, pág. 413.
- «La Directiva Comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español», por ALBERTO EMPARANZA, pág. 461.
- «Los actos de imitación servil en la Ley de competencia desleal», por ELENA BOET SERRA, pág. 505.
- «Cooperativismo y defensa del consumidor», por MANUEL PANIAGUA ZURERA, pág. 575.
- «Proyecto alemán de Ley: pequeñas sociedades anónimas y desregulación del derecho de sociedades anónimas en la República Federal Alemana», por PEDRO PORTELLANO y M.<sup>3</sup> ISABEL SÁEZ LACAVE, pág. 593.

## Número 214 (Octubre-Diciembre 1994)

- «Las aportaciones sociales en el Proyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada», por GUILLERMO J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, pág. 799.
- «La insostenible levedad del Derecho concursal», por JOAQUIM BISBAL, pág. 843.
- «Régimen de legitimación de las acciones en sus distintas modalidades de representación», por ANTONIO FONT I RIBAS, pág. 873.
- «La protección de la minoría en el grupo de sociedades. (El punto de vista del Derecho español)», por JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO, pág. 913.
- «Segregación de la Sociedad Anónima y de la Sociedad de Responsabilidad Limitada», por FERNANDO CERDÁ ALBERO, pág. 925.

## REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANONICO Número 137 (Julio-Diciembre 1994)

- «Matrimonio y culturas: hacia el matrimonio occidental moderno», por U. NAVARRETE, págs. 461 a 476.
- «El derecho de asilo: ¿misericordia o justicia?, por M. SANZ GONZÁLEZ, págs. 477 a 501.
- «Los nombramientos de obispos durante el régimen de Franco», por V. CARCEL ORTI, págs. 503 a 566.
- «El acto de voluntad por el que se crea o frustra el consentimiento matrimonial», por J. M.<sup>o</sup> SERRANO RUIZ, págs. 567 a 589.
- «Los derechos de la familia», por M.<sup>o</sup> E. OLMOS ORTEGA, págs. 591 a 619
- «La calificación de hijos naturales en el derecho histórico español a los habidos de sólo matrimonio canónico (1872)», por F. R. AZNAR GIL, págs. 623 a 638.
- «Abogados, uniones matrimoniales irregulares y causas de nulidad matrimonial. Texto y comentario de una Respuesta del Tribunal Supremo de la Signatura apostólica», por R. L. BURKE, págs. 639 a 645.
- «Casamento en Portugal dos emigrantes. Texto y comentario», por A. COSTA MARQUÉS, págs. 647 a 661.
- «La libertad religiosa y la reforma protestante: las corrientes espirituales derivadas del protestantismo», por F. VERA URBANO, págs. 663 a 669.
- «Una década de bibliografía sobre el derecho canónico indiano», por C. SALINAS ARANEDA y A. GARCÍA GARCÍA.

## REVISTA JURIDICA DE NAVARRA Número 17 (Enero-Junio 1994)

- «La capacidad para contraer matrimonio y la capacidad para capitular: ¿Habilis ad nuptias habilis ad pacta nuptialia?», por MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ, pág. 11.

- «Ensayos clínicos con medicamentos, cuestiones jurídico-administrativas», por MARÍA VICTORIA DIOS VIEÍTEZ, pág. 37.
- «La ejecución anticipada de las sentencias contencioso-administrativas condenatorias de la Administración», por JOAQUÍN HUELÍN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, pág. 59.
- «Los juegos de azar en el Derecho histórico y en el Derecho actual de Navarra», por MIGUEL JOSÉ IZU BELLOSO, pág. 69.
- «Un aspecto de la política del agua en Navarra: El saneamiento y depuración de las aguas residuales», por BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA, pág. 81.
- «Los beneficios tributarios relativos a la Iglesia Católica en las Haciendas Locales de Navarra», por M.<sup>a</sup> ANGELES AGÚNDEZ CAMINOS, pág. 107.
- «Los recursos en vía administrativa contra los actos tributarios. Situación actual de la Comunidad Foral de Navarra», por JOSÉ JAVIER ZABALETA ZÚNIGA y MARTÍN M.<sup>a</sup> RAZQUÍN LIZARRAGA, pág. 119.

## REVISTA JURIDICA JALISCIENSE

Número 10 (Septiembre-Diciembre 1994)

- «Antropología filosófica y filosofía social», por EFRAÍN GONZÁLEZ MORFÍN, págs. 11-31.
- «La mediación: una forma de resolver conflictos laborales», por CARLOS SEPÚLVEDA VALLE, págs. 33-55.
- «Kelsen y Marx: la unidad mediada del Derecho y del Estado», por ARTURO BERUMEN CAMPOS, págs. 57-85.
- «Mentalidades políticas a través del juicio de residencia republicano», por LUIS DURAND FLÓREZ, págs. 87-98.
- «Territorial organization and local administration in Galicia», por JOSÉ LUIS MEILÁN y JAIME RODRÍGUEZ ARANA, págs. 99-116.
- «Partidos políticos y Derecho Electoral», por JOSÉ MANUEL CORREA CESEÑA, págs. 117-122.
- «Los fraudes electorales del siglo XIX, una lección para el siglo XXI», por JUAN JOSÉ MATEOS SANTILLÁN, págs. 123-192.
- «El ámbito electoral dentro de un sistema jurídico democrático», por RUBÉN JAIME FLORES MEDINA, págs. 193-221.
- «El régimen legal de las elecciones mexicanas de 1994», por JOSÉ BARRAGÁN BARRAGÁN, págs. 223-266.
- «La cuestión electoral en la Constitución Política del Estado de Jalisco», por MARCOS PABLO MOLOEZNİK, págs. 267-282.

## REVISTA DEL NOTARIADO DE LA REPUBLICA ARGENTINA

Número 838 (Julio-Agosto-Septiembre 1994)

- «Colación de bienes gananciales», por MARIO M. CARZOLIO, pág. 415.
- «La entrega de los dólares en los préstamos hipotecarios», por MARIO A. ZINNY, pág. 431.

- «Dos casos no tan comunes», por CARGAT, pág. 443.  
 «Unión Internacional del Notariado Latino. Estatutos», págs. 453 y 465  
 «Los registros notariales como base y fuente de investigación», por ELORA  
 MARIÑANSKY DE KATZ y MARTA E. GOLDFARB, pág. 467.  
 «Afincamiento poblacional», por RAÚL RODOLFO GARCÍA CONI, pág. 473.

## NOTICIAS DE LA UNION EUROPEA

### Número 122 (Marzo 1995)

- «La protección fiscal del medio ambiente en la Unión Europea», por FERNANDO  
 VICENTE ARCHE DOMINGO, pág. 7.  
 «Protección impositiva del medio natural», por ANGEL BAENA AGUILAR, pág. 11.  
 «Gasto público y medio ambiente», por JUAN JOSÉ BAYONA DE PEROGORDO y MARÍA  
 TERESA SOLER ROCH, pág. 25.  
 «Aproximación a los instrumentos de intervención administrativa sobre el  
 medio ambiente en el Derecho comunitario», por MIGUEL BELTRÁN DE FELIPE,  
 pág. 31.  
 «Relevancia constitucional del medio ambiente», por MIGUEL BELTRÁN DE FELIPE  
 y RAÚL CANOSA USERA, pág. 39.  
 «Contribuciones especiales sobre vertidos de aguas en la CE», por PABLO CHICO  
 DE LA CÁMARA, pág. 51.  
 «El ecoetiquetaje comunitario», por JESÚS ANGEL FUENTETAJA PASTOR, pág. 63.  
 «Las tasas por gestión de residuos. Su precedente en la normativa comunitaria  
 y su reflejo en la Ley reguladora de residuos de Cataluña», por MARÍA GÓMEZ  
 VERDESOTO, pág. 69.  
 «Tributos ambientales en Alemania», por JOSÉ MIGUEL GONZÁLEZ DE LA FUENTE,  
 pág. 73.  
 «El principio —quien contamina, paga— desde la perspectiva jurídica», por  
 PEDRO MANUEL HERRERA MOLINA, pág. 81.  
 «La traslación jurídica de la cuota en los impuestos ambientales», por JOSÉ  
 LUIS PÉREZ DE AYALA, pág. 93.  
 «La política ambiental comunitaria: algunas consideraciones», por AURELIO DE  
 PRADA GARCÍA, pág. 101.  
 «La implantación de un impuesto ecológico en la Unión Europea», por José  
 ANDRÉS ROZAS VALDÉS, pág. 111.  
 «Cambio climático, políticas internacionales de protección del clima y el Plan  
 Nacional sobre el Clima de España», por ANA YABAR STERLING, pág. 123.

## NUMERO 123

### (Abril 1995)

- «Panorama competencial del Parlamento de la Unión Europea». por JUAN JOSÉ  
 MARTÍN ARRIBAS, pág. 9.  
 «Las ayudas estructurales comunitarias a las regiones españolas menos desa-  
 rrolladas: riesgos y oportunidades», por José A. HERCE, pág. 25.

- «Práctica de la Comisión CE en materia de ayudas de Estado. criterios y principios de aplicación», por RAÚL LAFUENTE SÁNCHEZ, pág. 33.
- «La marca comunitaria», por LUIS MARÍA MIRANDA SERRANO y JAVIER PAGADOR LÓPEZ, pág. 51.
- «El grupo de empresas por coordinación: marco jurídico», por JUAN FRANCISCO ESCUDERO ESPINOSA, pág. 77.
- «La Directiva sobre viajes combinados y el derecho español», por JUAN CARLOS MUÑOZ MARTÍN, pág. 85.
- «Interpretación del artículo 5.1 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968», por ROSARIO ESPINOSA CALABUIG, pág. 95.
- «Mercado Unico Europeo: consecuencias para las personas y regiones», por MARTA MAGADÁN DÍAZ, pág. 105.

