

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González Martínez

Año LIII ○ Enero-Febrero 1977 ○ Núm. 518

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE:

D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS:

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

CONSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN:

D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

SECRETARIO DE LA REVISTA:

D. Fernando Muñoz Cariñanos.

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

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

Depósito legal: M. 968 - 1958

Imprenta SAN JOSE.—Leganitos, 24.—Madrid-13

SUMARIO

Págs.

ESTUDIOS:

«El Registro de Ventas a Plazos de Bienes Muebles y sus principios informadores», por VICENTE BALDÓ DEL CASTILLO ..	9
«La actividad administrativa en materia de Derecho Agrario a través de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario» (Intento de aproximación al Derecho Agrario), por MIGUEL DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN ..	27
«La Sociedad en constitución», por FRANCISCO VICENT CHULIÁ ..	71
«Elementos comunes, procomunales y anejos: caracteres diferenciales y disposición de los mismos», por MARTÍN MARCOS JIMÉNEZ ..	131

JURISPRUDENCIA:

II. Resoluciones y Sentencias:

I. Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, por TIRSO CARRETERO GARCÍA ..	153
II. Sentencias del Tribunal Supremo:	
1. Jurisprudencia civil, por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, JOSÉ QUESADA SEGURA, JAVIER SÁENZ VILLAR, FRANCISCO QUIROGA RAMIRO, CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y FRANCISCO CASTRO LUCINI ..	167
2. Jurisprudencia procesal ..	204
3. Jurisprudencia contencioso-administrativa, por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ ..	209
III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central, por JESÚS ALVAREZ BELTRÁN ..	215

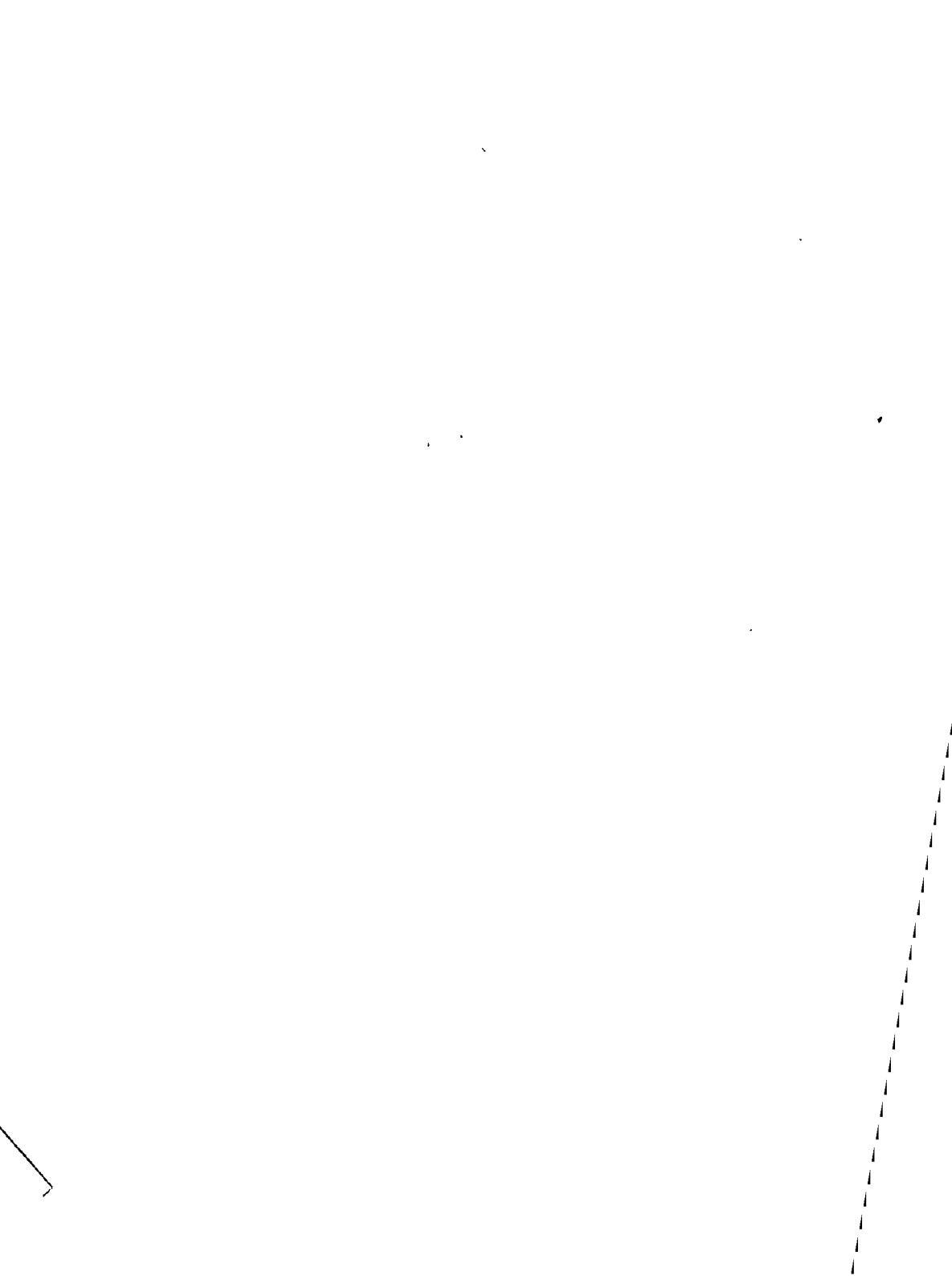
LIBROS:

«Situación jurídica de la mujer casada», de J. CORTEZO, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	235
«Reflexiones sobre la filiación ilegítima en Derecho español», de M. DE LA CÁMARA ALVAREZ, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	238
«Comentarios a la Ley del Suelo», de J. GONZÁLEZ PÉREZ, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	240
«Comentarios a la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario», por FRANCISCO CORRAL DUEÑAS	243
«El nuevo Derecho civil de la mujer casada», de J. L. LACRUZ BERDEJO, por JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ	249
«Linamenti di Diritto agrario», de FRANCESCO MILANI, por JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO	254
«Diccionario de Términos Jurídicos», de IGNACIO RIVERA GARCÍA, por EDUARDO VÁZQUEZ BOTE	255
«La configuración jurídica del volumen de edificabilidad», de JOSÉ ANGEL TORRES LANA, por JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY	256

REVISTAS:

II. Noticia de Revistas	261
-------------------------	-----

ESTUDIOS



El Registro de Ventas a Plazos de Bienes Muebles y sus principios informadores

SUMARIO: 1. *Razón de ser del Registro de Ventas a Plazos.*—2. *Su organización.*—3. *Contratos y actos registrables.*—4. *Principios registrales:* a) Principio de publicidad formal. b) Principio de publicidad material. c) Principio de legalidad. d) Principio de legitimación. e) Principio de especialidad.—5. *La registración.*—6. *El Libro de Recepción.*—7. *La cancelación.*—8. *Coordinación entre el Registro de Ventas a Plazos y el Registro de Permisos de Circulación.*

1. RAZÓN DE SER DEL REGISTRO DE VENTAS A PLAZOS

La regulación eficaz de las garantías del vendedor a plazos exigía para que las mismas pudieran oponerse a terceras personas la organización de un Registro especial donde se tomara razón de los contratos de venta a plazos en que las mismas se insertaran.

Tuvo conciencia de esta necesidad el legislador español que dio carta de naturaleza en nuestro Derecho a dicho Registro en el artículo 23 de la Ley, según el cual: «Para que sean oponibles a tercero las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer, que se inserten en los contratos sujetos a la presente Ley, será necesaria su inscripción en el Registro a que se refiere el párrafo siguiente.»

El Registro de reservas de dominio y prohibiciones de disponer se llevará por los registradores mercantiles y se sujetará a las normas que dicte el Ministerio de Justicia.

Según SALVADOR BULLÓN, este precepto establece con claridad:

a) Que el Registro es «de reservas de dominio y prohibiciones de disponer»; o sea, que aunque su objeto sean los contratos, lo que específicamente es objeto de publicidad son dichas cláusulas.

b) Que la competencia para su llevanza corresponde a los Registradores Mercantiles. O sea, que radicará sólo en las capitales de provincia, o en las poblaciones de que habla el artículo 10 del Reglamento de 14 de diciembre de 1956.

c) Ese encuadramiento del Registro que nos ocupa en el ámbito del Mercantil, hace aplicables, en líneas generales, las normas esenciales de dicho Registro, según el Código de Comercio y Reglamento citado de 1956 (1).

La Ordenanza para el Registro de Ventas a Plazos de Bienes Muebles ha sido establecida por una Orden del Ministerio de Justicia de 8 de julio de 1966; según el legislador tiene carácter provisional, pudiendo ser revisada cuando la experiencia lo aconseje, organizando un sistema registral nuevo sin antecedentes en nuestra Patria.

En su Exposición de Motivos se especifica claramente cuál es la razón de ser del Registro: evitar el juego del artículo 464 del Código civil en favor del tercero que pretende hacer valer su ignorancia acerca de la inexistencia de los gravámenes con que había garantizado el vendedor el cobro del resto del precio aplazado. Dice su párrafo tercero: «En el nuevo sistema que se implante se ha previsto la existencia de Registros Provinciales a cargo de Registradores Mercantiles, tal como exige la Ley, pero se ha creído de suma conveniencia establecer además un Registro o Fichero Central que acumule los datos de todos los Registros Provinciales para que cualquier comprador de un objeto mueble registrable pueda asegurarse mediante la consulta de un solo Registro, de que no pesa sobre tal objeto ningún pacto de reserva de dominio o prohibición de disponer que por estar registrado pudiera perjudicarlo, ya que en este supuesto es oponible a tercero por imperativo del artículo 23 de la Ley, a pesar de la protección del artículo 464 del Código civil.»

El legislador a fin de fomentar al máximo la publicidad registral establece un Registro Central que permite mediante la consulta a un solo Registro saber o no si el bien que va adquirir está o no gravado por alguna garantía real, como lo son la reserva de dominio o la prohibición de disponer, sin embargo, contrasta con ello el que a pesar de que el objeto es un bien mueble corporal no consumible, susceptible de identificación,

(1) SALVADOR BULLÓN, HILARIO: *Las ventas a plazos según la nueva Ley*. Madrid, 1966, pág. 133.

no se haya organizado el Registro sobre la base del folio real, centrándolo en los distintos objetivos, sino sobre un archivo de contratos por orden alfabético de compradores.

2. SU ORGANIZACIÓN

El Registro cuya denominación es la de «Venta a Plazos», estará constituido según el artículo 1.º de la Ordenanza por los Registros de ámbito provincial, existiendo un Registro o Fichero Central bajo la dependencia del Ministerio de Justicia, Dirección General de los Registros y del Notariado.

Los primeros se llevan en los Registros Mercantiles por sus titulares; en las provincias en que el Registro Mercantil está a cargo de dos titulares, se lleva en la forma que señala el Reglamento Hipotecario, artículo 485 (Disposición adicional primera de la Ordenanza).

El Central, cuyo contenido y funciones específicamente se señalan, constituye un duplicado coordinador e informativo de los distintos Registros Provinciales (2).

La competencia viene determinada por el domicilio del comprador en el momento de otorgarse el contrato (art. 3.º), lo que plantea el problema de saber qué registro será el competente en el caso de ser el bien mueble comprado por dos personas que residen en distintas provincias, en tal caso podrá pensarse que en cualquiera de ambos domicilios habrá de practicarse la registración, pero dado que el Registro actúa sobre la base de organización personal por compradores, entiendo que para la mejor realización de sus fines, los contratos deben presentarse en los dos Registros,

(2) La Orden de 24 de septiembre de 1973 ha modificado las disposiciones adicionales 1.ª y 6.ª de la Ordenanza, que han quedado respectivamente redactadas del siguiente modo:

1.ª Los Registros provinciales de Venta de Bienes Muebles a Plazos correrán a cargo, como dispone la Ley 50/1965 de 17 de julio, en su artículo 23, de los Registradores Mercantiles en cada provincia. El Registro Central será provisto por concurso ordinario entre Registradores, conforme a las reglas generales establecidas en la Legislación Hipotecaria y estará a cargo de dos titulares. Tanto en este caso como en los supuestos en que el Registro Mercantil esté encomendado a más de un titular se llevará el Registro según las normas que señala el artículo 485 del Reglamento Hipotecario, en cuanto sean aplicables.

6.ª El Registro Central queda adscrito como dependencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado. No obstante, su instalación continuará encomendada al Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, el cual percibirá bajo cuenta especial los ingresos correspondientes al mismo, y abonará los gastos utilizando sus propios locales y personal auxiliar. Los honorarios de los jefes del Registro consistirán en un tanto por ciento de los ingresos líquidos, cuyo porcentaje será fijado por la Dirección General, oído el Colegio Nacional de Registradores.

debiendo el Registrador suspender la registraci3n hasta tanto se le acredita que en el otro Registro tambi3n competente se ha presentado el contrato.

En el apartado 7.º de la Circular de la Direcci3n General de los Registros y del Notariado de 19 de noviembre de 1968, se seña la que la «competencia del Registro que corresponde el domicilio del comprador ser3 tambi3n aplicable cuando con posterioridad o simult3neamente haya de inscribirse un contrato de financiaci3n a vendedor derivado de la propia operaci3n.

No obstante, cuando se trate de veh3culos autom3viles ya matriculados, ser3 competente el Registro de la provincia en que se hubiese verificado dicha matriculaci3n (3).

En cuanto a la forma de llevar a cabo la registraci3n no existe propiamente una «inscripci3n», a pesar de la dicci3n del art3culo 23 de la Ley, siendo curioso que la Ordenanza no utiliza a lo largo de su articulado dicho t3rmino; t3cnicamente no se sigue el sistema de la inscripci3n sino el del archivo, que presenta mayor afinidad con el de transcripci3n.

La organizaci3n interna de los Registros Provinciales responde a la m3xima simplicidad y rapidez, debiendo el Registrador encargado llevar el Registro con la mayor diligencia y buen orden; disponiendo las carpetas convenientes separ3ndolas por letras, grupos de letras o del modo m3s adecuado para el mejor funcionamiento de la oficina (art. 22).

3. CONTRATOS Y ACTOS REGISTRABLES

El art3culo 2.º de la Ordenanza seña la los «contratos» registrables, incurriendo en flagrante imprecisi3n, ya que dentro del gen3rico vocablo «contratos» se refiere a las resoluciones judiciales o administrativas que afecten a los contratos registrados y al desistimiento del contrato del art3culo 8.º de la Ley.

(3) En la pr3ctica ha planteado problemas de competencia la inscripci3n de los contratos que teniendo un objeto complejo forme parte de 3ste un veh3culo autom3vil. La Resoluci3n de la Direcci3n General de los Registros y del Notariado de 28 de noviembre de 1973 ampl3a una circular de 19 de noviembre de 1968 afrontando dicho problema, que resuelve a favor del Registro del domicilio del comprador, toda vez que considera que la regla excepcional que fija como competente el Registro del lugar de la matriculaci3n del veh3culo «debe jugar exclusivamente cuando tales veh3culos sean objetos independientes de contratos aislados y no cuando, perdida su individualidad propia, quedan reducidos a meros elementos componentes del objeto complejo sobre el que realmente recae la venta. No obstante, se establece que el Registrador del domicilio del comprador remitir3 al Registro Central el ejemplar n3mero 4 del contrato, indicando la existencia del veh3culo autom3vil a fin de que por el Registro Central se remita al Registro Provincial correspondiente al lugar de la matriculaci3n del veh3culo fotocopia del ejemplar n3mero 4 del contrato, con diligencia de autenticidad y referencia a los datos de registraci3n.

Por ello he preferido utilizar la expresión «CONTRATOS Y ACTOS REGISTRABLES», bien entendido que empleo la voz «actos» en el sentido más amplio que el término puede tener jurídicamente. El artículo 2.º enuncia:

a) Las ventas a plazos de bienes muebles corporales no consumibles y susceptibles de identificación con pacto de reserva de dominio o de prohibición de enajenar. Será registrable el contrato aunque no contenga pacto, siempre que el vendedor o el financiador, en su caso, no autoricen expresamente la libre enajenación del objeto vendido.

b) Las novaciones o modificaciones de los contratos registrados, incluso la sustitución del objeto y el cambio del comprador.

c) Los préstamos de financiación a vendedor o a comprador, siempre que se garanticen con reserva de dominio o prohibición de enajenar y, en general, las cesiones que legítimamente hagan el vendedor o financiador de su derecho frente al comprador.

d) Las resoluciones jurídicas o administrativas que de algún modo afecten a los contratos objeto de registro.

e) El desistimiento del contrato registrado en las condiciones del artículo 8.º de la Ley, así como el anticipo del pago total verificado por el comprador y cualquier otro acto extintivo procedente.

f) Los actos análogos permitidos por la Ley (4).

Al requisito de la identificabilidad de los bienes sobre los que recaigan los contratos ya se refería el artículo 2.º del Decreto de 12 de mayo de 1966, los que enumera del siguiente modo SALVADOR BULLÓN:

a) Marca de la cosa u objeto de que se trate.

b) Número de serie o fabricación. Puede así, alternativamente, designarse la cosa vendida por serie o por fabricación, con número respectivo; y más aún con ambos datos a la vez.

c) El número o números que ostenten los objetos han de figurar de modo indelebe (que no pueda borrarse) o, alternativamente, inseparable (incorporado a la materia del objeto, sin posibilidad de separación).

d) Pueden constar en una o varias de sus partes fundamentales. Como en los automóviles, por ejemplo, el número de motor y de chasis (5).

(4) La Ordenanza admite la analogía con las garantías típicas de la venta a plazos de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento, pero cierra el Registro de Ventas a Plazos para ellas, diciendo en la disposición adicional tercera: «Las garantías derivadas de la hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento, reguladas por la Ley de 10 de diciembre de 1954 y excluidas de este Registro surtirán sus efectos propios».

(5) SALVADOR BULLÓN, *op. cit.*, pág. 132.

No podrán registrarse las ventas a plazos o préstamos de financiación que recaigan sobre bienes muebles hipotecados, pignoralos o embargados.

Por otra parte, habida cuenta del carácter real que tiene el contrato, no tendrán acceso al Registro los contratos preparatorios de una venta a plazos sin entrega del objeto ni pleno desembolso inicial y sólo producirán los efectos que resulten de las normas civiles y de la Ley de Venta a Plazos.

También se admite que al Registro tenga acceso hecho tan trascendente en la vida del contrato cual es el pago anticipado por parte del deudor de la parte del precio pendiente de pago, lo que puede constatarse en el Registro comunicándolo por escrito o carta con el sello del vendedor o financiador, debiéndose acompañar el resguardo del asiento de presentación.

Para el supuesto de que dicho resguardo se hubiese extraviado, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de noviembre de 1969, que por un lado admite la función legitimadora del citado resguardo, entiende no obstante que dicha circunstancia no debe constituir óbice para «la constancia registral», y a tal fin admite la sustitución del resguardo por el cuerpo del contrato (ejemplar para el vendedor o financiador en su caso) debidamente sellado; también se admite en tal hipótesis de extravío la constatación registral cuando el escrito o carta tenga legitimada la firma notarialmente.

4. PRINCIPIOS REGISTRALES

En torno a los Registros jurídico-privados la doctrina ha elaborado una serie de principios, que también se han llamado presupuestos (6), que si bien no voy a analizar ahora aquí, sí procede examinar de qué manera se han traducido en la reglamentación del Registro de Venta a Plazos.

a) *Principio de publicidad formal*

El mismo se consagra en el artículo 21 de la Ordenanza, que categóricamente dice: «El Registro será público para quien tenga interés legítimo. Esta publicidad se traduce en manifestación, nota simple o certificación positiva o negativa de los documentos registrados y de la existencia y contenido de los mismos.»

(6) CASSO ROMERO, IGNACIO DE: *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, 4.ª edic. Madrid, 1951, pág. 138.

También el Fichero Central podrá expedir certificaciones positivas o negativas de su contenido. Las negativas tienen valor meramente informativo, pero advertirán las limitaciones que pueden resultar de los plazos necesarios para la remisión de los contratos al Fichero Central (7).

No está de más el último inciso del precepto, pues dirigiéndose el interesado al Fichero Central, bien cabe que no haya constancia en el mismo de un determinado contrato y, sin embargo, haya sido éste objeto de presentación en el Registro Provincial competente, ya que son diez los días que hay como plazo máximo para remitir al Fichero Central por el Registro Provincial el ejemplar correspondiente.

El modo de desarrollarse el principio de publicidad formal en el Registro Mercantil, que es el que ha seguido la Ordenanza del Registro de Venta a Plazos, ha merecido la crítica del profesor SÁNCHEZ CALERO, que considera dichos medios de publicidad del contenido del Registro «insuficientes e incómodos» (8). Hay que deplorar que en este nuevo Registro, lejos de perfeccionarse el modo de llevarse a cabo la publicidad mediante la publicación de un *Boletín Oficial* del mismo, cual reclama, según dicho autor, la doctrina más autorizada y existe en muchos países, se ha dificultado la misma al establecerse la ordenación de los contratos registrados en función de los compradores y no de la cosa objeto del contrato.

(7) En la práctica han sido muchas las consultas dirigidas al Registro sobre si por personas concretas se han llevado a cabo adquisiciones con precio aplazado, sin referencia siquiera genérica al objeto de las mismas. Esto ha motivado la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de abril de 1970 que indica que el fin del Registro «es publicar la situación de un bien determinado», razón por la que las informaciones sobre un determinado objeto deberán siempre ser evacuadas, pero no cuando ni siquiera genéricamente el mismo haya sido designado, pues la interpretación contraria llevaría a situar el Registro en el terreno de la publicidad acerca de la situación patrimonial de determinadas personas, finalidad ésta que no parece ser la prevista por el legislador.

Por otra parte, dado que el artículo 21 de la Ordenanza concreta la publicidad del Registro «para quien tenga interés legítimo», queda a la calificación del Registrador estimar la existencia del mismo o no, debiendo estimarse «presunto por el solo hecho de la petición cuando exprese el objeto, al menos genéricamente; pero cabe también pensar que, a veces el futuro vendedor, antes de contratar, tema eventualmente hacerlo con persona potencialmente morosa, desprendiendo esta circunstancia del número de compras con pago diferido en relación a su presumible solvencia, lo que podría resultar en principio un interés legítimo, pero en todo caso, ante el evento, parece más prudente se exija el motivo de la petición, cuya constancia permitirá eludir cualquier abuso al respecto, salvo, en todo caso, si la petición se hace por el propio afectado o con su consentimiento o por mandamiento judicial».

(8) SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO: *Instituciones de Derecho Mercantil*, Valladolid, 1967, pág. 67. Con otras palabras insiste sobre el particular, 1973, pág. 67.

El artículo 30 del Código de Comercio, reformado por Ley de 21 de julio de 1973 admite ya la existencia de un Boletín Oficial del Registro Mercantil.

b) *El principio de publicidad material*

El mismo venía consagrado ya en el artículo 23 de la ley, al establecer que «para que sean oponibles a terceros las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer, que se inserten en los contratos sujetos a la presente ley, será necesaria su inscripción en el Registro», lo que, a su vez, se desarrolla determinándose la fecha en que se inician los efectos en el párrafo 2.º del artículo 4.º de la Ordenanza, que dice: «Las reservas de dominio y las prohibiciones de disponer serán oponibles a tercero desde la fecha del asiento de admisión en el Registro.»

A pesar de que el legislador ha establecido claramente el principio de publicidad material, ha dejado una puerta abierta al confusionismo y a la inseguridad al establecer la organización del Registro en función de los compradores y no por el sistema real de objetos vendidos.

Esto plantea el problema de saber qué resolución habrá que dar al supuesto en que habiendo consultado el Registro un posible adquirente de la cosa, se le haya informado de que quien le va a enajenar la cosa no aparece en el mismo como afectado por los gravámenes de una venta a plazos, resultando que, sin embargo, la cosa en cuestión sí que fue vendida a plazos, con reserva de dominio o prohibición de disponer, estando el contrato registrado, pero a nombre de una persona distinta de la que va a enajenar, a la que, a su vez, ya se le había transmitido el primer comprador, o bien se le había confiado para que siendo él quien la vendiera de nuevo, no tuviera el tercero adquirente conocimiento de los gravámenes existentes.

Es prácticamente imposible que el tercero en tal hipótesis pueda conocer la existencia de los gravámenes y, sin embargo, no le podrá amparar el artículo 464 del Código civil, lo que lógicamente constituirá una verdadera injusticia.

Entiendo que a pesar de lo antedicho en último lugar, el vendedor estará protegido en el supuesto examinado por las siguientes razones:

a) Por la dicción del artículo 23 de la Ley y párrafo 2.º del artículo 4.º de la Ordenanza, que no establecen ninguna limitación a la oponibilidad de las reservas de dominio o prohibiciones de disponer de los contratos debidamente registrados.

b) Porque el artículo 21 de la Ordenanza, al referirse a la certificación negativa del Fichero Central, dice que tendrá valor «meramente informativo», con lo que parece insinuar que en caso de estar realmente el contrato registrado ello no será óbice para que la registración tenga la adecuada eficacia.

c) Porque si se admite que la normativa vigente para el Registro Mercantil rige suplementariamente, habrá que presuponer que el contenido de los libros es conocido por todos y no podrá invocarse su ignorancia, conforme al párrafo 2.º del artículo 3.º del Reglamento del Registro Mercantil y 25 del Código de Comercio, que consagran los efectos positivos de la publicidad, sin que el tercero pueda alegar su desconocimiento del contenido exacto del Registro.

En la práctica aparecerán, pues, casos en que los Tribunales habrán de decidir a quién tienen que amparar: si al vendedor diligente, que registró el contrato, o al no menos diligente tercero, que consultó el Registro y obtuvo un certificado negativo a nombre del enajenante; por las razones legales apuntadas entiendo que prevalecerá el primero, pero no hay duda que será injusto el resultado que sufrirá el segundo, injusticia que no tendrá otra causa que la defectuosa organización publicitaria del Registro, productora de la paradójica situación de que tratando de proteger la seguridad del tráfico permite situaciones de absoluta inseguridad.

No obstante, parece que el legislador ha pretendido salvar el escollo que se denuncia mediante la admisión de la posibilidad de fijar un marbete o contrasena del tamaño, material y adhesión apropiados en lugar adecuado de la cosa vendida, que sirva de aviso a los terceros adquirentes de la existencia de las garantías a favor del vendedor; estimo que ante la extravagancia de tal sistema, que además es meramente potestativo, hubiera sido preferible que el legislador hubiese utilizado el sistema de folio real, lo que hubiera sido posible dado que para que los contratos sean inscribibles es necesario que versen sobre objetos identificables, y teniendo en cuenta las diversas especies de éstos, y dentro de cada una de ellas, las distintas marcas y números de fabricación, se hubiera podido organizar un Registro con base no personal, sino real, que hubiera cerrado la puerta a los supuestos de inseguridad apuntados.

Respecto a los efectos negativos de la publicidad material, si bien, en principio, parece que habría de tener rigurosas consecuencias, a diferencia de lo que ocurre en el Registro Mercantil—dado que el artículo 23 de la ley dice que para que sean oponibles a tercero las reservas de dominio o prohibiciones de disponer «será necesaria la inscripción», con lo que aunque el tercero conozca la existencia de la prohibición de disponer o de la reserva de dominio, por haber sido, por ejemplo, testigo del contrato celebrado entre vendedor y comprador, no le serían oponibles dichos gravámenes—, en realidad es lo cierto que a pesar de ello, al carecer el tercero de la buena fe, no tendría la protección del artículo 464 del Código civil.

c) *Principio de legalidad*

Aunque no rigurosamente formulado, aparece este principio en el artículo 10 de la Ordenanza, que prevé la calificación del Registrador, aunque no con la rigurosidad del artículo 5.º del Reglamento del Registro Mercantil.

Aquí, el Registrador no ha de velar ni por el cumplimiento de los preceptos de carácter imperativo ni por la capacidad y legitimación de los otorgantes, si bien tampoco puede decirse que su labor examinadora se reduce a las formalidades extrínsecas, ya que aunque ha de cuidar si el contrato va extendido en el impreso oficial exigido en el artículo 5.º de la Ordenanza (pues, de lo contrario, se negará su Registro, al igual que cuando se produzca la omisión o expresión defectuosa, incluso en razón de la grafía de las circunstancias, a que se refiere el artículo 11 de la Ordenanza), también ha de examinar si el contrato contiene una venta a plazos de bienes muebles identificables o una financiación, en su caso, al vendedor o al comprador, de las que se refiere la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles.

Entiendo que ello exige analizar si concurren los requisitos que la ley requiere para la existencia del contrato y de que no se trata de un examen meramente formal y extrínseco.

No obstante, conviene insistir en que la calificación no tiene la misma rigurosidad que la que se practica respecto de los documentos presentados en los otros Registros privados, pues dice el artículo 10 que la infracción de las normas legales o reglamentarias sobre el máximo de los tipos o tasas de recargo o sobre la cuantía del desembolso inicial y tiempo máximo para el pago del precio aplazado son defectos que no entran en la calificación y, por tanto, no impiden el Registro del documento.

En esta misma línea se pronuncia el apartado 1.º de la Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de noviembre de 1968, que refiriéndose al «ámbito de la calificación del Registrador» dice: «El artículo 10 de la Ordenanza define el ámbito de calificación que compete al Registrador sobre los documentos presentados con carácter limitativo. En este sentido, no se deberá exigir prueba documental sobre el alegado carácter del comerciante, del vendedor o del financiador, ni sobre la legitimidad de la representación con que actúen los intervinientes ni de la escritura de poder cuando lo hagan en virtud de la misma, siendo suficiente en este último caso que conste, en el oportuno espacio del impreso, el nombre del Notario autorizante y la fecha de su otorgamiento.

Tras esto se puede reafirmar cómo muchos preceptos de la ley quedan en la práctica en letra muerta, pues ¿para qué excluir las ventas ocasionales, si luego cualquier persona, sea o no comerciante, podrá mediante una mera alegación obtener la registración del contrato que presente, sin que el Registrador pueda indagar si tiene la mencionada cualidad?

En el supuesto de que el Registrador aprecie la existencia de defectos deberá comunicarlo al presentador o remitente del documento en el plazo de cinco días por nota escrita, en la que indique los defectos advertidos para la subsanación de la falta que proceda, incluso mediante extensión de un nuevo contrato. En el supuesto de que el presentador o remitente no se aviniere podrá recurrir en el plazo de treinta días ante la Dirección General, conforme a lo dispuesto en el artículo 19, haciendo constar el Registrador su acuerdo en el libro de recepción.

El artículo 19 establece que contra la denegación del Registro cabrá recurso de reposición ante el propio Registrador, cuyo plazo de interposición será de treinta días contados a partir de la comunicación de la nota escrita indicadora de los defectos. Dicho recurso se entenderá de alzada ante la Dirección General para el caso de que el Registrador no reforme su acuerdo, en cuyo supuesto elevará el escrito de los interesados con informe al Centro Directivo en el plazo máximo de diez días. La Dirección General, sin más recurso, decidirá en otro plazo igual si procede o no el registro del documento comunicándolo al interesado.

Las demoras o faltas reglamentarias imputables al Registro o al Fichero Central darán lugar a recursos de queja, que el interesado podrá formular ante la Dirección General.

d) *Principio de legitimación*

La fórmula del artículo 20 de la Ordenanza dice: «A todos los efectos legales se presumirá que los contratos existen y que su contenido coincide con el que aparece registrado.» El propio precepto prevé los supuestos de extravío o destrucción del ejemplar archivado en el Registro Provincial, señalando que en tales casos hará prueba el ejemplar o la ficha que se conserve en el Fichero Central, y en su defecto, el asiento o resguardo del libro de recepción.

El principio de legitimación quizá resulte un tanto excesivo dada la poca consistencia que tiene el de legalidad, a consecuencia de la escasa trascendencia que tiene la función calificadora del Registrador.

Más aún que en los otros Registros de actos privados resulta adecuado que la inscripción no convalide los actos y contratos nulos, lo que

recoge el propio artículo 10: «El registro del acto o contrato, sin embargo, no convalida la nulidad ni levanta cualquiera otra sanción que proceda con arreglo a la ley.»

e) *El principio de especialidad*

A él alude indebidamente, a mi juicio, el apartado 2.º de la Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de noviembre de 1968, cuando refiriéndose al objeto del contrato dice: «El artículo 11, 2.º, de la Ordenanza habla en singular de 'cosa vendida'. Sería, pues, objeto propio de cada contrato una cosa en todas sus partes integrantes, pertenencias e incluso objetos accesorios o complementarios los que aunque sean de posible utilización independiente, generalmente se consideran formando una unidad económica. Vendría así a aplicarse a este Registro el 'principio de especialidad' propio de nuestros Registros inmobiliarios y otros reales. El buen orden y consecuencias jurídicas y procesales de las operaciones que tienen acceso al Registro así lo exigen.»

Bien está la aspiración de la Dirección General, pero sería mejor implantar la organización real del Registro, centrandó la registración sobre la «cosa corporal no consumible *identificable*»; mientras el Registro no se ordene de dicho modo, no resulta oportuno, a mi juicio, hablar del principio de especialidad.

Quizá cuando tenga efectivo desarrollo lo previsto en el artículo 15 de la Ordenanza acerca de la mecanización en el Fichero Central, o sea, se fijen en tarjetas o elementos adecuados los distintos datos de cada contrato y se establezcan fichas por cada cosa identificable, cabrá comenzar a hablar del mencionado principio (9).

5. LA REGISTRACIÓN

Utilizo este término, ya que técnicamente, como se veía, no resultaba adecuado el de «inscripción», para designar el acceso de los contratos al Registro de Ventas a Plazos.

El ingreso de los contratos en el Registro dice el artículo 4.º de la

(9) Aunque la regla general para el registro de los contratos es que debe haber unidad de objeto por cada uno, el apartado 2.º de la Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de noviembre de 1968, admite que un solo contrato se refiere a diversos objetos que formen un «objeto completo», como el equipo de utilización conjunta de una explotación agrícola, industrial o comercial.

Ordenanza que es voluntario, practicándose a petición de cualquiera de los interesados.

Para que puedan ser registrados los contratos es necesario que vayan extendidos conforme a los modelos aprobados por la Dirección General de los Registros y del Notariado (10).

Es potestativa, a los efectos de su acceso al Registro, la legitimación notarial del documento, o la intervención del Agente de Bolsa o Corredor de Comercio colegiado cuando se trate de préstamos de financiación.

La fórmula de la intervención será la habitual, y para la legitimación será suficiente la abreviada «legitimado a efectos del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles», que comprenderá la comprobación de la identidad, capacidad y representación que ostenten las partes, debiendo tomarse siempre nota en el libro indicador.

La legitimación o intervención tendrá plena validez en todo el territorio nacional sin necesidad de legalización.

Conforme al artículo 286 del Código de Comercio, la representación de los factores dependientes y otros apoderados de un establecimiento o empresa podrá constar por notoriedad sin necesidad de prueba documental (art. 13).

Cada impreso de los que consta el contrato tiene cuatro ejemplares: el número 1 es para el vendedor o el financiador; el 2, para el comprador; el 3 y el 4 son los que ahora nos importan, por cuanto el 3 es el que hay que presentar al Registro Provincial acompañado del 4, que se destina al Fichero Central.

La presentación puede hacerse por correo certificado. El apartado 7.º de la Circular de 19 de noviembre de 1968 se refiere a la presentación de títulos, estableciendo que: «En el Registro deben presentarse los cuerpos 3 y 4 del contrato impreso (Ordenanza, art. 8.º). Si por desearse

(10) El artículo 5.º de la Ordenanza autoriza al Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad para imprimir y expedir al público los impresos correspondientes.

La Dirección General podrá autorizar a agrupaciones profesionales o a empresas determinadas la impresión del modelo oficial con las variantes que aconseje el ramo en que actúan.

Dichos impresos se expedirán con número seriado y con el sello del organismo oficial.

De conformidad con lo dispuesto en dicho artículo, los modelos oficiales actualmente vigentes son los aprobados por la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de diciembre de 1966, modificados por otra de 21 de abril de 1972.

Por Circular de 19 de noviembre de 1968 se indica el modo de cumplimentar los impresos, correspondientes al contrato que se desee otorgar, correspondiendo el modelo A a la «Venta a plazos de bienes muebles», el modelo B a la «Financiación a comprador de bienes muebles» y el modelo C a la «Venta a plazos de bienes muebles con financiación».

prueba del mero hecho de la entrega en el Registro se acompaña el ejemplar 1 ó 2, el Registro impondrá en los mismos en el acto, si se «entregan en mano», el fechador-numerado, con lo que se acreditará el hecho de la presentación, así como el número que en el Libro de Recepción tenga el futuro asiento.

Todo ello sin perjuicio de que con posterioridad, una vez hecha la calificación, reciban los interesados el resguardo de presentación, que acredita el registro del documento.

Igualmente puede extenderse un recibo *ad hoc* que acredite el hecho de la mera presentación.

En la presentación por correo certificado podrá obtenerse justificación del hecho de la entrega, bien mediante «aviso de recibo», bien mediante el sellado de la oficina de Correos de los ejemplares remitidos, así como del ejemplar 1 ó 2, que queda en poder del remitente.

El Registro se llevará, dice el artículo 7.º de la Ordenanza, mediante el archivo y ordenación alfabética del ejemplar del contrato que tiene este destino. La ordenación se efectuará en base de los apellidos y nombre del comprador.

A cada contrato registrado se le impondrá, antes de su archivo, un número, que será el mismo del asiento de recepción. Esta numeración se llevará por orden cronológico dentro de cada año natural.

Recibido un contrato registrable, si no se acusan defectos, se procederá a practicar el asiento de recepción y el archivo del documento en el lugar que alfabéticamente le corresponda en el plazo máximo de ocho días hábiles contados desde la recepción del documento. El acto del registro se reflejará mediante un «cajetín», que contendrá número y fecha, que serán los mismos que se hayan consignado en el asiento de recepción.

Las novaciones o modificaciones del contrato, tales como cesiones por el acreedor a un tercero, subrogaciones del comprador o cambio del objeto, habrán de formalizarse en nuevo impreso que contenga referencia al anterior, novado o modificado; dicho impreso adicional se archivará en su lugar correspondiente, poniéndose notas de referencia entre ellos.

Estos documentos se archivarán unidos al contrato original, anotándose su entrada al margen del primitivo asiento de recepción.

Dichos actos se comunicarán al Fichero Central mediante oficio (artículo 9.º).

Sin necesidad de que conste en los contratos nota administrativa de su situación fiscal, tendrán acceso al Registro, según el artículo 14 de la Ordenanza; no obstante, el Impuesto del Tráfico de Empresas, que

grava las operaciones de préstamos y crédito, se satisfará de acuerdo con lo previsto en el artículo 196, número 1, de la Ley de Reforma Tributaria y disposiciones concordantes, en la forma establecida por el Ministerio de Hacienda.

Cuando el contrato se formalice mediante escritura notarial, se presentará en el Registro la copia, cuyo contenido será trasladado por el Registrador al impreso especial en sólo dos ejemplares para su conservación, devolviéndose el documento presentado.

El Registro Central remitirá al Fichero Central el ejemplar 4 del contrato en el plazo mínimo de diez días contados desde la presentación (art. 8.º).

Los artículos 15 y 16 de la Ordenanza se refieren concretamente al Fichero Central. Dice el 15: «El Registrador remitirá el ejemplar al Fichero Central, donde se archivará por orden alfabético de compradores; una vez se efectúe su mecanización, se traducirán los datos del contrato a tarjetas o elementos adecuados.

Las modificaciones que sufran los contratos registrados serán comunicadas al Fichero Central, en donde se procederá a alterar correlativamente su ficha o tarjeta. Cuando el encargado del Fichero Central advirtiere cualquier anomalía formal procedente del contrato registrado, que deba ser corregida o sancionada, informará mediante oficio al Registrador correspondiente, quien procederá en la forma oportuna.»

El artículo 16 establece que: «En el Fichero Central se archivarán por orden alfabético de deudores las comunicaciones que reciben sobre contratos fallidos, tanto si se tiene en cuenta su origen en una sentencia como si proceden de acuerdos de los gobernadores civiles, en su función de delegados del Servicio de Inspección de la Disciplina del Mercado, e incluso las que procedan de las casas comerciales a través de sus organismos profesionales y bajo su responsabilidad. La publicidad y utilización de estos datos será regulada por la Dirección General.»

En la práctica se presenta el caso de que el vendedor o financiador presente el documento después de la fecha del vencimiento del último plazo, surgiendo la duda de si en tal caso procederá la registración del documento.

A nuestro juicio, hay que responder afirmativamente, pues si es entonces cuando se presenta el documento será porque el comprador aún no ha cumplido debidamente la obligación de pago, y en tal caso el vendedor y el financiador merecen estar todavía protegidos. No obstante, habrá un límite, el de un año a contar desde la fecha del último vencimiento, ya que cancelándose por caducidad la registración del documento en tal momento de oficio, no podrá ya tener ingreso el contrato.

6. LIBRO DE RECEPCIÓN

Para una mejor sistematización de la materia nos referimos ahora a los preceptos de la Ordenanza que reglamentan el Libro de Recepción de Documentos.

Este, según el artículo 8.º, se llevará en cada Registro Provincial por orden cronológico, que será impreso, rellenable, destinándose una hoja a cada asiento.

Hojas independientes de distinto color y con el mismo formato permitirán sacar copia de cada asiento mediante el uso de calco, si así se conviniese. Esta copia servirá de resguardo, que será entregado o remitido al presentador, indicando que queda extendido el asiento, su número y fecha.

Los pormenores del Libro de Recepción quedan establecidos en el artículo 11 de la Ordenanza del siguiente modo:

«El Libro de Recepción será impreso, contendrá numeradas todas sus hojas y, a su vez, cada Libro será señalado por la Entidad emisora por un número de control. La impresión irá dispuesta para que puedan recogerse las siguientes circunstancias:

1. Apellidos y nombre o razón social del comprador, vendedor o financiador, así como su domicilio.
2. Cosa vendida, expresando clases, marca, modelo y número.
3. Valor, considerando tal el precio al contado en pesetas.
4. Contrato: su clase, lugar y fecha, así como el número de serie del impreso.
5. Número del asiento, que será el mismo asignado al contrato, y su fecha, que se impondrán mediante un fechador-numerador automático.

El asiento se suscribirá con media firma por el Registrador u Oficial del Registro en quien delegue.

En el lugar adecuado se hará constar, en su caso, la devolución o retirada del documento o cualquier otra incidencia precedente.

Los números se extenderán en guarismos.

Podrán abrirse simultáneamente varios Libros si se considera conveniente para la buena marcha de la Oficina, comunicándolo previamente a la Dirección General.»

7. LA CANCELACIÓN

Se lleva a cabo la cancelación de oficio por la caducidad de la registración una vez transcurrido un año desde el vencimiento del último plazo o, en su caso, del plazo especial que los Tribunales pueden fijar, al amparo del artículo 13 de la ley.

Dicho plazo de caducidad se amplía en los casos de existencia de litigio entre las partes cuya existencia conste debidamente en el Registro, pues cuando así ocurra no procederá la cancelación hasta que hayan transcurrido dos años desde el último asiento en que se haga referencia al litigio.

A los efectos oportunos, las partes podrán solicitar del Juzgado o Tribunal el correspondiente mandamiento en procedimiento de cualquier clase de cuantía.

Caducado el asiento se extraerá el ejemplar del contrato del Registro Provincial cruzándolo con un cajetín rojo que ponga «caducado» y su fecha, y pasará a un legajo especial de documentos caducados, del cual, y transcurridos catorce años más, dice el artículo 17 de la Ordenanza, se dispondrá como papel inútil.

Las caducidades producidas en los contratos registrados dará también lugar en el Fichero Central a la retirada de la tarjeta o ficha caducada, la cual transcurridos catorce años más será destruida.

Todas las caducidades que se produzcan habrán de comunicarse a los Registros Provinciales, al objeto de que éstos procedan a dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ordenanza.

Si el Registrador advirtiere que existe algún contrato caducado y cuya caducidad no haya sido comunicada pasados dos meses oficiará al Fichero Central durante el mes de febrero (art. 18).

La cancelación también procederá a instancia de parte mediante escrito o carta del vendedor o financiador, con el correspondiente sello, a la que habrá que acompañarse el resguardo del asiento de recepción en el caso del anticipo total del precio aplazado, conforme al artículo 10 de la ley. Del mismo modo habrá que proceder en los casos de desistimiento del contrato por el comprador, conforme al artículo 8.º de la ley, y resolución por falta de pago del artículo 11 y otros supuestos equivalentes en que preste su conformidad el vendedor o financiador. Cuando la resolución se acuerde judicialmente, se comunicará al Registro por el correspondiente mandamiento (art. 9.º).

8. COORDINACIÓN ENTRE EL REGISTRO DE VENTAS A PLAZOS Y EL REGISTRO DE PERMISOS DE CIRCULACIÓN

El legislador ha tenido el acierto de prever los posibles conflictos derivados de la existencia de un Registro administrativo respecto de los automóviles, cuyo contenido podría diferir del Registro Especial de Ventas a Plazos. De ahí que haya establecido en la disposición adicional CUARTA:

«Respecto a vehículos automóviles, la matriculación o transferencia 'en depósito', que en los casos de compraventa a plazos y otros permite el artículo 249 del Código de la Circulación, será compatible con el registro de contratos a que se refiere esta Ordenanza. A este efecto, al solicitar en el Registro de Permisos de Circulación la inscripción de un automóvil o la anotación de una transferencia con reserva de dominio o prohibición de enajenar como garantía de la venta a plazos, habrá de presentarse el resguardo a que se refiere el artículo 8.º de esta Ordenanza, en relación con el artículo citado del Código de la Circulación, haciéndose constar la reserva de dominio a favor del vendedor o del financiador, en su caso. Cuando por el pago del precio u otra causa se produzca la extinción del asiento en el Registro de Ventas a Plazos, el Registrador Provincial, de oficio o a instancia de parte, lo pondrá en conocimiento de dicha reserva en la forma procedente.»

La circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de noviembre de 1968, en su apartado 11, referente a los vehículos automóviles, consciente de la inevitable demora que para obtener la matriculación produce el trámite de la presentación del resguardo acreditativo del asiento de ventas a plazos, por ser ocho los días para efectuar el asiento y expedir el resguardo que lo acredite, ha permitido a los interesados que, conjuntamente con los ejemplares 3 y 4 del contrato, presenten otro ejemplar, que puede ser normalmente el 2, el cual, después de sellado por el Registro de Ventas a Plazos, puede ser bastante para la matriculación «en depósito», sin perjuicio de que si llegase a denegarse el asiento en el Registro de Venta a Plazos habrá de comunicarse por éste dicha denegación al Registro de Permisos de Circulación para la oportuna anotación informativa.

VICENTE BALDÓ DEL CASTILLO

Catedrático de la Escuela Universitaria de Estudios
Empresariales de Barcelona y Profesor de Derecho
Mercantil de la U. Autónoma de Barcelona

La actividad administrativa en materia de Derecho Agrario a través de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario*

(Intento de aproximación al concepto de Derecho Agrario)

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Los antecedentes de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario:* 1.º El Instituto Nacional de Colonización. 2.º El Servicio Nacional de Concentración Parcelaria y Ordenación Rural. 3.º El Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario. 4.º Valor y significado de los antecedentes.—III. *El carácter de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario:* 1.º Carácter de Texto Refundido. 2.º Carácter de Ley Administrativa.—IV. *El porqué de la intervención administrativa en el Derecho Agrario con especial referencia a la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.*—V. *La actividad administrativa en el Derecho Agrario a través de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario:* 1.º La imposibilidad de clasificación de la actividad administrativa en este sector. 2.º La actividad administrativa como «publicitadora» de materias de derecho privado. La actividad de derecho privado como subordinada a la actividad administrativa. 3.º Ejemplos concretos de esta idea. 4.º En resumen.—VI. *Conclusiones. Intento de aproximación al concepto de Derecho Agrario.*

(*) Este trabajo tiene su origen en un curso de Doctorado celebrado durante el curso académico 1974-75 en la primera Cátedra de Derecho Civil de la Facultad de Salamanca, que dirige su titular, Prof. D. José Luis de los Mozos.

El curso en cuestión se celebró bajo el título general de «Derecho Agrario: concepto, principios y sistema». A la iniciativa del Profesor De los Mozos se debe, pues, este trabajo.

Debo, además, agradecer muy sinceramente la ayuda y consejo del Profesor Agregado de Derecho Civil de la Universidad de Salamanca, don Mariano Alonso; sin su colaboración y magisterio no hubiese sido posible este estudio. He de reconocer que nuestras respectivas posiciones sobre el tema no siempre coinciden, pero su esfuerzo, dedicación al tema y experiencia me prestan su base en la

I. INTRODUCCION

En estos últimos años se ha puesto de manifiesto la importancia del estudio de materias jurídicas que, en principio, tienen de común el hilo conductor de referencia a cuestiones agrarias. La abundante normativización de este sector tiene como punto final, al menos en el momento presente, la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973.

Realmente, las materias que han de ser estudiadas bajo el epígrafe de lo que hoy se conoce como «Derecho agrario» no tienen una estructura concreta y autónoma, sino que afectan a varios campos del saber jurídico. En estas materias agrarias se entremezclan formas, actividades, instituciones jurídicas, técnicas jurídicas, que pertenecen unas al campo jurídico-privado y otras al campo del Derecho público; incluso, en algunas ocasiones, a campos estrictamente económicos (1).

Sin embargo, y sin intentar pecar de simpleza, todas estas materias o, por lo menos, la mayoría pueden estar referidas en un orden conceptual de investigación a dos parcelas concretas del Derecho: estas dos parcelas pertenecen al estudio de dos disciplinas jurídicas, como son el Derecho civil y el Derecho administrativo.

Hasta ahora, el Derecho agrario ha sido tema objeto de investigación más por parte de los privatistas que por la doctrina jurídico-administrativa, al menos por lo que se refiere a nuestro país (2).

Y, por supuesto, es lógico que estos autores, al intentar describir la naturaleza de tal Derecho agrario, den al tema una visión parcial, preci-

idea acorde de que para comprender el fenómeno del Derecho Agrario actualmente hay que huir y tratar de superar las concepciones clásicas, tanto en el Derecho civil como en el Derecho administrativo, si bien, en este último la modernidad y juventud no permiten concepciones demasiado clásicas todavía.

(1) *Vid.* entre muchos otros, p. ej., DE CASTRO: «El Derecho agrario en España: notas para su estudio», en *A. D. C.*, 1954.

(2) No pretendemos en modo alguno señalar aquí y ahora la abundante bibliografía española y sobre todo extranjera sobre el tema general del Derecho agrario. Aparte de los tratados más conocidos como: DE LOS MOZOS: *Estudios de Derecho agrario*. Edit. Tecnos, Madrid 1972; BALLARIN: *Derecho agrario*, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965; SANZ JARQUE: *Derecho agrario*, Madrid, 1975, etc., y sin ánimo de infravalorar los demás trabajos, nos han atraído de modo especial los siguientes estudios: DE CASTRO: «El Derecho agrario en España: notas para su estudio». *A. D. C.*, 1954; FRANCISCO DE A. SANCHO REBULLIDA: «La autonomía del Derecho agrario», *Revista de Derecho Agrario*, tomo II, 1965, y el sugestivo trabajo de Mariano ALONSO: «Actitud metodológica en la sistematización del Derecho agrario». *Anuario de Derecho Civil*, núm. 26, octubre-diciembre 1973, páginas 809 y ss.

En ellos se encuentra realmente recogida toda la bibliografía nacional y extranjera sobre el tema.

samente por haber sido estudiado desde perspectivas, presupuestos y categorías pertenecientes únicamente al campo jurídico-privado.

Pero realmente el Derecho agrario no es sólo Derecho privado. La actividad administrativa concurrente en estas materias de Derecho agrario es demasiado cuantitativa como para poder menospreciarla.

Por ello, en este trabajo, intentamos poner de manifiesto la importancia de la actividad administrativa en este campo, sin ánimo de cuestionar, ni mucho menos, los esquemas que los autores sostienen sobre el tema general del Derecho agrario (3).

Para ello hemos elegido un punto concreto dentro de la materia general conocida como Derecho agrario. La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario es realmente un punto concreto, pero no por ello simple o de inferior categoría. Todo lo contrario, ya que la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario encierra, a modo de texto general y fundamental sobre el tema, la gran mayoría de las actividades jurídicas actuales en el campo del Derecho agrario.

Este estudio, pues, aun reconociendo que es sectorial, es importante. Se trata de estudiar la actividad administrativa en el Derecho agrario a través de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, intentando demostrar la importancia de esta actuación de la Administración en la esfera de este sector jurídico.

La idea fundamental que presidirá el fondo de este trabajo viene referida a intentar demostrar cómo la actividad administrativa es de tal importancia que las formas o técnicas jurídicas de Derecho privado contenidas en la ley, y que coexisten con las administrativas, quedan un poco como en segundo lugar y en función de la actividad administrativa.

Por todo ello empezamos estudiando los antecedentes de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, poniendo de relieve cómo los mismos antecedentes de la ley van unidos de forma inseparable a la misma actividad administrativa contenida en la ley. Analizamos a continuación el carácter de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, y lo hacemos desde una doble perspectiva o dirección, que atiende a una posición formal de la ley y a otro de fondo. Esta posición formal hace referencia a la calificación de Texto Refundido de la ley. La posición de fondo viene referida, por el contrario, a la naturaleza de ley administrativa.

(3) Vaya por delante que bajo ningún concepto se pretende criticar o cuestionar categorías doctrinales existentes, pero sí se intenta aportar, con ánimo de enriquecimiento mutuo, un punto de vista, desde luego parcial, desde la visión administrativa sobre el tema, sobre la conceptualización del derecho agrario. Las actitudes frente al problema desde una posición civilista o desde una posición de derecho público pueden no ser iguales, pero realmente, en la conjunción de ambas, puede estar la clave del entendimiento del fenómeno jurídico-agrario.

Consideramos importante señalar la calificación de Texto Refundido de esta ley principalmente por dos razones:

- a) En primer lugar, para recalcar que no se trata, ni mucho menos, de una reforma agraria, intención que, ni por asomo, es constatable en la ley, sino que se trata de armonizar y ensamblar en un conjunto sistemático toda una serie de disposiciones anteriores sobre la materia, que hacían realmente compleja y dispersa la normativa aplicable.
- b) Porque además quizá el hecho de que la ley no lleve adjetivado el nombre de Texto Refundido puede hacer pensar, desde una actitud eminentemente formalista en extremo, que realmente no se trate de Texto Refundido.

Salvados estos extremos pasamos después al estudio del «porqué» de la intervención administrativa en materias de Derecho agrario. Este estudio no impide la constatación de que el fundamento de tal intervención viene motivado por principios programáticos de rango constitucional, entre los que destaca de una manera clara el cumplimiento de la función social de la propiedad, en este caso de la propiedad rústica, amén de otros principios no menos importantes.

Realizadas estas consideraciones, se entra en el estudio concreto de la actividad administrativa en materias calificadas bajo el título genérico de Derecho agrario, a través precisamente de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (4).

Se pone de manifiesto la imposibilidad de criterios clasificatorios de dicha actividad administrativa por la especial complejidad del problema y, en concreto, por la concurrencia de tres factores:

- 1.º Por la imposibilidad de aplicación de la clásica tripartición de la actividad administrativa en Policía, Fomento y Servi-

(4) En realidad el principio del cumplimiento de la función social de la propiedad parece un cajón de sastre basamentador de cualquier intervención del sector público en estos campos jurídicos.

El término función social de la propiedad quizá contenga ya demasiadas cargas ideológicas e históricas que lo condicionan, como para presentarlo desnudo y sin puntualizaciones. Pero, en definitiva, todo ello no invalida en modo alguno la consideración de tal principio como uno de los más importantes para la intervención de los poderes públicos y en concreto de la Administración en parcelas del derecho como es el caso del Derecho agrario. Por otro lado, y sin perder efectividad, el citado principio del cumplimiento de la función social de la propiedad, hay que relacionarlo con otros principios también importantes y que, aunque subyacentes a éste, lo clarifican y especifican y cuyo contenido económico parece hoy día prevalecer. Tales principios podrían expresarse como el mejor aprovechamiento de la tierra, la mayor rentabilidad del agro, la mejor distribución de la propiedad rústica, la protección al trabajador agrario, etc.

- cio Público, al estar esta clasificación en clara crisis de aplicación a las mismas actividades administrativas modernas.
- 2.º Por la misma especialidad y tratamiento que el Derecho agrario requiere, en cuanto que no es posible el trasplante de criterios clasificatorios programados con anterioridad y que están pensados para otras actividades administrativas.
 - 3.º Por la consideración que se desprende del artículo 5.º de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, que supone en la realidad un haz infinito de posibilidades de actuación de la Administración y, en concreto, del Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario, como luego veremos.

Estas dificultades, sin embargo, no pueden impedir llegar a constatar una serie de consecuencias, por otro lado, más acordes con la finalidad de este trabajo. Con ello nos referimos a que la actuación de la Administración origina un fenómeno de conversión en público de lo que con anterioridad era verdaderamente privado y la consecuencia subsiguiente, claramente demostrable, como luego se verá, de la colocación en un segundo plano, en una escala de lo preponderante, de las técnicas jurídicas privadas, es decir, de su dependencia de las técnicas de actuación administrativas o, lo que es lo mismo, de su sola operatividad en tanto en cuanto función de las actividades administrativas.

Todo ello referido única y exclusivamente al caso concreto que nos ocupa, cual es el marco de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.

Estas consideraciones nos encaminan indefectiblemente a la conceptualización del Derecho agrario, que en modo alguno pretendemos abordar frontalmente. Únicamente pretendemos acercarnos al problema, problema que pertenece a un sector que creemos importante en el estudio del Derecho administrativo.

Al final del trabajo destacamos, como idea operacional en lo sucesivo, que el Derecho agrario debe estudiarse desde una posición interdisciplinaria.

II. LOS ANTECEDENTES DE LA LEY DE REFORMA Y DESARROLLO AGRARIO

Interesa destacar los antecedentes de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, o mejor dicho, «el proceso formativo de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario» (5), para intentar poner de manifiesto un hecho

(5) Con este título se pronuncia la Conferencia inaugural de las Jornadas Nacionales de Derecho agrario, a cargo de Emilio LAMO DE ESPINOSA Y ENRÍQUEZ DE NAVARRA.

sobre el que prácticamente se basa el fondo intencional del presente trabajo y que, aunque su constatación no descubre quizá nada nuevo para algunos, conviene insistir.

Tal hecho, que pudiera parecer a simple vista una simpleza, es el siguiente: la absoluta y total interrelación posicional entre la Administración del Estado y cualquier normativa aplicable al conjunto de materias que hoy se ha dado en llamar Derecho agrario.

Es más, me atrevería a decir que normalmente casi todos los intentos de ordenar jurídicamente todas o determinadas parcelas de lo que hoy constituye el campo del Derecho agrario han ido precedidas de la creación de un organismo administrativo, con finalidades claramente administrativas, regulado por el Derecho administrativo y sujeto igualmente en su fiscalización a procedimientos y cauces típicamente administrativos.

En resumen, con todo esto queremos decir que cuando se ha normativizado un sector de lo que hoy conocemos por Derecho agrario (6):

- 1.º Efectivamente, se ha querido desarrollar jurídicamente unas normas aplicables a un sector jurídico antes inexistente o no regulado totalmente.
- 2.º Pero parece que más bien, aunque, por supuesto, tremendamente unido con lo anterior, se ha querido conceder un marco jurídico de desenvolvimiento concreto para que un ente jurídico-administrativo pueda realizar funciones determinadas.

Este fenómeno se verá claramente apreciado tanto en los antecedentes de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario como en el mismo momento, histórico ya, de promulgación de la misma Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.

Inmediatamente señalamos que no es posible separar estos dos puntos o intenciones normativizadores, puesto que van unidos, incluso existencialmente; pero interesa destacar los dos puntos por separado a efectos metodológicos.

Y vamos ya a pasar al estudio concreto de los antecedentes de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario. Indudablemente, los antecedentes constituyen gran número, puesto que han sido múltiples los intentos

(6) Empleamos la denominación de Derecho agrario para entendernos, aunque puede parecer una *contradictio in terminis* al emplear la expresión normativización del derecho agrario como una redundancia.

Por lo demás, es común en todos los autores emplear dicha terminología de Derecho agrario cuando se refieren a ese conjunto, no totalmente delimitado, de materias que tienen como *substratum* común la regulación jurídica sobre parcelas del suelo rústico.

y ocasiones en que se ha querido normativizar parcelas del Derecho agrario hasta llegar a la actual Ley de Reforma y Desarrollo Agrario. Traer aquí y ahora a colación todas y cada una de estas disposiciones, aparte de ser un trabajo ya realizado (7), no serviría al objeto de nuestro trabajo, ya que excede de su ámbito. En relación con el planteamiento antes expuesto estudiaremos estos antecedentes distinguiendo tres momentos o pautas de este proceso evolutivo, que desemboca en la actual Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, y que corresponden linealmente a la creación de tres organismos administrativos dirigidos a la actuación administrativa sobre la agricultura.

Estos tres organismos son los siguientes (8):

- 1.º El Instituto Nacional de Colonización.
- 2.º El Servicio Nacional de Concentración Parcelaria y Ordenación Rural.
- 3.º El Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario.

1.º *El Instituto Nacional de Colonización*

El Instituto Nacional de Colonización aparece por el Decreto de 18 de octubre de 1939. La misma Exposición de Motivos del Decreto de creación del I.N.C. señala el fundamento de tal creación: el Decreto de 6 de abril de 1938, que dispuso la reorganización de los Servicios Centrales del Ministerio de Agricultura.

Se argumenta entonces que para realizar las tareas de colonización es preciso un órgano administrativo adecuado. En concreto, se señala que para realizar los amplios planes de colonización que han de llevarse a cabo de acuerdo con las normas programáticas del Movimiento Nacional, se crea el Instituto Nacional de Colonización (9).

El Instituto Nacional de Colonización gozará de personalidad jurídica y autonomía económica, aunque interviniendo en sus aspectos contables y financieros un Interventor Delegado del Ministerio de Hacienda.

Por otra parte, se indica que el I.N.C. está regido por un Consejo

(7) Efectivamente, todo los antecedentes normativos fueron puestos de manifiesto casi con carácter exhaustivo por LAMO DE ESPINOSA Y ENRÍQUEZ DE NAVARRA en la conferencia citada.

(8) Evidentemente, estos momentos, pautas o tiempos, como se los quiera denominar, pueden ser tres o más; depende de la dimensión que se le quiera dar al estudio de este punto. Distinguimos y nos fijamos en éstos porque creemos que señalan con claridad tres momentos muy delimitados en este proceso histórico que constituye la evolución de los antecedentes que estamos estudiando.

(9) Artículo 1.º del Decreto de 18 de octubre de 1939.

Nacional y por el mismo Jefe del Instituto, que será el Director General de Colonización. El Presidente del Instituto es por derecho propio el Ministro de Agricultura.

Es decir, que el Instituto Nacional de Colonización es un organismo autónomo administrativo dependiente del Ministerio de Agricultura. Incluso se le concede la posibilidad y facultad de usar del apremio administrativo para el cobro de sus créditos.

Inmediatamente a la creación del Instituto van a ir apareciendo las normas que le permiten actuar sobre materias atribuidas a su competencia, y que igualmente y al mismo tiempo son normas reguladoras de ciertas parcelas del Derecho agrario.

En esta primera etapa, la acción del Instituto va dirigida a la consecución de una doble finalidad (10):

- A) La acción sobre grandes zonas.
- B) La adquisición de fincas para su reparcelación.

Como medio de ayuda a ambas finalidades, la acción del Instituto va igualmente dirigida a la concesión de créditos para la mejora de las explotaciones.

La primera finalidad tiene inmediata respuesta en la promulgación de la Ley de Bases de Grandes Zonas de 25 de diciembre de 1939. Esta Ley de Grandes Zonas contiene una serie de posibilidades de actuación, como pueden ser: delimitación administrativa de zonas geográficas, ejecución de obras de interés general a cargo del Instituto, facultad de expropiación en favor del I.N.C., etc. Son normas que, en general, contienen la actuación administrativa del Instituto.

La segunda finalidad del I.N.C. es atendida por el Decreto de 23 de julio de 1942 sobre adquisición de fincas por el Instituto para su posterior distribución.

Estas disposiciones, dotando de facultades primero y luego ampliándolas, al Instituto, son disposiciones cuyo carácter eminentemente agrario no se puede poner en duda.

Un paso adelante en este proceso de dotación de facultades para su actuación al I.N.C. sobre materias agrarias lo señalan las Leyes de Colonización de Interés Local de 25 de noviembre de 1940, 24 de junio de 1941 y 23 de junio de 1943 (11).

Posteriormente estas leyes fueron derogadas y sustituidas por una Ley General de Colonización de Interés Local de 27 de abril de 1947.

El 27 de abril de 1946 se promulga la Ley de Expropiación Forzosa

(10) LAMO DE ESPINOSA Y ENRÍQUEZ DE NAVARRA, *op. cit.*, pág. 24.

(11) *Idem*, *id.*, pág. 25.

de Fincas Rústicas por causa de interés social. La intervención administrativa del Instituto queda casi completada con esta ley. La expropiación forzosa es una institución típica del Derecho administrativo. Es, pues, otra ocasión más en que la técnica y la actividad administrativa se dirige sobre materias agrarias.

2.º *El Servicio Nacional de Concentración Parcelaria y Ordenación Rural*

Aquí el fenómeno parece inverso, es decir, se dictan normas sobre una parcela o sector de lo que conocemos por Derecho agrario, y posteriormente se crea el organismo que será el encargado de aplicarlas y llevarlas a la práctica. Sin embargo, hay que tener en cuenta que las funciones, por lo menos parte de las originales, que va a llevar a cabo este organismo estaban anteriormente asignadas al Instituto Nacional de Colonización.

Así, la Ley de la Jefatura del Estado de 20 de diciembre de 1952 dicta normas sobre concentración parcelaria. Estas normas sobre concentración parcelaria son, en principio, provisionales, como bien decía la propia Exposición de Motivos de la ley.

La ley, en principio, atribuía competencia para realizar la concentración parcelaria, en cuanto se refería a la adquisición de tierras, al Instituto Nacional de Colonización. Pero la ordenación de los trabajos de concentración parcelaria, la resolución de los posibles recursos derivados de ejercitar la misma concentración parcelaria, en una palabra, la gestión administrativa que esta operación ocasiona, es llevada a cabo por una Comisión Central que está adscrita a la Subsecretaría del Ministerio de Agricultura.

Es decir, se señala la concentración parcelaria como una función administrativa llevada a cabo por órganos del Ministerio de Agricultura.

Entonces para dar cumplimiento inmediato a la Ley de Concentración Parcelaria, el Ministerio de Agricultura dictó la Orden de 16 de febrero de 1953, por la que se creaba y organizaba el Servicio de Concentración Parcelaria.

La actividad administrativa en estas materias se va haciendo cada vez más amplia y compleja, y se pone de manifiesto la necesidad de la creación inmediata de unos organismos adecuados que acojan con efectividad estas funciones o actividades administrativas para llevarlas a buen término.

El Servicio de Concentración Parcelaria es objeto de una nueva regulación por Decreto de 9 de diciembre de 1955 y Orden Ministerial de

11 de febrero de 1956 en todo lo referente a estructuras orgánicas y funcionamiento. Finalmente, la Orden de 27 de mayo de 1963 señala que el Servicio de Concentración Parcelaria y Ordenación Rural tiene el carácter de órgano administrativo autónomo de la Administración Civil del Estado, y su competencia viene dada por el Texto Refundido de la Ley de Concentración Parcelaria de 8 de noviembre de 1962.

Continúa, pues, en este proceso el paralelismo sustancial entre la emisión de normas cuyo contenido incide de una manera tajante sobre materias de Derecho agrario (en realidad son normas de Derecho agrario) y la creación, normalmente previa, otras veces subsiguiente, de organismos administrativos, que son los competentes para llevar a cabo las actividades que inciden sobre materias agrarias y que constituyen el núcleo central de lo que se conoce hoy día como auténtico Derecho agrario no sólo cuantitativa, sino cualitativamente.

Igualmente continúa adelante el proceso de adición de nuevas competencias, por medio de nuevas pautas normativas, a los organismos administrativos creados al efecto, y así, el 27 de abril de 1968 se promulga la Ley sobre Ordenación Rural.

3.º *El Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario*

Este proceso evolutivo, que hemos ido poniendo de manifiesto, se cierra, en cuanto se refiere a los antecedentes de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, con la creación del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario (IRYDA).

La Ley de 21 de julio de 1971 crea el IRYDA. La creación de este nuevo Instituto tiene, entre otras realmente importantes, una causa de claro matiz de reorganización administrativa.

En efecto, sobreviene una etapa económica realmente difícil y que, como todas, va a influir poderosamente en la Administración del Estado. Por ello se dicta el Decreto-Ley de 3 de octubre de 1966, con el fin de reducir el gasto público mediante la reestructuración, supresión o integración de determinados organismos administrativos. La reorganización afecta a bastantes Ministerios, y entre ellos al de Agricultura.

En desarrollo particular del citado Decreto-ley, el Decreto de 27 de noviembre de 1967 reorganiza la Administración Civil del Estado y dispone, en concreto, que el Instituto Nacional de Colonización, el Servicio Nacional de Concentración Parcelaria y Ordenación Rural y el Servicio de Conservación de Suelos Rústicos queden integrados en un solo órgano, a nivel de Dirección General, dentro del Ministerio de Agricultura,

que se denominará Dirección General de Colonización y Ordenación Rural.

Ahora se crea un nuevo organismo, el Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario, que englobará e integrará a todos estos anteriores órganos (12). Este nuevo organismo recoge, a su vez, todas las anteriores competencias, atribuidas a los anteriores organismos administrativos, a los que sustituye. Tiene también carácter de organismo autónomo de la Administración Civil del Estado.

Este organismo, el IRYDA (13), tiene como líneas fundamentales de actuación las siguientes:

- 1.^a La transformación económica y social de las grandes zonas y de las comarcas que así lo precisen en beneficio de la comunidad nacional y la mejora del medio rural en orden a la elevación de las condiciones de vida de la población campesina.
- 2.^a La creación, mejora y conservación de las explotaciones agrarias de características socioeconómicas adecuadas.
- 3.^a El mejor aprovechamiento y conservación de los recursos naturales en aguas y tierras dentro de su competencia.
- 4.^a Las demás que en relación con el desarrollo rural y reforma agraria se le encomienden.

Sus fines, aunque enunciados de una manera muy genérica y casi al uso de principios programáticos informadores de sus actividades, integran, de hecho, toda una gama variadísima y amplísima de posibilidades de actuación administrativa en los sectores agrarios.

Además, el punto cuarto impide la posibilidad de considerar al

(12) Sobre el proceso inmediato de creación del IRYDA, algún autor ha indicado ya esta idea del IRYDA como resultado mecánico de unas reformas administrativas. Así, Francisco GÓMEZ y GÓMEZ-JORDANA, en «Líneas generales de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario». Conferencia pronunciada en las Jornadas Nacionales de Derecho agrario.

El mismo autor indica que al ser ésta la única finalidad del IRYDA y, como consecuencia lógica, de la misma Ley de Reforma y Desarrollo agrario, esta Ley es imperfecta, ya que en ningún momento se ha planteado ni toca para nada la posibilidad de realizar una reforma agraria ni siquiera puede hablarse de una nueva política agraria. *Op. cit.*, págs. 3 y ss. Esto avala más nuestra tesis posterior, a la que luego dedicaremos nuestra atención, para la calificación de la Ley de Reforma y Desarrollo agrario como de auténtico Texto Refundido.

(13) Sobre la denominación que se pretendía dar al nuevo Instituto se barajaron muchas posibilidades. Entre las posibles denominaciones que se pretendían imponer al futuro IRYDA se encontraban algunas como «Instituto de Ordenación Rural», «Instituto de Colonización», «Instituto de estructuras agrarias», etc. *Vid. GÓMEZ y GÓMEZ-JORDANA, op. cit., pág. 5.*

IRYDA como un organismo con un círculo cerrado y delimitado de competencias, sino que, muy al contrario, quiere decir, a mi modo de ver:

- a) Que se le pueden encomendar todas aquellas funciones y competencias que se consideren procedentes en estas materias.
- b) Que realmente parece el órgano adecuado por sus características y funcionamiento para llevar a cabo y ser competente en cualquier actuación administrativa dirigida al desarrollo y reforma rurales dentro de sus posibilidades de actuación.

Es decir, que el organismo adecuado y competente de ahora en adelante para realizar las funciones que comentamos es real y precisamente el IRYDA, o sea, el Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario. De aquí precisamente su propio nombre, que resume y subsume todas las posibilidades de actuación administrativa en materia agraria.

Esta idea hay que ponerla en relación muy estrecha con la disposición adicional cuarta de la ley de creación del IRYDA. Esta dice así:

«En el plazo de un año a partir de la publicación de la presente ley, el Gobierno ordenará y sistematizará en un único texto legal, además de la presente ley, las que se relacionan a continuación...»

Y especifica toda una serie de disposiciones y normas sobre la materia, es decir, todo o casi todo el cúmulo de actuaciones administrativas sobre el Derecho agrario.

Por otro lado, la misma disposición adicional cuarta, en su apartado segundo, indica que además el nuevo texto legal que se promulgue, amén de sujetarse a una serie de condiciones (14), habrá de denominarse obligatoriamente Ley de Reforma y Desarrollo Agrario. Y, efectivamente, en cumplimiento de esta disposición adicional de la ley creadora del IRYDA, el Decreto de 12 de enero de 1973 aprobaba el Texto Refundido de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario. El paralelismo, o mejor, la total igualdad entre la denominación del Instituto y de la ley es innegable: Ley de Reforma y Desarrollo Agrario-Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario.

Por ello cabe decir que gran parte de la actividad administrativa contenida en la Ley de R. y D. A. es llevada a cabo por un órgano

(14) No nos referimos en este momento a las condiciones concretas por ser objeto de estudio posterior y por ahorrar así al posible lector ver tratadas en dos ocasiones la misma cuestión.

administrativo incardinado en el Ministerio de Agricultura y que es el IRYDA. Por tanto, podemos definir el IRYDA como el organismo autónomo administrativo competente y encargado de desarrollar y hacer efectivas en la práctica las actuaciones administrativas en materias de Derecho agrario, que están contenidas en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.

4.º *Valor y significado de los antecedentes*

En resumen, los antecedentes de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario están constituidos básicamente por la organización administrativa sobre el sector agrario.

Como es lógico, estas actividades administrativas son, a su vez, antecedentes de las facultades administrativas que la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario concede genéricamente a la Administración, y de un modo concreto y especial al Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario.

Montar, metodológicamente hablando, los antecedentes de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario sobre la creación y actuación de determinados organismos (15) administrativos tiene su razón de ser y no es una concesión caprichosa. Se trata de demostrar y poner de relieve un hecho que anteriormente ya ha sido objeto de referencia y que no se debe olvidar, cual es que la actividad administrativa y el conjunto de normas que hoy se conoce con el denominador común de «Derecho agrario» han ido siempre unidos y continuarán todavía mucho más en el futuro.

Y no nos referimos a una actividad administrativa general y como diluida entre todo el conjunto de actividades administrativas, sino a una actividad muy concreta, real, variada, siempre presente en materias agrarias, incluso en algunos momentos verdaderamente planificada y planificadora, a través de la historia última del nacimiento y realización de una serie de técnicas jurídicas que inciden en los elementos esenciales de un conjunto que se conoce como Derecho agrario.

¿Podría concebirse un estudio total del Derecho agrario, sobre todo, aunque no sólo, de estos últimos cuarenta o cincuenta años, desconociendo o tratando de ignorar la labor y actuación de la Administración a tra-

(15) Aun a fuer de parecer reiterativos, señalamos que en los antecedentes citados intervienen más organismos administrativos, pero por razón de no hacer demasiado extenso este trabajo y por considerar de capital importancia estas tres pautas que marcan los organismos citados, en cuanto principales detentadores de las más señaladas competencias administrativas sobre la materia, pasamos por alto el estudio de los restantes organismos administrativos que han intervenido en los antecedentes del actual Instituto de Reforma y Desarrollo agrario.

vés de todo un mundo complejo y a veces sin delimitación posible de las mismas técnicas administrativas? Creemos que ello no es posible en aras de un tratamiento verdaderamente científico del tema.

Evidentemente, por otra parte, somos también conscientes de que la actuación o intervención administrativa no agota el tema del Derecho agrario: inmersos en el tema general del Derecho agrario afluyen en muchos momentos conceptos, instituciones jurídicas, técnicas jurídicas, etcétera, que pertenecen por derecho propio al campo del estudio del Derecho privado y generalmente del Derecho civil e incluso, con una concepción más amplia y unificadora, de un posible Derecho económico, como algún autor ha puesto de manifiesto (16).

Todo esto es cierto y no cabe negarlo, pero creemos que todo este conjunto de técnicas e instituciones jurídicas de Derecho privado han comenzado a estar en función, digamos coadyuvante, de la finalidad interventora de la Administración en orden a una reforma y desarrollos agrarios y, en general, a una política fundamentada en el cumplimiento de funciones sociales de la propiedad y explotación agrarias.

Digamos, para terminar, que asistimos también aquí a un fenómeno ya enunciado por la doctrina administrativa (17) y que pone de manifiesto la intervención cada día más acusada de la Administración y, por tanto, del Derecho administrativo en esferas históricamente pertenecientes al Derecho privado, asumiendo al mismo tiempo estas técnicas civilistas en el desarrollo práctico de actividades convertidas en administrativas. Ello origina, entre otras muchas consecuencias, que materias antes enunciadas como de Derecho voluntario y pertenecientes a la esfera de la autonomía de la voluntad, hoy son de estricto Derecho

(16) La conexión entre Economía y Derecho, a propósito del Derecho agrario, ha sido puesta de manifiesto por varios autores. Así, por ejemplo, *vid.* DE LOS MOZOS: «Estudios de Derecho agrario», págs. 36 y ss.

Sobre esta cuestión el Profesor Mariano ALONSO PÉREZ señala: «son los especialistas en derecho agrario... los que deben configurar aquél como una llamada de atención que en la hora presente se hace al Derecho civil (y a otras ramas del saber jurídico, añadimos nosotros) para que se muestren sensibles a las técnicas de la agricultura moderna. Lo que supondrá un íntimo maridaje entre economía agraria y Derecho, aunque sobre la base de la persona humana, protagonista de unas funciones agrícolas especialmente como grupo familiar cultivador», en «Actitud metodológica...», *Anuario*, pág. 825.

(17) El fenómeno ha sido tratado de un modo general en la doctrina administrativista por Sebastián MARTÍN RETORTILLO en «El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones». Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla, 1960. Otros estudios más sectoriales sobre el tema pueden encontrarse en «La intervención administrativa en la industria», de J. L. VILLAR PALASÍ. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, y en *Régimen jurídico de la intervención administrativa en la Economía*, de M. BAENA DEL ALCÁZAR. Edit. Tecnos. Madrid, 1966.

necesario en orden a la importancia de su función y, por tanto, sustraídas a esta esfera, típica del Derecho privado.

En resumen, a través de la intervención administrativa, parte del Derecho privado se ha «publicitado». Son éstos temas que han de ser objeto de minucioso estudio y que hoy están solamente apuntados.

III. EL CARACTER DE LA LEY DE REFORMA Y DESARROLLO AGRARIO

1.º *Carácter de Texto Refundido*

En el caso que nos ocupa estamos en presencia de un Decreto legislativo incluido en la rúbrica general de la potestad delegada del ejecutivo (18).

Efectivamente, las bases para la ordenación agraria son de la competencia de las Cortes, ya que así está expresamente enunciado en el artículo 10 de su ley constitutiva. El Gobierno, pues, para poder dictar lo que conocemos como Ley de Reforma y Desarrollo Agrario tenía que contar con una delegación expresa de las Cortes.

¿Cuál es la ley que expresamente delega esta facultad en el Gobierno? Esta ley es la misma ley creadora del Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario.

La ley creadora del IRYDA es una ley con una doble función:

- a) Creadora del IRYDA.
- b) Ley habilitante para que el Gobierno pudiera luego emitir la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.

Dicho mandato legislativo queda plasmado y reconocido en la disposición adicional cuarta, apartado primero, de la Ley de 21 de julio de 1971, creadora, como ya hemos visto, del IRYDA.

La citada disposición adicional dice así:

«En el plazo de un año, a partir de la publicación de la presente ley, el Gobierno ordenará y sistematizará en un único texto legal, además de la presente ley, las que a continuación se relacionan...»

Y cita una serie de disposiciones (19) para luego continuar:

(18) Sobre este tema es importante la consulta de *Legislación delegada, Potestad reglamentaria y control judicial*, de E. GARCÍA DE ENTERRÍA. Edit. Tecnos, Madrid, 1970.

(19) No citamos todas las disposiciones debido a su amplitud.

«... las que en lo sucesivo puedan dictarse sobre las materias a que se refiere el artículo 2.º (20), siempre que por disposición expresa de las mismas así lo acuerden las Cortes.»

Por ello, la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario especifica expresamente en su disposición final derogatoria todas las diecisiete normas citadas en la disposición adicional de la ley creadora del IRYDA, más la Ley de 21 de julio de 1971 sobre Comarcas y Fincas Mejorables, de igual fecha que la ley creadora del IRYDA, pero no recogida por ésta, como es lógico, mas señalando que la ley creadora del IRYDA continúa en vigor.

Esta última Ley sobre Comarcas y Fincas Mejorables establece, en su disposición final tercera, que queda incluida en la refundición (21) y armonización de textos legales que se lleve a cabo por el Gobierno, en cumplimiento de lo ordenado en la disposición adicional de la ley creadora del IRYDA.

En definitiva, pues, el Gobierno emite el Decreto legislativo de 12 de enero de 1973 (Ley de Reforma y Desarrollo Agrario) con fuerza y valor de ley porque previamente ha tenido una ley habilitante y delegadora, votada en Cortes, conteniendo la delegación expresa y concreta que le permite hacerlo.

El problema ahora es delimitar de qué clase de Decreto legislativo se trata. Es decir, si se trata de un Texto Refundido o de un Texto Articulado, que son los dos supuestos que acoge el Decreto legislativo.

En el caso de un Texto Articulado se constata normalmente la existencia previa de unas Leyes de Bases elaboradas por las Cortes.

En el caso presente no existen estas Leyes de Bases como conjunto formal. Tampoco pueden ser consideradas como Leyes de Bases ni como bases genéricas, las anteriores leyes que engloba la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, porque han sido todas ellas, formal y materialmente, leyes o disposiciones concretas en vigor y no bases sin articulación concreta.

Así, pues, ni desde un punto de vista estrictamente formal, ni desde un punto de vista más amplio y genérico, puede sostenerse argumentar que existiesen unas previas bases para su articulación posterior por el Gobierno.

No estamos, pues, en presencia de un Texto Articulado.

En el caso de los Textos Refundidos, la situación es muy otra. Hay una previa existencia de varias disposiciones legales que pueden tener

(20) Es decir, materias incluidas dentro de los fines del Instituto.

(21) Es el término que expresamente usa la Ley de Comarcas y Fincas Mejorables.

distinto rango normativo. Entonces las Cortes autorizan al Gobierno para refundir en un solo texto legal aplicable todas estas disposiciones legales anteriormente dispersas, en orden a una mayor claridad y sistemática.

En el supuesto que estudiamos, es decir, la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, se dan estas características. Existen una serie de disposiciones a las que se quiere dar una unidad armónica y efectiva.

Sin embargo, la ley no lleva el nombre de Texto Refundido (22) y, además, la Exposición de Motivos de la misma Ley de Reforma y Desarrollo Agrario señala:

«El Gobierno no se ha conformado con la simple refundición de textos legales, o sea, con la mera yuxtaposición de un único Texto Refundido de las muchas disposiciones que se relacionan en la disposición adicional 4.^a, sin más ambición que la de dar unidad puramente formal y externa a la heterogénea colección de los preceptos aplicables...»

El contenido y la función de un Texto Refundido persigue, a mi modo de ver, lograr una nueva sistemática, una homogeneización normativa, para dotar al nuevo cuerpo legal de una unidad sustancial en aras de un todo, ciertamente, lo más armónico posible entre sus preceptos. Hay que señalar que un Texto Refundido no es un mero «trasplante» del articulado, entre otras razones porque sobraría entonces toda la técnica de la legislación delegada y que para estos supuestos no tendría ya razón de ser.

De otra parte, es importante poner de manifiesto que el concepto de Texto Refundido no es simplemente un concepto legal y formalista, sino más bien y, sobre todo, un concepto sustancial de fondo, instrumental y doctrinal.

Es decir, que una disposición lleve antepuesto el adjetivo a la denominación «Texto Refundido», no quiere decir necesariamente, ya de por sí, que se trate efectivamente de un auténtico Texto Refundido.

Podemos encontrarnos ante la presencia de auténticos y verdaderos Textos Refundidos, sin que por ello aparezcan así denominados legalmente. Lo importante es la relación existente entre los anteriores y previos textos normativos, que se pretende armonizar, y el nuevo texto resultante, que los engloba y unifica.

En este orden de cosas conviene clarificadoramente traer aquí una opinión representativa de la doctrina administrativista, y para ello nada

(22) Ello puede inducir a no considerarlo como verdadero Texto Refundido. Así se sostiene por GÓMEZ Y GÓMEZ-JORDANA, *op. cit.*, pág. 9.

mejor que la concepción de Texto Refundido que sostiene el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA (23):

«La labor refundidora que la ley encomienda a la Administración, a pesar de no ser esencialmente creadora, aporta un *novum* importante, sin el cual no tendría sentido la delegación legislativa, y es que el Texto Refundido sustituye, derogándolas, a las leyes en él refundidas, que a partir de este momento dejan de ser aplicables. Además de esto, el Texto Refundido supone siempre un juicio de fondo sobre la interpretación sistemática de las reglas refundidas, lo que puede implicar con frecuencia la explicitación de normas subsidiarias allí donde existían lagunas legales, y siempre una depuración técnica, una aclaración, una armonización de preceptos, una eliminación de discordancias y antinomias. Todo ello es contenido de la delegación legislativa de refundición de normas, sin que la Ley de Delegación lo diga, aunque con frecuencia suele hacerlo.»

Por otro lado, es también de capital importancia establecer una línea de unión entre la ley habilitante conteniendo la delegación y el nuevo texto promulgado en cumplimiento de ella.

Es decir, establecer realmente los límites de la delegación y si el nuevo texto se acomoda a dichos límites. Porque, evidentemente, las leyes habilitadoras o de delegación no contienen todas iguales límites, pero no por ello deja de ser un auténtico Texto Refundido el nuevo texto que se promulga en virtud precisamente de esa delegación.

En nuestro caso, que ahora comentamos, la Ley de Delegación, que, como ya sabemos, es la misma ley creadora del IRYDA, establece también una serie de requisitos a los que se ha de sujetar el nuevo texto legal. Efectivamente, dicha ley, en su disposición adicional 4.^a, apartado segundo, señala que «esta ordenación y sistematización» (24), en su nuevo texto, que llevará obligatoriamente el nombre de Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, ha de sujetarse a las siguientes condiciones:

- 1.^a Respetará el contenido sustancial de la normativa hasta ahora vigente, y en especial las garantías establecidas en favor de los particulares.
- 2.^a No podrán introducirse en el mismo modificaciones o supresiones de normas vigentes más que en la medida nece-

(23) E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ: «Curso de Derecho administrativo». Edit. Cívitas. *Revista de Occidente*, Madrid, 1974, págs. 186 y 187.

(24) Como expresamente dice la propia Ley en su apartado 1.^o de la Disposición adicional 4.^a

saría para lograr la máxima claridad, sencillez y armonía del sistema.

- 3.^a Se incluirá en el texto una disposición final que derogue las disposiciones legales pertinentes.

Queda claro, a tenor de la idea que se desprende de estas condiciones de la delegación, que las posibles distinciones o diferencias formales, e incluso con cierto tratamiento de fondo del nuevo texto con respecto a los anteriores, están sólo en función de la «ordenación sistemática» de la nueva normativa en aras de alcanzar una claridad, sencillez y armonía del sistema.

Que el nuevo texto legal haya sobrepasado el contenido de la delegación es un problema de control. Pero si ha innovado la legislación, saltándose los límites establecidos en la ley habilitante, es claro que entonces, y sólo entonces, podremos asegurar que no estamos en presencia de un Texto Refundido.

En resumidas cuentas, se constata que no suele ser usual (25) que en el desenvolvimiento práctico de la técnica de la legislación delegada, en el caso de los Textos Refundidos, la ley delegante sea tan amplia en el contenido de la delegación como en el caso presente. Normalmente suele prevalecer el sentido de la delegación rígida y estrecha, que conlleva un concepto estrictamente clásico de la refundición; pero en ocasiones, que deben ser inteligentemente captadas por el órgano legislativo delegante, es decir, por las Cortes, es preciso ampliar un poco el círculo sustancial en donde va encerrada la cuantificación y la cualificación de la delegación, o sea, el *quantum* delegativo.

Hemos de concluir, por tanto, que en lo sustancial, en este caso (Ley de Reforma y Desarrollo Agrario) estamos en presencia de un auténtico y verdadero Texto Refundido, aunque quizá concebido más como una institución o conceptualización jurídico-doctrinal, que como una denominación formal legislativa y adjetiva que se antepone a un texto normativo.

Por otro lado, es necesario decir también que aun siendo un Texto Refundido, ello no evita que pueda ser algo más. En este caso habrá que estudiar todas y cada una de las normas refundidas para saber si ha habido una innovación del Ordenamiento jurídico, y si esta innovación se ha llevado a cabo ateniéndose estrictamente al contenido delegativo. Pero que sea o no algo más que un Texto Refundido, no impide realmente que también sea un Texto Refundido.

(25) Ello es lógico y parece correcto en aras de una salvaguardia estricta de la legalidad y en favor de que las Cortes, como órgano legislativo, sean las que realicen realmente tal función que les corresponde por derecho propio.

2.º *Carácter de Ley Administrativa*

Ya, en otro orden de cuestiones, es necesario señalar que la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario es eminentemente una ley administrativa no sólo en cuanto a su contenido, sino también en cuanto a su finalidad inmediata.

Y es en gran medida una ley administrativa, entre otras razones, porque a todo lo largo de su articulado se pone de manifiesto que se trata de encuadrar la actividad administrativa en materias de reforma y desarrollo agrario, o dicho en otros términos, las tentativas y futuras realizaciones para una reforma y desarrollo agrario, que es llevada a cabo de manera principal y fundamental por la Administración Civil del Estado, a través del Ministerio de Agricultura, y específicamente por el Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario.

Realmente, de una forma abrumadora, casi toda la actividad administrativa de la ley es llevada a cabo por este órgano, denominado IRYDA:

«Nada de cuanto se relaciona con la reforma agraria, con el desarrollo rural o con el mejor aprovechamiento de los recursos naturales en aguas y tierras es ajeno, en principio, a su competencia» (26).

La misma estructura de la ley nos demuestra que está pensada, entre otras razones no excluyentes, para dirigir su objetivo a la delimitación y concreción de las funciones del IRYDA.

La ley está dividida en libros, y éstos, a su vez, en títulos. El libro I contiene las líneas generales orgánicas del IRYDA y de sus órganos colegiados, que ayudan al Instituto en su labor. Los libros II, III y IV contienen ya las actuaciones del IRYDA; el libro II, la acción del IRYDA sobre la propiedad privada, adquisición, redistribución, régimen de la tierra, etc.

El libro III, amén de establecer unas normas comunes de actuación para todo el libro, se dirige a regular la actividad del IRYDA sobre obras y mejoras territoriales, grandes zonas de interés nacional, zonas de ordenación de explotaciones, comarcas mejorables, concentración parcelaria, etcétera.

Y el libro IV regula también la actuación del Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario en fincas y explotaciones agrarias.

Como se ve, es la actuación de un organismo administrativo, con fines inmediatos administrativos y, en la mayoría de los casos, sujeto al Derecho administrativo.

(26) GÓMEZ Y GÓMEZ-JORDANA, *op. cit.*, pág. 12.

De esta forma se pone de relieve claramente que en el estudio de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario lo que prima es la actividad administrativa, lo que hace que no podamos menos que calificarla de ley administrativa. Volveremos, no obstante, sobre este particular al estudiar de modo concreto la actividad administrativa sobre el tema, aunque interesaba metodológicamente ponerlo ya de manifiesto.

IV. EL PORQUE DE LA INTERVENCION ADMINISTRATIVA EN MATERIAS DE DERECHO AGRARIO Y, CONCRETAMENTE, A TRAVES DE LA LEY DE REFORMA Y DESARROLLO AGRARIO

El Derecho constitucional español, a través principalmente de dos Leyes Fundamentales, como son el Fuero de los Españoles y el Fuero del Trabajo, acogen un conjunto de principios fundamentales que inciden de una manera directa sobre el tema de la propiedad rural, suelo rústico, etc., y de una manera general sobre temas de Derecho agrario.

Estos principios constituyen el soporte o fundamento de la acción del Estado y, por tanto, de la intervención administrativa, como organización ejecutiva del Estado.

Sin ánimo de agotamiento del tema, mediante un estudio exhaustivo del mismo, destacamos algunos de estos grandes principios:

1.º *La propiedad privada como derecho y como función social*

«La propiedad privada, como medio natural para el cumplimiento de los fines individuales, familiares y sociales, es reconocida y amparada por el Estado.

Todas las formas de la propiedad quedan subordinadas a las necesidades de la nación y al bien común» (27).

«El Estado facilitará a todos los españoles el acceso a las formas de propiedad más íntimamente ligadas a la persona humana: hogar familiar, heredad, útiles de trabajo y bienes de uso cotidiano» (28).

2.º *La riqueza y su finalidad*

«La riqueza no podrá permanecer inactiva, ser destruida indebidamente ni aplicada a fines ilícitos» (29).

(27) Artículo 30 del Fuero de los Españoles en relación con el Punto X de la Ley de Principios del Movimiento Nacional y la Declaración XII, 1 y 2 del Fuero del Trabajo.

(28) Artículo 31 del Fuero de los Españoles.

(29) Artículo 30 del Fuero de los Españoles, párrafo 3.º

3.º *La iniciativa privada y la acción supletoria del Estado.
Reconocimiento de ambas como fuentes de desarrollo*

«El Estado reconoce la iniciativa privada como fuente fecunda de la vida económica de la nación» (30).

«En general, el Estado no será empresario sino cuando falte la iniciativa privada o lo exijan los intereses supremos de la nación» (31).

4.º *La producción nacional dirigida al bien común y como servicio*

«La producción nacional constituye una unidad económica al servicio de la Patria. Es deber de todo español defenderla, mejorarla e incrementarla. Todos los factores que en la producción intervienen quedan subordinados al supremo interés de la nación» (32).

5.º *Derecho al trabajo. El trabajo agrícola*

«Todos los españoles tienen derecho al trabajo. La satisfacción de este derecho es misión primordial del Estado» (33).

«Las normas de trabajo en la empresa agrícola se ajustarán a sus especiales características y a las variaciones estacionales impuestas por la Naturaleza» (34).

«El Estado cuidará especialmente la educación técnica del productor agrícola, capacitándole para realizar todos los trabajos exigidos por cada unidad de explotación» (35).

«Se disciplinarán y revalorizarán los precios de los principales productos, a fin de asegurar un beneficio mínimo en condiciones normales al empresario agrícola y, en consecuencia, exigirles para los trabajadores jornales que les permitan mejorar sus condiciones de vida» (36).

«Se tenderá a dotar a cada familia campesina de una parcela pequeña, el huerto familiar, que le sirva para atender sus necesi-

(30) Declaración XI-6 del Fuero del Trabajo.

(31) Declaración XI-4 del Fuero del Trabajo.

(32) Declaración XI-1 del Fuero del Trabajo.

(33) Declaración I-8 del Fuero del Trabajo.

(34) Declaración V-1 del Fuero del Trabajo.

(35) Declaración V-2 del Fuero del Trabajo.

(36) Declaración V-3 del Fuero del Trabajo.

dades fundamentales y ocupar sus actividades en los días de paro» (37).

«Se conseguirá el embellecimiento de la vida rural perfeccionando la vivienda campesina y mejorando las condiciones higiénicas de los pueblos y caseríos de España» (38).

«El Estado asegurará a los arrendatarios la estabilidad en el cultivo de la tierra por medio de contratos a largo plazo, que les garanticen contra el deshaucio injustificado y les aseguren la amortización de las mejoras que hubieren realizado en el predio. Es aspiración del Estado arbitrar los medios conducentes para que la tierra, en condiciones justas, pase a ser de quienes directamente la explotan» (39).

6.º *El crédito como ayuda al desarrollo rural y agrícola*

«El crédito se ordenará en forma que además de atender a su cometido de desarrollar la riqueza nacional contribuya a crear y sostener el pequeño patrimonio agrícola, pesquero, industrial y comercial» (40).

7.º *El desarrollo agrícola*

«El Estado procurará por todos los medios a su alcance perfeccionar la salud física y moral de los españoles y asegurarles las más dignas condiciones de trabajo; impulsar el progreso económico de la nación con la mejora de la agricultura, la multiplicación de las obras de regadío y la reforma social del campo...» (41).

8.º *En general, el interés particular subordinado*

«La comunidad nacional se funda en el hombre, como portador de valores eternos, y en la familia, como base de la vida social; pero los intereses individuales y colectivos han de estar siempre subordinados al bien común de la nación, constituida por las generaciones pasadas, presentes y futuras. La ley ampara por igual el derecho de todos los españoles» (42).

(37) Declaración V-4 del Fuero del Trabajo.

(38) Declaración V-5 del Fuero del Trabajo.

(39) Declaración V-6 del Fuero del Trabajo.

(40) Declaración IX-1 del Fuero del Trabajo.

(41) Punto XII de la Ley de Principios Fundamentales del Movimiento Nacional.

(42) Punto V de la Ley de Principios Fundamentales del Movimiento Nacional.

Como se puede apreciar sin necesidad de un estudio exhaustivo y total de nuestras leyes constitucionales, simplemente con una mirada atenta se logra contestar cómo casi todos estos textos contienen una serie de principios suficientes para legitimar la actuación del Estado en materias que conocemos como Derecho agrario y, por tanto, para igualmente justificar la misma intervención de la Administración del Estado.

De toda esta serie de principios fundamentales, quizá el que mayor importancia tenga y que al mismo tiempo pueda subsumir a todos los demás sea el de la función social de la propiedad.

Esta función social de la propiedad es reconocida en su importancia en el artículo primero de la misma Ley de Reforma y Desarrollo Agrario:

«El suelo rústico deberá utilizarse en la forma que mejor corresponda a su naturaleza, con subordinación a las necesidades de la comunidad nacional.»

En consecuencia, el cumplimiento de esta función social de la propiedad obliga, cualquiera que sea la naturaleza de su titular, a una serie de requisitos expresamente citados por la propia ley (43):

- 1.º A que sea explotada la tierra con criterios técnico-económicos apropiados, según su destino agrario más idóneo, o utilizada para otros fines, sin perjuicio de la debida rentabilidad para el particular, atendiendo en todo caso el interés particular.
- 2.º A que en las fincas de aprovechamiento agrario 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-social.
- 3.º A que en la empresa agraria se preste el trabajo en condiciones adecuadas y dignas y a que se efectúen, bien directamente o en colaboración con la Administración, las inversiones necesarias de carácter social que sean proporcionadas a la dimensión e importancia de la empresa, teniendo en cuenta la rentabilidad de ésta, para la promoción de los trabajadores.

Pero para el cumplimiento de estas finalidades sociales tiene el Estado atribuido un papel principalísimo, y así las grandes líneas de actuación del Estado han de sujetarse al cumplimiento de tales obligaciones.

(43) Artículo 2.º de la Ley de Reforma y Desarrollo agrario.

Por ello se dice en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario que la acción del Estado, en relación con la reforma y desarrollo agrario, tendrá como líneas fundamentales (44):

- 1.^a La transformación económica y social de las grandes zonas y de las comarcas que así lo precisen en beneficio de la comunidad nacional, y la mejora del medio rural en orden a la elevación de las condiciones de vida de la población campesina.
- 2.^a La creación, mejora y conservación de explotaciones agrarias de características socioeconómicas adecuadas.
- 3.^a El mejor aprovechamiento y conservación de los recursos naturales en aguas y tierras.

Todas estas funciones del Estado la cumple a través de la Administración; Administración del Estado es su denominación. Y, en concreto, a través de un organismo especializado precisamente en llevar a cabo estas funciones: este organismo administrativo es el Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario. Estas competencias al IRYDA se las atribuye la misma ley, al señalar que corresponden al Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario llevar a cabo las acciones establecidas en la ley, salvo la competencia que se le asigne a otros órganos (45). El IRYDA realizará igualmente todas las demás funciones que en relación con el desarrollo rural y la reforma agraria se le encomienden.

De donde resulta, finalmente, que todos estos principios, plasmados a nivel constitucional, que son, en principio, sociales, son llevados a cabo por la Administración del Estado. Así, unos fines teleológicamente sociales los realiza la Administración, y sin dejar de ser sociales, se convierten en teleológicamente administrativos.

La Administración interviene, pues, para realizar en la práctica todos estos fines, plasmados a nivel programático en nuestras Leyes Fundamentales.

V. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO AGRARIO A TRAVES DE LA LEY DE REFORMA Y DESARROLLO AGRARIO

De un examen no necesariamente profundo de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario sale a luz ya una idea que marca cualquier otra con-

(44) Artículo 3.º de la Ley de Reforma y Desarrollo agrario.

(45) Artículo 4.º de la Ley de Reforma y Desarrollo agrario.

sideración sobre el tema: esta idea, que ya antes hemos apuntado, es la de que casi todo, por no decir todo, el conjunto de actuaciones, intervenciones, en resumen, competencias, que la ley permite ejercer sobre todas estas parcelas de la materia agraria corresponden a la Administración.

Existen casos, hechos y posibilidades de actuación de los particulares: esto es evidente. Pero estas posibilidades, amén de ser muy concretas, están siempre en función total del desarrollo de la acción administrativa y sujetas a la finalidad de la Administración.

Es decir, que aquí, como en otros muchísimos aspectos de la intervención administrativa, la acción individual y particular, o sea, acciones o actuaciones propias de un engarce en el campo del Derecho privado, está supeditada de un modo total a la acción administrativa.

Esto originará, como también hemos observado con anterioridad, algún fenómeno de intersección de normas, o mejor, de situaciones jurídico-privadas con situaciones jurídico-públicas, de cuyo resultado de esta intersección se llega, como ya es normal y casi lógico, a una preponderancia y dominio de las situaciones jurídico-públicas.

Al final de este proceso, quizá todavía inconcluso, estructuras pertenecientes por su origen al campo privado y esencialmente civilista, devienen como estructuras jurídico-públicas o «publicitadas» por causa de la intervención de la Administración, fundamentada, como ya hemos visto, en principios de valor constitucional.

Naturalmente, esta «fusión» no es aquí ni en otras esferas del actuar administrativo absoluta y total, porque si ello fuera así desembocaríamos en lo que podríamos denominar como «Estado administrativo absoluto», lo cual, como es lógico suponer, chocaría frontalmente con las concepciones del Estado y, sobre todo, del Derecho administrativo que hoy se tienen como predominantes.

Toda esta actividad de la Administración, a veces subyugante, está encargada a un organismo prepotente y casi con caracteres de exclusividad; este organismo es el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario.

La actividad del Instituto es una actividad administrativa sujeta al Derecho administrativo. Así queda claramente expresado, como ya hemos apuntado, en la misma ley de creación del IRYDA, que lo califica como organismo autónomo sujeto en su actividad a la legislación general sobre la materia y, por tanto, a la ley de su creación y a la Ley de Entidades Estatales Autónomas. No es ahora ocasión de demostrarlo, pero la Ley de Entidades Estatales Autónomas contiene toda una serie de formas que fundamentan de un modo rotundo la calificación de actividad administra-

tiva y, por tanto, sujeta al Derecho administrativo de los Organismos Autónomos.

En otro orden de cosas hemos de referirnos a la calificación y clasificación de la actividad administrativa en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, es decir, intentar establecer, si es posible, unos criterios de clasificación de todas estas actividades.

La actividad administrativa se clasifica tradicionalmente en actividad de policía, fomento y servicio público (46). Esta clasificación no nos es de utilidad por dos razones principalmente.

En primer lugar, porque la clasificación está en crisis en la doctrina. La actividad de la Administración en estos últimos tiempos se ha ido desarrollando en alcance y contundencia de una forma tan impresionante, que sus numerosísimas y distintas intervenciones no encajan dentro de esta división clásica.

No es ahora el momento de estudiar a fondo este problema; pero, en definitiva, la misma noción de «fomento» se ha convertido en una fórmula imprecisa, tremendamente genérica y tan diluida casuísticamente, que no parece ya definir nada concreto. La moderna intervención de la Administración en campos nuevos económicos e industriales, el descubrimiento de nuevas formas de actuación, la actividad planificadora como nueva noción con autonomía propia, etc., hacen sumamente difícil la delimitación demarcacional de cada uno de estos sectores.

La figura conceptual «fomento» se ha vaciado de sentido precisamente, por paradójico que parezca, porque se ha ido «rellenando» y desarrollando en estos últimos tiempos de tal forma, que ya no es posible verlo referido a determinados y determinables campos del actuar administrativo.

Con todo, quizá sea el término «Servicio Público» el más deteriorado de todos y también al que más afecte la crisis. La doctrina francesa, y por influencia de ésta, la española, han puesto ya de manifiesto la crisis total de la noción de «Servicio Público» (47).

En resumidas cuentas, este trípode conceptual clásico de división de la actividad administrativa ha quedado, diríamos, «desarticulado», empleando una expresión muy en boga en estos tiempos.

En segundo lugar, y aun cuando diésemos por válida esta división tridimensional clásica, su aplicación al campo del Derecho agrario tampoco cumpliría ninguna función ni tendría virtualidad operacional. Aun-

(46) Vid. los Tratados de Derecho administrativo usuales.

(47) Vid. por todos *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, de J. Louis de CORAIL. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1954.

que trataremos de este problema más adelante, el Derecho agrario contiene intrínsecamente una «especialidad» tan manifiesta, que es imposible el estudio científico serio de este campo del saber jurídico aplicándole dicha dimensión tripartita ni aun a efectos metodológicos.

El campo del saber conocido como «Derecho agrario» tiene una complejidad, hoy todavía inclasificada, que haría inválida esta división de la actividad administrativa.

Además, la presencia en su haber de figuras pertenecientes, al menos en su origen, a la esfera jurídico-privada, origina una «anticorrespondencia», técnica, formal e incluso de fondo, con esta clasificación tripartita, que estaba pensada para su aplicación en el campo jurídico-administrativo clásico.

Por todo ello y por lo que a continuación observaremos, hemos de decir que la configuración total y general de la actividad administrativa en el campo del Derecho agrario y, en concreto, en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario es totalmente inclasificable (48).

De un lado, porque hoy por hoy no creemos que exista una clasificación completa de todas y cada una de las posibilidades (casi infinitas, al paso que vamos) del actuar administrativo, y porque aun cuando esto fuera posible, lo cual, por el momento, parece difícil, no sería aplicable al campo del Derecho agrario, por las razones antes dichas.

Esta idea de la imposibilidad de clasificación correcta de la actividad administrativa en el Derecho agrario, a través de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, es necesario enlazarla, para su mejor comprensión, con otro hecho evidente y que nos brinda la misma ley. Nos referimos al artículo 5.º de la Ley de R. y D. A.

En páginas anteriores hemos señalado que el artículo 2.º, desarrollando el cumplimiento a nivel normativo de la función social de la propiedad, establecía una serie de obligaciones programadas casi a título de principios generales. Es innecesario repetir textualmente ahora lo que señalaba el citado artículo, baste recordar que se refiere a los criterios socio-económicos que deben reunir las explotaciones agrarias, las transformaciones y mejoras en el aprovechamiento general agrario, la consideración y configuración de la empresa agraria, etc.

En estrecho paralelismo con el precepto señalado, el artículo 3.º recalca las líneas fundamentales que la acción del Estado debe reunir en relación con los temas de reforma y desarrollo agrario.

(48) Es inclasificable porque es total. De todas formas no es ésta la finalidad del trabajo.

Junto a estos dos preceptos hay que colocar el artículo 5.º de la misma ley. Este precepto señala:

«El Gobierno podrá encomendar al Instituto, en zonas o comarcas que se determinen por Decreto, las siguientes actuaciones:

- a) Transformación económico-social, por razones de interés nacional, de grandes zonas, mediante la realización de las obras que requiera el mejor aprovechamiento de las tierras y de las aguas, y la creación de nuevas explotaciones agrarias.
- b) Ordenación de las explotaciones agrarias para que alcancen dimensiones suficientes y adecuadas características socio-económicas.
- c) Establecimiento de Planes de Mejora para comarcas deprimidas.
- d) Concentración parcelaria.»

Pues bien, no es preciso ser demasiado agudo para darse cuenta de las reales posibilidades que el citado artículo 5.º encierra verdaderamente en el apartado primero, que es el que hemos plasmado antes.

De este párrafo primero, que hemos citado, únicamente los puntos *c)* y, sobre todo, el *d)* contienen, a mi juicio, la posibilidad de concreción o concretización última y posibilidad de verlos referidos a técnicas concretas y delimitadas, que la ley misma se encarga posteriormente en su diverso articulado de configurar en toda su extensión.

Pero, en cambio, los dos primeros puntos [*a)* y *b)*] no son en modo alguno totalmente referibles a técnicas o intervenciones concretas y delimitadas de la Administración, y en especial del Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario. Quiero decir lo siguiente: ¿Qué se entiende, de un modo concreto y perfectamente aprehensible en la práctica, por «transformación económico-social de grandes zonas»? O igualmente, ¿cuál es la plasmación concreta de la «ordenación de las explotaciones agrarias para que alcancen dimensiones suficientes y tengan características socio-económicas adecuadas»?

Como se puede observar, parece más bien un cheque en blanco en favor de la Administración para su actuación en materias agrarias. En resumidas cuentas, cabe decir que únicamente está sujeta esta actuación

a unos requisitos, alguno de los cuales es, a su vez, indeterminado. Estos requisitos son:

- 1.º Que se determinen estas actuaciones al Instituto, por medio del Decreto correspondiente emanado del Gobierno.
- 2.º Que el Gobierno encomiende estas funciones al Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario.
- 3.º Que verdaderamente se trate de técnicas o actuaciones administrativas adecuadas para el cumplimiento de estas finalidades, tales como transformación socio-económica, etc. Con lo cual volvemos otra vez al problema de la indeterminación.

En resumen, pues, lo único que se puede decir es que para el cumplimiento de esta finalidad indeterminada, cual es la transformación económico-social de grandes zonas, o para la ordenación adecuada de explotaciones agrarias cabe cualquier actuación posible e imaginable, siempre que no contradiga preceptos fundamentales y que se encomiende al Instituto por Decreto. En conclusión, cabe cualquier técnica y, por tanto, con la subsiguiente consecuencia de su inclasificación. Por otro lado, está también el problema de la delimitación del concepto «transformación económico-social», así como «por razones de interés nacional» o, finalmente, «de características socio-económicas adecuadas».

Insistimos, pues en las tremendas posibilidades con que el Gobierno pueda contar para encargar a un organismo autónomo, como el Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario, las actuaciones en el campo de la agricultura. Entonces, ya desde el principio, no es posible una delimitación de estas posibilidades de actuación administrativa sobre materias incluidas dentro de lo que se entiende por «Derecho agrario».

No vamos, por tanto, a intentar una clasificación de la actividad administrativa en materia de Derecho agrario, por las razones que hemos observado y porque tampoco es ésta la finalidad de este trabajo.

Por otro lado, además, ya hemos puesto de manifiesto la complejidad tan acusada que emana, y puede emanar aún más, de toda esta actividad administrativa en la materia. La ley encierra todo tipo de posibilidades y de toda índole.

Junto a normas claramente insertas en el fenómeno de la planificación (49) están actividades que pueden incluirse dentro de la categoría

(49) Planificación a nivel general: «Plan General de Transformación de la Propiedad agraria». Planificación a nivel más reducido: «Planes Comarcales de Mejora agraria» (art. 140 y ss. de la Ley) y «Planes Individuales de Mejora» (art. 256 y ss.).

clásica de fomento (50); en ocasiones la actividad puede definirse como de policía (51) o sancionadora y garantizadora (52).

Otras veces aparece una actividad híbrida, como puedan ser las que llevan a cabo los Jurados de Fincas Mejorables (53), y, como es lógico, aparecen las posibilidades de ejercitar recursos administrativos (54).

Sin embargo, la actividad general administrativa más destacable es la que va dirigida a la intervención sobre la propiedad privada agrícola con fines de transformación, obras, mejoras, etc. Esta intervención, en aras del cumplimiento de la función social de la propiedad, origina fenómenos de vinculación de dicha propiedad (55).

(50) Artículo 54 de la Ley.

(51) *Vid.* el artículo 79, párrafo 2.º de la Ley de R. y D. A.:

«Los que destruyan, deterioren o hagan mal uso de cualquier obra incluida en los Planes de concentración parcelaria del Instituto incurrirán en multa, cuya cuantía está comprendida entre quinientas y cinco mil pesetas, que será impuesta por el Gobierno Civil de la provincia a propuesta del Instituto, Ayuntamientos o Hermandades Sindicales de Labradores y Ganaderos.»

(52) *Vid.* el artículo 76 de la Ley:

«1. El Instituto exigirá en cada caso las garantías y adoptará las medidas para asegurar el reintegro, pudiendo solicitar anotación preventiva del crédito refaccionario presentando en el Registro de la Propiedad los contratos que haya celebrado.

2. Cuando las obras no obligatorias hayan de incorporarse a fincas de los interesados, el Instituto podrá exigir que queden hipotecadas en garantía del reintegro, observándose al efecto lo dispuesto en el artículo 85 en cuanto pueda ser de aplicación.

3. Si los interesados son Grupos Sindicales, Hermandades, Cooperativas u otras Entidades, el Instituto exigirá la responsabilidad solidaria de los agricultores asociados o de un número de ellos cuya solvencia sea suficiente para responder de la operación, pudiendo imponer, además, si la considerase precisa, la garantía hipotecaria.

4. Cuando las obras hayan sido solicitadas por Ayuntamientos o Diputaciones, deberán estos Organismos adoptar en forma legal el acuerdo de consignar anualmente las cantidades precisas para el reintegro, cuyo cumplimiento será exigido por las Delegaciones de Hacienda al aprobar los correspondientes presupuestos.»

(53) *Vid.* el artículo 13 y ss. de la Ley:

«Art. 13. El Jurado de Fincas Mejorables, con sede en el Ministerio de Agricultura, es un Organismo colegiado al que corresponde decidir inapelablemente, en caso de discrepancia entre los planes individuales de mejora elaborados por la Administración y los propuestos por los titulares afectados, cuál de ellos habrá de ejecutarse con carácter forzoso.»

«Art. 14. El Jurado de Fincas Mejorables estará constituido por:

Un presidente, que será un Magistrado designado por el Ministerio de Justicia.

Cuatro Vocales, que serán: un representante de los empresarios y otro de los trabajadores agrarios, designados por el Presidente de la Hermandad Nacional Sindical de Labradores y Ganaderos, a propuesta de las respectivas Uniones; el Delegado de Agricultura de la provincia en que radique la finca o su mayor parte, y un Técnico agrario de Grado Superior al servicio o designado por la Diputación Provincial respectiva.»

(54) Por ejemplo, el artículo 78, aptdo. 3.º y artículos 213 y ss. de la Ley.

(55) Casi acabado el presente trabajo, nos llega la Ponencia española presentada al V Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo celebrado

De todas formas, el hecho de que la actividad administrativa sobre materias agrarias, plasmada en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, sea una actividad compleja, con posibilidades absolutas, a tenor del expresado artículo 5.º, y, por tanto, inclasificable, no impide, sin embargo, extraer una idea importante, aunque ya adelantada en anteriores páginas, y más acorde con la intencionalidad de este estudio. Esta idea se puede expresar como lo siguiente: la total subordinación de todas las técnicas o normas propias de Derecho privado, y concretamente de Derecho civil, que coexisten en la ley, a la actividad administrativa programada en la misma ley. O dicho de otro modo: las técnicas, instituciones o formas jurídicas de Derecho privado están y son, en la Ley de Reforma y Derecho Agrario, por su funcionalidad dentro de la actividad administrativa. No se niega ni su existencia ni, en principio, su pertenencia disciplinar, pero no tienen ya virtualidad operativa por sí solas (56).

Y ello está originado por el momento mismo en que interviene la Administración en este campo. La actividad administrativa intenta remodelar estas técnicas, respetándolas, pero colocándolas bajo la actividad administrativa general.

Así, las normas o instituciones privadas se «publican». Y así también normas, en principio, de Derecho voluntario, se hacen de Derecho necesario o, por lo menos, se hacen pasar para su operatividad y funcionamiento por el tamiz, a veces muy profundo, del cumplimiento de formalidades o requisitos de naturaleza administrativa.

La intencionalidad administrativizadora es tan clara que la misma ley, algunas veces, para conseguirla arbitra figuras típicamente administrativas, pero que parecen no encuadrar o cuajar totalmente en situaciones jurídicas que, en principio, son de estricto Derecho privado. Así ocurre, por ejemplo, con la figura de la concesión administrativa de tierras por el Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario, figura que desde el primer momento aparece, al menos, como discutible (57).

recientemente en Marbella, en la cual se estudia el fenómeno de la vinculación de la propiedad privada a causa de la Intervención de la Administración, y en la que se pone el ejemplo concreto de la propiedad agraria vinculada. La preparación de la ponencia española ha estado a cargo de los Profesores MARTÍN BASSOLLS y GÓMEZ FERRER.

(56) Nos estamos refiriendo única y exclusivamente a materias encuadradas en la Ley de Reforma y Desarrollo agrario. En otras parcelas de la actividad administrativa puede ocurrir lo mismo, aunque no hacemos referencia ahora a ellas.

(57) Así, por ejemplo, la figura prevista en el artículo 29 de la Ley de Reforma y Desarrollo agrario, considerada como concesión administrativa legalmente, es criticada por F. GÓMEZ Y GÓMEZ-JORDANA, que señala: «Pero, a mi juicio, la califica-

De toda esta idea o fenómeno de sujeción de las técnicas civilistas y de Derecho privado a las técnicas o actividades administrativas, la ley nos brinda numerosísimos ejemplos: incluso me atrevería a decir que siempre que aparecen estas figuras jurídico-privadas es en función de las jurídico-públicas.

ción es incorrecta. La esencia de toda concesión administrativa es la transferencia a un particular de funciones que son propias del Estado». *Op. cit.*, pág. 15.

Realmente hay que decir que, efectivamente, la figura prevista en el artículo 29 de la Ley no es en modo alguno una concesión administrativa, aunque así lo pregone la misma Ley; pero el razonamiento del citado autor tampoco es válido totalmente. Y ello es así porque la esencia de toda concesión no es, como sostiene GÓMEZ Y GÓMEZ-JORDANA, la transferencia a un particular de funciones públicas. En el caso de la concesión de servicios públicos es claro que si existe transferencia de funciones públicas, cuales son, por ejemplo, el mismo cumplimiento de las funciones de servicio público, es decir, la Administración transfiere al concesionario el cumplimiento de un determinado servicio público, que es por definición, función administrativa. Pero no ocurre así en todas las demás concesiones administrativas; por ejemplo: ¿qué transferencias de funciones públicas existen en una concesión demanial? Creemos que ninguna; al menos considerando el término función pública de un modo clásico y como unánimemente lo entiende la doctrina. Existe, sí, una utilización especial por el concesionario de un bien demanial, pero en modo alguno existen transferencias de funciones públicas.

Podrá pensarse, entonces, que, aun no existiendo en el caso del citado artículo 29, transferencias de funciones públicas, pudiera tratarse de una concesión demanial. Lo cual en teoría, pudiera ser perfectamente válido. Pero, evidentemente, tampoco es así, porque para que pudiera existir una concesión demanial, al margen de cualquier otra consideración, es incuestionable que los bienes que el IRYDA «concede» han de ser bienes demaniales, y tampoco esto es cierto, porque, como a continuación argumentaremos, estas tierras del IRYDA que son objeto de concesión según el artículo 29, no son de ninguna manera bienes de dominio público, sino que tienen la consideración legal de bienes patrimoniales. La propiedad adquirida por el IRYDA no tiene carácter de bien demanial por las siguientes razones:

El IRYDA puede adquirir la propiedad a través de dos vías marcadas por la Ley: en primer lugar, por compra directa a los respectivos propietarios que voluntariamente desean enajenar sus fincas. Todo ello, previo cumplimiento de ciertos requisitos procedimentales como tasación, inclusión en el correspondiente Plan, etc. (art. 20 de la Ley).

En segundo lugar, tenemos como otra vía de adquisición de la propiedad, la técnica administrativa de la expropiación forzosa, teniendo en cuenta que el IRYDA es el beneficiario de la expropiación y nunca el expropiante, ya que los organismos autónomos no tienen esta facultad expropiatoria.

Habrà que ver entonces el carácter de los bienes adquiridos, bien por compra directa o a través de la expropiación, para intentar deducir si son bienes demaniales o patrimoniales y, en consecuencia, constatar si hay o no posibilidad de concesión demanial, puesto que concesión de servicio público ya hemos dicho que no puede haber de ninguna manera.

Cuando el IRYDA adquiere tierras por compra directa a sus respectivos dueños, con cumplimiento de los requisitos legales establecidos en la Ley de Reforma y Desarrollo agrario como en la Ley de Entidades Estatales Autónomas, estos bienes tienen el carácter de bienes patrimoniales. Entonces, si son patrimoniales no pueden ser demaniales y, por tanto, es claro que no pueden ser objeto de concesión demanial. Según GARCÍA TREVIJANO, para que pueda hablarse de dominio público han de existir por lo menos dos requisitos: 1.º, que la titularidad del bien corresponda a un uso público o a un ente público; 2.º, que los bienes estén afectados a un uso

Sin ánimo de agotar el tema entresacamos de la misma ley algunos ejemplos demostrativos de todo cuanto acabamos de decir:

- 1.º Bastaría casi con este primer ejemplo, que ya aclara por completo la situación. Nos referimos al artículo 28 de la ley, en su apartado primero:

público o a un servicio público («Titularidad y afectación demanial en el Ordenamiento jurídico español», *R. A. P.*, núm. 29, pág. 18).

Aquí no se da el segundo requisito, porque sólo en un sentido muy general se puede considerar al IRYDA o a las funciones que desarrolla como un servicio público, teniendo en cuenta, además, que no hallamos una *publicatio* que pueda ser referida a ninguna de las funciones del IRYDA.

En el caso de que el Instituto de Reforma y Desarrollo agrario utilice la vía de la expropiación, la calificación de los bienes expropiados a favor del IRYDA tampoco pueden ser calificados como bienes demaniales.

El artículo 119 de la Ley del Patrimonio del Estado señala:

«Cuando, con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley, las adquisiciones de bienes se realicen en virtud de la expropiación forzosa, la afectación se entenderá implícita en la misma y se dará cuenta de aquéllas al Ministerio de Hacienda a los efectos procedentes.»

Parece, pues, que la afectación es implícita y que en nuestro caso, a tenor de lo que la Ley señala, se trataría de bienes demaniales. Pero realmente el Estado, aquí, no expropia para sí, sino que el bien expropiado está ya, de principio, determinado, destinado, afecto, a un organismo autónomo, cual es el IRYDA, como beneficiario de la expropiación. Es decir, que se expropia precisamente para destinar el bien expropiado al patrimonio de un organismo autónomo para su posible funcionamiento y para que pueda cumplir sus finalidades. Es claro entonces que el bien no puede estar gravado con el carácter de la demanialidad.

En consecuencia, estamos plenamente de acuerdo con lo que ARIÑO ORTIZ dice al respecto: «... en los organismos autónomos... la adscripción de bienes no supone normalmente afectación demanial, sino destinación a un fin, público, ciertamente, pero que se inserta en el orden de la gestión económico-patrimonial» (*La Administración Institucional*. Madrid, 1972. Instituto de Estudios Administrativos, pág. 353).

Pero es cierto también que no todos los autores sostienen la misma postura. Así, GUAITA sostiene que las tierras del antiguo INC eran durante el período concesional o de acceso a la propiedad, tierras o bienes de dominio público. En este sentido el autor equipara estas concesiones a las marismas. No obstante, también añade que las condiciones para realizar aserto son especialísimas y gozan de una singularidad especial y notable (A. GUAITA: *Derecho Administrativo Especial*, tomo III, 2.ª edición. Zaragoza, 1967, págs. 344 y 345).

De todos modos, las particularidades, o mejor, las características de los bienes demaniales son, entre otras, la inalienabilidad, la no inmatriculación registral, imposibilidad de cargas reales, imprescriptibilidad, etc., características que en modo alguno pueden pregonarse de las tierras del IRYDA, que pueden ser vendidas, se matriculan o inscriben en el Registro a nombre del IRYDA, etc.

Hay que decir, por tanto, que estos bienes del IRYDA no pueden ser considerados como bienes demaniales.

Por lo cual, si no son bienes demaniales, no puede haber concesión demanial.

Quedan claros, entonces, los siguientes extremos: a) Que no son bienes demaniales; b) que no son bienes afectos a un servicio público; c) que, por tanto, no puede hablarse en modo alguno de concesiones administrativas de servicio público ni demaniales; d) que, por ello mismo, la figura nominada en el artículo 29 de la Ley de Reforma y Desarrollo agrario como concesión no es realmente una concesión administrativa; e) que tampoco es esencia de toda concesión administrativa la

«No se podrá sin autorización del Instituto, que sólo se concederá mediante causa justificada:

- a) Desafectar todos o algunos de los elementos inmobiliarios que integren una explotación familiar constituida o complementada por el Instituto.
- b) Agrupar o dividir dichas explotaciones o agregarles nuevos elementos inmobiliarios.
- c) Transmitir o gravar todo o parte de cualquiera de ellos. Los inmuebles adquiridos en sustitución de los enajenados quedarán, en principio, afectos a la explotación.
- d) Transmitir *inter vivos* la explotación.»

El segundo párrafo del articulado establece paralelamente una serie de excepciones.

La cuestión es clarísima: como se puede apreciar, instituciones de claro valor jurídico-privado no pueden funcionar o no tienen operatividad sin una autorización administrativa, en este caso, del Instituto. Y así, la transmisión de la propiedad o explotación necesita normalmente autorización del IRYDA.

transferencia de funciones públicas al concesionario, sino que, si bien esto es cierto en el caso de las concesiones de servicio público, no puede, en modo alguno, deducirse este aserto respecto de las concesiones demaniales y de otro tipo.

Ahora bien, si no es realmente una concesión administrativa, ¿de qué figura se trata? Es decir, ¿qué clase de relación jurídica une al presunto «concesionario» y al IRYDA?

Creemos que puede ser muy significativo traer a colación lo que señala el artículo 31 de la Ley del Patrimonio del Estado:

«Compete al Gobierno, a propuesta del Ministerio de Hacienda, disponer la forma de explotación de los bienes patrimoniales del Estado que no convenga enajenar y que sean susceptibles de aprovechamiento rentable.

La explotación podrá llevarse a cabo por la propia Administración del Estado, directamente, o por una entidad estatal autónoma, o conferirse a un particular mediante contrato.»

Puede, pues, encajar muy bien en este precepto la situación de que ahora tratamos. En todo caso, las relaciones entre el IRYDA y el llamado concesionario están sujetas a una serie de condiciones, requisitos y procedimientos que encajan en normas de Derecho administrativo. Se trata entonces de un contrato de explotación, entre el IRYDA, como detentador de la titularidad de la propiedad y el llamado concesionario a quien se le «concede» la finca para su explotación. En definitiva, es un contrato administrativo, si bien goza de cierta atipicidad. Es un contrato administrativo atípico. *Vid.* en este mismo sentido: *Contratos Administrativos Atípicos*, de Miguel MONTORO PUERTO, Escuela Nacional de Administración Pública. Madrid, 1969.

Incluso las explotaciones afectas a la llamada explotación familiar no se transmiten, en un primer momento, por un simple contrato de Derecho privado de compraventa, sino por una concesión administrativa, y posteriormente el mismo Instituto otorga la escritura pública de transferencia de la propiedad al concesionario que haya cumplido los requisitos legales fijados por la Administración. Pero existen más ejemplos:

- 2.º Se trata del caso de las unidades mínimas de cultivo, a que hacen referencia los artículos 43 y siguientes de la ley. El Gobierno fija por Decreto, a propuesta del Ministerio de Agricultura y previo cumplimiento de unos requisitos procedimentales, como son anteproyectos del IRYDA y demás informes de otros organismos, la extensión mínima de cultivo, y cuando se pretende remodelar o dividir la explotación aparece otro requisito administrativo, y entonces señala el artículo 44, en su apartado primero:

«La división o segregación de una finca rústica sólo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo.»

Esto quiere decir que, aunque también se señalan excepciones normalmente, tampoco se puede dividir una parcela libremente, sino que depende de los límites que la Administración señala en la fijación de unidades mínimas de cultivo.

- 3.º Otro ejemplo más, dentro también del régimen de unidades mínimas de cultivo, se refiere a la herencia, materia eminentemente propia de Derecho privado. Pues bien, el artículo 46 de la ley podría dejar perplejo al civilista más defensor de la libre autonomía de la voluntad si no fuera porque desde hace tiempo ha perdido su capacidad de asombro en este terreno. Dice así el mencionado precepto legal:

«La partición de la herencia se realizará, en todo caso, con respecto a lo establecido en el artículo 44, auri en contra de lo dispuesto por el causante» (58).

(58) Hay que reconocer que el civilista, desde hace medio siglo, está habituado a encontrar por doquier limitaciones a la autonomía privada, como eje central del Derecho civil. Ello no supone, como él bien sabe, crisis de la disciplina que profesa, sino transformación de un derecho individual y estático, propio de la codificación decimonónica y de los principios que la inspiraron, en un derecho social y dinámico, acorde con las exigencias de nuestro tiempo, que piden compaginar las necesidades de los particulares con las de la comunidad.

Las limitaciones de la autonomía privada se han puesto de relieve, fundamental-

El artículo 44, a que nos remite este último citado, es el que acogíamos en el ejemplo anterior.

A continuación sigue el artículo 46, estableciendo unos requisitos que desarrollan el apartado primero.

- 4.º Otro supuesto, dentro de esta línea de actuación que comentamos, se refiere a las grandes zonas de interés nacional, y dentro de éstas, al Plan General de Transformación de Zonas Regables.

El Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario fija un plazo para que los propietarios afectados o incluidos en un Plan manifiesten sus opciones sobre tierras o superficies afectadas por el mismo.

Se señala concretamente en el artículo 104, número 2, de la ley:

«Vistas las solicitudes, el Instituto dictará resolución, cuyo proyecto se publicará dentro del año siguiente a la aprobación del Plan de Obras, y precisará respecto de cada propietario:

- a) La extensión de sus propiedades en la zona.
- b) Las fincas o porciones materiales de fincas que deban ser exceptuadas.
- c) Las parcelas que proceda reservarle, conforme a las disposiciones de la ley y las contenidas en el Plan General.

mente, en otros ámbitos negociales (contratación, negocios del Derecho de Familia, constitución de derechos reales, etc.), pero han dejado casi intacta la voluntad privada del causante expresada en este importante negocio jurídico que denominamos testamento. Ultimamente las limitaciones empiezan a hacer acto de presencia, y con bastante frecuencia, en el campo del Derecho de Sucesiones. La idea está muy bien expresada por el Profesor A. HERNÁNDEZ GIL: «La sucesión por causa de muerte plantea problemas acerca de su justificación y alcance muy ligados al de la propiedad. Si es su gran aliada en orden a la hegemonía del poder individual, ha de serlo también a los efectos de su revisión crítica... Actualmente las limitaciones y afirmaciones sociales se han proyectado más sobre la propiedad y el uso de los bienes que sobre su disponibilidad *mortis causa*. El poder de la voluntad encuentra hoy su manifestación más cumplida en el testamento antes que en el contrato.

El proceso de socialización que ha irrumpido en tantos sectores del Derecho, todavía se muestra remiso ante la ordenación sucesoria. Sólo en la escala de lo familiar se han introducido limitaciones a través del sistema de las legítimas—de rai-gambre tradicional y bien ajeno a una ideología social—y modernamente mediante la protección de los patrimonios familiares y las unidades mínimas de cultivo (Leyes de 15 de julio de 1952, 2 de diciembre de 1952 y 15 de julio de 1954). El Estado, a propósito de la transmisión hereditaria, ha circunscrito su cometido al de una política fiscal. Llegará el día en que haya de afrontar el empeño de una política social en su sentido más propio...» (*Lecciones de Derecho Sucesorio. Resumen de explicaciones de Cátedra*. 2.ª ed. Madrid, 1971, págs. 17 y 18).

- d) La superficie que en su caso se le asigne, de acuerdo con los artículos 105 y 106.
- e) Las tierras en exceso que podrán ser objeto de expropiación y adjudicación al Instituto.»

En resumen, esto supone toda una configuración por la Administración de la propiedad, que queda así con carácter de vinculada.

- 5.º Este quinto supuesto o ejemplo está englobado en el título IV de la ley, que se refiere a Zonas de Ordenación de Explotaciones. Basta con poner de relieve, sin más comentario, lo que señala el artículo 129 en su apartado primero:

«El Decreto que acuerde la ordenación fijará el perímetro de la zona, las características sociales y económicas y límites máximo y mínimo de las explotaciones cuya constitución haya de promoverse, la orientación productiva y las actividades que dentro de los Planes Generales o Regionales de Desarrollo establecidos en el país deben fomentarse, así como las ayudas y estímulos autorizados por la ley que se concedan.»

Por no extendernos demasiado sobre este aspecto señalamos a continuación, únicamente a modo de pinceladas o sugerencias, los restantes puntos.

- 6.º «El Catálogo de Fincas Rústicas de Mejora Forzosa es un Registro administrativo dependiente del Ministerio de Agricultura, en el que se incluirán las fincas rústicas sujetas a un Plan Individual de Mejora de Ejecución Forzosa» (59).

- 7.º Arrendamiento forzoso:

- a) «El arrendamiento asumirá como obligación principal la de realizar el Plan Individual de Mejora en la misma forma y plazos que obligaban al propietario, y con los mismos beneficios y créditos a que el propietario tenía derecho.»

«El incumplimiento del Plan dará lugar a la sanción que corresponda, conforme al artículo 148, además de la indemnización de daños y perjuicios cuando proceda, y a la rescisión administrativa del contrato» (60).

(59) Artículo 150, núm. 1, de la Ley de Reforma y Desarrollo agrario.

(60) Artículo 157, apartado 1.º, de la Ley de Reforma y Desarrollo agrario.

- b) «La duración del contrato será fijada por la Administración, de tal manera que pueda llevarse a cabo la ejecución del Plan y quedar amortizado el costo de la inversión. En el caso de explotaciones agrícolas o ganaderas, la duración del contrato no podrá rebasar los doce años, salvo que por la ley resulte aplicable un plazo mayor. Cuando se trate de explotaciones forestales, el plazo de duración se ampliará hasta alcanzar el turno de explotación de la especie arbórea utilizada» (61).
- c) «Las bases y condiciones del contrato se fijarán por el Ministerio de Agricultura» (62).

8.º Todo lo relativo a Concentración Parcelaria (63), que está incluido en el título VI de la ley (64).

9.º Otras veces, la Administración aprehende figuras que en realidad son típicamente civiles, y que en esencia siguen siéndolo aun después de sufrir el intervencionismo administrativo. Pero lo significativo es que incluso así, la actuación de la Administración parece suponer que es ella misma la que permite el ejercicio de estas figuras, que son, repetimos, esencialmente pertenecientes al campo iusprivatista; da la sensación entonces de que es la Administración quien permite a los particulares o quien los habilita para ello.

En definitiva, se trata de significar aquí que el ejercicio de facultades iusprivatistas, que, en principio, pueden chocar con las de índole de Derecho público, se intercalan en el contexto jurídico-administrativo y parece como si, dentro de ese mismo contexto, la figura en sí—aquí es la permuta—se rodee de un halo de características jurídico-públicas. Aunque la figura sigue siendo iusprivatista, lo que queremos decir es esta intención pseudoius-publicadora sobre instituciones

(61) Artículo 157, apartado 2.º, de la Ley de Reforma y Desarrollo agrario.

(62) Artículo 157, apartado 3.º, de la Ley de Reforma y Desarrollo agrario.

(63) Prescindimos de un estudio concreto de las normas sobre Concentración Parcelaria por razones de espacio. De todas formas, es realmente una materia muy estudiada por la doctrina. Autores como SANZ JARQUE, BALLARÍN, VIDAL FRANCÉS, GARCÍA DE OTEIZA, GONZÁLEZ PÉREZ, etc., han dedicado cantidad de estudios a la consideración del tema desde prismas o aspectos diferentes. El reproducir aquí la extensísima bibliografía sobre el tema no tiene sentido.

(64) El artículo 171, en su apartado 1.º, de la Ley de Reforma y Desarrollo agrario establece de modo general que la Concentración Parcelaria se llevará a cabo por razón de utilidad pública en las zonas donde la propiedad rústica revista caracteres de extremada gravedad. La razón «utilidad pública» es paralela a las razones para la técnica de la expropiación. Son, pues, técnicas distintas, pero con finalidades iguales a nivel general.

civiles. Además, las condiciones para el ejercicio de estas posibilidades son fijadas desde el campo jurídico-público. Así se señala en la ley:

«El dueño de una o más fincas rústicas podrá exigir la permuta de las parcelas enclavadas en ella en las condiciones que determina el presente título» (65).

Se podrían entresacar más ejemplos insistiendo en esta idea de subordinación a las actividades administrativas de las técnicas o instituciones jurídicas propias del campo del Derecho privado.

Pero se trataba de ver algunos ejemplos que la ley acoge para poner de relieve, de acuerdo con el fondo de este trabajo, el aserto de que la actividad administrativa en temas de Derecho agrario no sólo no puede menospreciarse, sino que creemos se trata de una condición *sine qua non* para el estudio completo, racional y científico de lo que comúnmente se conoce hoy como Derecho agrario.

VI. CONCLUSIONES. INTENTO DE APROXIMACION AL CONCEPTO DE DERECHO AGRARIO

A lo largo de todo este estudio se han ido poniendo de manifiesto una serie de consideraciones que nos llevan a establecer, a modo de recapitulación final, unas conclusiones sobre el tema. Estas conclusiones, enunciadas ahora ya de un modo concreto, son las siguientes:

I. No se puede estudiar la problemática jurídica global, referente a lo que hoy conocemos como «Derecho agrario», sin un estudio paralelo y totalmente relacional de la propia actividad administrativa sobre este sector (66). De hecho, los antecedentes de la actual Ley de Reforma y Des-

(65) Artículo 261 de la Ley de Reforma y Desarrollo agrario en su apartado 1.º

(66) No queremos decir en modo alguno que el Derecho agrario sea Derecho administrativo, lo cual sería desconocer la realidad del Derecho agrario. Únicamente se pretende llamar la atención sobre los investigadores del campo ius-privatista acerca de un hecho que nos parece incóntrovertible y que, en sustancia, quiere decir o significar que el contenido de normas administrativas que inciden sobre el Derecho agrario lo hacen de tal forma que no puede hablarse de ninguna manera de simples limitaciones a la propiedad rústica o de simples autorizaciones administrativas. La intervención administrativa en este sector es más profunda y sus consecuencias son tan fundamentales que no cabe ya hablar de normas de derecho voluntario, o típicamente ius-privatistas con un caparazón superficial de publica-

arrollo Agrario vienen dados de una forma inèquívoca por la anterior actividad administrativa sobre este sector.

II. La intervención administrativa en el sector agrario viene dada por motivos de orden constitucional expresados en principios programáticos fundamentales, cuyo denominador común aglutinante bien pudiera ser el cumplimiento de la función social de la propiedad y la subordinación del interés particular al bien común general de la nación.

III. La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario es, además de un supuesto claro de Texto Refundido, una ley claramente administrativa, ya que en casi su totalidad va dirigida a establecer las competencias y posibilidades de actuación de la Administración, en general, y del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, en particular.

IV. Casi toda la intervención real de la Administración, a través de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, es reconducible a un título o finalidad común, plasmado en la intervención sobre el derecho de propiedad, en este caso de la propiedad rústica. Ello origina fenómenos de vinculación de dicha propiedad.

V. Esta intervención sobre la propiedad no excluye de ninguna manera otras intervenciones, sino que, por el contrario, la intervención administrativa, acogida en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, supone una gran complejidad de técnicas, instituciones, formas, actividades y procedimientos administrativos.

VI. En realidad, y fundamentado en el artículo 5.º de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, la Administración y, en concreto, el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, tiene abierto todo un abanico de posibilidades en orden a su actuación sobre materias agrarias que devienen como ilimitadas en la práctica.

VII. A través de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario queda patente que técnicas, instituciones jurídicas, formas y actividades pertenecientes en su origen al campo iusprivatista, especialmente al campo del

ción, sino de verdaderas normas de derecho necesario, público-administrativas en muchos ocasiones.

Efectivamente, este fenómeno no pasa inadvertido para la gran mayoría de los civilistas del Derecho agrario, pero quizá a la hora de programar estudios y realizar trabajos sobre el tema, estas consideraciones se olviden o pasen a segundos planos insignificantes.

Derecho civil, con ocasión precisamente de la intervención de la Administración sufren el fenómeno de su publicación. En otras ocasiones, el funcionamiento operacional de estas instituciones o técnicas jurídicas queda supeditado a una anterior o posterior intervención administrativa. El principio de la autonomía de la voluntad, típico del campo del Derecho privado, queda, pues, muy mermado y en entredicho, cuando no enteramente suprimido, por causa igualmente de la intervención de la Administración a través de sus diferentes organismos. Normas que antes eran de Derecho voluntario, se convierten ahora en normas de Derecho necesario.

VIII. La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario constituye el texto fundamental aplicable a la materia que podríamos subdenominar Derecho administrativo agrario (67).

IX. Todas estas conclusiones inciden de una manera primordial y absoluta en la conceptualización del Derecho agrario, lo cual nos dirige a las siguientes subconclusiones:

- a) El Derecho agrario es un Derecho especial (68).
- b) Pero el Derecho agrario no es un Derecho autónomo (69).
- c) El Derecho agrario, al ser fundamentalmente un Derecho perteneciente principalmente a dos disciplinas jurídicas, como son

(67) Por lo menos hasta el momento presente en que se realiza este trabajo. Este pequeño estudio lleva fecha de 20 de octubre de 1975 y hasta ahora realmente la Ley de Reforma y Desarrollo agrario es la ley básica específica de lo que entendemos por Derecho agrario, y dada su reciente publicación y el momento legislativo presente parece que seguirá siendo así; pero los juristas en general y de modo especialísimo los administrativistas, estamos acostumbrados a presenciar cambios en la normativización sobre parcelas propias de nuestra disciplina que se producen de la noche a la mañana y que en más de una ocasión lo que se está investigando como derecho positivo vigente ha pasado con velocidad supersónica a la consideración real de derecho histórico. Evidentemente, tarde o temprano habrá de realizarse la «reforma agraria», sustantivo y adjetivo que cada uno entiende de una manera especial, pero todo hace presumir que esta ansiadísima reforma no tiene visos de inmediatez máxime en los momentos presentes.

(68) La no autonomía y la especialidad del Derecho agrario son tesis mantenidas también por el Profesor DE LOS MOZOS. *Op. cit.*, págs. 25 y ss.

(69) Hoy por hoy negamos al Derecho agrario su pretendida autonomía. Algunos autores, sin embargo, distinguen varios niveles o clases de autonomía para poder englobar al Derecho agrario dentro de una de las clases de autonomía. Así, por ejemplo, F. de A. SANCHO REBULLIDA:

«A mi juicio, la solución que se adopte dependerá en definitiva, del concepto y requisitos que se exijan para reconocer autonomía a una rama del derecho. Si exigimos carácter excepcional respecto del tronco de procedencia, con propios principios incompatibles con los de aquél, principios que, inducidos y aplicados preferentemente a la norma extraña a través de la analogía *iuris*, en defecto de «ley propia» y «costumbre propia», habrá que rechazar la autonomía del Derecho agra-

el Derecho civil y el Derecho administrativo, necesita de un estudio interdisciplinar y de un tratamiento de conjunto realizado por investigadores provenientes de ambos campos del saber jurídico (70).

X. Es lícito pensar que dadas las actuales circunstancias y el futuro previsible de la actuación cada vez más acusada del Estado y, por ende, de la Administración hacia nuevos campos jurídicos, el Derecho agrario terminará por administrativizarse en gran medida (71) (72).

MIGUEL DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN

Profesor ayudante de Derecho administrativo.
Universidad de Salamanca

rio; ... Pero si limitamos la exigencia a la mera especialidad, es decir, a la existencia de principios propios no como fuente supletoria segunda, sino como inspiradores y orientadores de la ley y de la costumbre, principios coherentes entre sí y distintos, acaso, de los de otra rama o del tronco, pero no incompatibles con ellos, entonces habrá que reconocer autonomía al Derecho agrario.» («La Autonomía del Derecho agrario». *Revista de Derecho agrario*, tomo II, 1965, pág. 169.)

(70) En este sentido está por realizar en la doctrina un estudio general y al mismo tiempo específico efectuado de modo conjunto entre civilistas y administrativistas al menos.

En la realidad del Derecho agrario actual no deben existir posiciones antagónicas por naturaleza entre ambas partes de la investigación científica jurídica, aunque es necesario que, civilistas por un lado y ius-publicistas de otro, intenten huir de las consideraciones «clásicas» de sus respectivos derechos; así aquéllos deben dar otro enfoque menos classicista a fenómenos como el de la autonomía de la voluntad, prevalencia de la voluntad privada, etc., y éstos deben desechar la idea de considerar a la Administración como el Rey Midas, porque, aunque no resulte claro el encontrar casos concretos, no siempre que interviene la Administración en un sector determinado, éste se convierte automáticamente perteneciente al Derecho administrativo. Esta sería una posición subjetivista del Derecho administrativo, llevada a sus últimas consecuencias y, por tanto, desvirtuada y consecuentemente falsa. De todos modos hay que reconocer, por otro lado y sin que sea defensa a ultranza de la disciplina que uno profesa, que es realmente difícil que la Administración cuando actúa deje a un lado sus prerrogativas y poderes exorbitantes.

(71) Si fuera posible aplicar al proceso histórico y evolución del Derecho agrario la dialéctica hegeliana, diríamos que cabe distinguir en el Derecho agrario tres etapas: una primera etapa constituida como tesis en la que el Derecho agrario es eminentemente ius-privatista y esencialmente civilista y cuya etapa está ya cerrada; una segunda etapa constituida como antítesis en la que la intervención administrativa es y será casi total, y que es, precisamente, la etapa a la que asistimos, como etapa vigente; y finalmente, una tercera etapa constituida como síntesis en la cual el Derecho agrario, despojado y depurado de cargas de las etapas anteriores, dará por fin su verdadera medida y esencia y habrá de constituirse como una parte autó-

noma de la ciencia jurídica aunque siga íntimamente ligada tanto al Derecho público como al privado.

(72) Ya redactado completamente este trabajo, recibimos el número 5 de la Revista Española de Derecho Administrativo *Civitas*, en la que aparece un estudio del Profesor Sebastián MARTÍN RETORTILLO titulado «Derecho agrario y Derecho público».

Aunque este estudio nos llega tarde para haberlo tenido en cuenta a la hora de la redacción de nuestro trabajo, nos alegra enormemente ver cómo en alguna de las consideraciones que apuntamos y esbozamos en nuestro trabajo, tienen ahora su defensa en otras consideraciones que, abiertamente y sin tapujos sostiene con su autoridad científica indiscutible el Profesor Sebastián MARTÍN RETORTILLO.

Comienza el citado autor por afirmar que «el tratamiento científico que el Derecho agrario ofrece, permanece prácticamente osificado, un tanto al margen, con manifiesta y evidente insensibilidad para enjuiciar e incluso captar aquellos temas que entiendo son hoy básicos y condicionantes» (pág. 162).

Pone de manifiesto seguidamente cómo, no obstante ser reconocido por la doctrina en general, la interrelación de normas jurídico-públicas y jurídico-privadas en el sector del Derecho agrario, «en modo alguno se concreta después en el tratamiento que del mismo se ofrece» (pág. 165). Además, el Profesor MARTÍN RETORTILLO sugiere que el tema del Derecho agrario ha de ser observado desde nuevas bases: «En primer lugar, y la afirmación, aunque obvia, puede resultar un tanto sorprendente, entiendo que el tema de la titularidad de la tierra o el de su tenencia resultan en cierto modo accesorios o, al menos, no son ya los condicionantes». Y prosigue más adelante: «Es la ordenación global que del sector hace el Poder Público lo que resulta determinante» (pág. 167). Esta idea se completa con lo que el autor sostiene más adelante: «También el mismo tema de la tenencia de la tierra—independientemente de cuál sea el derecho que sobre ella se ejerza—se presenta hoy, tras un largo proceso histórico, con unos caracteres que es imposible comprender partiendo de categorías jurídico-privadas» (pág. 168).

Estamos, en definitiva, vieniendo a decir el Profesor MARTÍN RETORTILLO siguiendo a PUGLIATTI, ante la afirmación de que el derecho de propiedad sólo existe en cuanto a su reconocimiento y protección en la medida en que el interés público determine su alcance y límites.

Pone luego de relieve el Profesor citado que en el sector agrario aparecen con nitidez técnicas de planificación típicamente administrativa, amén de otras técnicas que en definitiva presentan «un complejo sistema establecido por la Administración... y en el que concurren las más diferentes y conocidas técnicas de actuación administrativa» (pág. 167).

Termina el autor expresándose rotundamente acerca del problema en los definitivos términos siguientes:

«Sólo entendiendo el Derecho agrario como el derecho de un sector directamente ordenado por la Administración puede alcanzarse esa necesaria adecuación a la realidad jurídico-positiva ya establecida, a la que aludí al comienzo, y sólo así, además, pueden hacerse efectivos esos valores jurídico-materiales que de modo tan permanente se señalan como caracterizadores del Derecho agrario» (pág. 175).

La sociedad en constitución

Trabajo destinado a los «Estudios homenaje
al profesor Rodrigo Uría»

SUMARIO: 1. *Interés del tema.*—2. *Delimitación del concepto de sociedad en constitución:* 2.1. Diferenciación de la sociedad irregular. 2.2. Diferenciación del procedimiento de constitución. 2.3. Diferenciación del precontrato o promesa de sociedad.—3. *La sociedad en constitución en el Derecho comparado:* 3.1. Líneas generales de su regulación. 3.2. Concepciones doctrinales.—4. *La sociedad en constitución en la legislación española:* 4.1. El Código de Comercio. 4.2. Las Leyes de sociedades anónimas, de sociedades de responsabilidad limitada y de cooperativas. 4.3. El Anteproyecto de Ley de sociedades anónimas de la Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia.—5. *Régimen positivo actual de la sociedad en constitución en nuestro ordenamiento:* 5.1. Delimitación temporal del período de sociedad en constitución. 5.2. Los gestores de la constitución de la sociedad: 5.2.1. Concepto de gestores. 5.2.2. Actuación contractual de los gestores. 5.2.3. Responsabilidad de los gestores derivada de esta contratación. 5.2.4. Concepto y régimen jurídico de los «actos necesarios». 5.2.5. Concepto y régimen jurídico de los contratos estipulados en nombre de la sociedad en constitución. 5.3. Régimen de las aportaciones sociales durante el período de sociedad en constitución. 5.4. La transmisión de las participaciones sociales en período de sociedad en constitución.—6. *Conclusiones.*

1. INTERES DEL TEMA

En el estudio de las sociedades mercantiles cabe distinguir dos tipos de temas: los referidos a la estructura, organización y características de la sociedad y los referidos a su dinámica. Desde este segundo punto de vista en la vida de la sociedad destacamos una serie de momentos o trances que plantean una sugestiva problemática a la doctrina, dada la presencia de numerosos intereses que deben ser protegidos. Por orden cronológico, tales trances serían: la sociedad prometida, proyectada o sociedad en proyecto; la sociedad en constitución; la sociedad irregular; el procedimiento legal de constitución; las modificaciones sociales (de

estatutos en sentido estricto, transformación, fusión, escisión); la disolución; la liquidación, y la extinción de la sociedad. Estos fenómenos se estudian principalmente en relación con la Sociedad Anónima, pero debe hacerse un esfuerzo por obtener una teoría general, en la medida de lo posible. Teniendo en cuenta para ello que los distintos tipos sociales pertenecen a una misma «familia» (de modo que, por ejemplo, la ley permite el fácil paso de uno a otro mediante la transformación) y que muchos de los problemas que plantean responden a la nota común con otras organizaciones jurídicas de servir de forma de organización a una empresa. Esto ocurre en el régimen de la sociedad en constitución. De ahí que omitamos en el título el término «mercantil» para poder incluir sin inconveniente a las Cooperativas (que, en rigor, en nuestra opinión, ni son sociedades ni son mercantiles) e incluso dejar abierta esta teoría para su posible aplicación a la constitución de empresas bajo otras formas jurídicas actuales de empresa, como la fundación, y otras que puedan establecerse legalmente en el futuro. No en balde los problemas aquí estudiados vienen referidos, en la doctrina comparada, no sólo a la Sociedad Anónima y Sociedad de Responsabilidad Limitada u otras sociedades mercantiles, sino, en general, a la «persona jurídica en formación» (1).

El tema de la sociedad en constitución o en formación se enclava en el centro de una amplia problemática, que comprende fundamentalmente las siguientes cuestiones:

1.^a ¿Es el contrato de sociedad mercantil un contrato formal o, tanto en las sociedades personalistas como en las capitalistas, nace con el mero consentimiento, si bien para su plena eficacia, tanto interna como externa, precisa el otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el Registro Mercantil? ¿O, como hace la doctrina española, hay que distinguir según se trate de sociedades personalistas, cuyo «acto constitutivo» sería consensual, y las capitalistas, en las que sería formal?

2.^a El Código de Comercio español, en sus artículos 117 a 120, que tienen o, al menos, tenían, al ser promulgados, por destinatarios a todas las sociedades mercantiles, ¿regula el supuesto de sociedad irregular? ¿O más bien regula el supuesto de sociedad en constitución, de modo que la aplicación de estos preceptos, al menos directamente y no por analogía, a la sociedad irregular resulta inadecuada?

(1) BÜTTER, H.: *Identität und Kontinuität bei der Gründung juristischen Personen*, Bielefeld, 1967; AURICCHIO, «La cosiddetta rappresentanza di persona giuridica futura», en *Dir. e Giurisprudenza*, 1960, 540 ss. En relación con la cooperativa, TROLLER, P.: *Betrachtungen zur Gründung der Genossenschaft mit spezieller Berücksichtigung der rechtlichen Verhältnisse während der Gründungszeit*, Bâle, 1947.

Entre nosotros, IGLESIAS CUBRÍA, M.: *Los derechos patrimoniales eventuales*, Oviedo, 1961, I, 313 ss.

3.^a Cuando preceptos como los artículos 120 del Código de Comercio, 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas, 6.º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 41 de la Ley de Cooperativas (al igual que sus paralelos de la legislación comparada) imponen una responsabilidad a los gestores frente a los terceros con quienes contratan en nombre de la sociedad en constitución, ¿establecen una solución que es justa y aplicable en cualquier supuesto de contratación?, ¿o habrá que discriminar, aplicándolos o no, según las circunstancias en que se celebraron tales contratos?, ¿cuál es, pues, el presupuesto, naturaleza y consecuencias de esta responsabilidad?

4.^a ¿Puede fijarse el comienzo de las operaciones sociales (y con él, el fin del período de sociedad en constitución) en un momento anterior a la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, apoyándose en el artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas, sin alterar el régimen de responsabilidad limitada de los accionistas, de los socios de una Sociedad de Responsabilidad Limitada, de una Cooperativa de Responsabilidad Limitada o de una Comanditaria, en su caso?

5.^a ¿Cuál es el régimen de las aportaciones sociales, total o parcialmente desembolsadas, hasta el momento de la inscripción de la sociedad? ¿Pueden ser objeto de transmisión las participaciones sociales antes de la misma?

El tema es interesante porque constituye un buen ejemplo de la complejidad del Derecho y del pensar jurídico, así como de la insuficiencia de la ley para resolver todos los problemas (2), y por ello mismo exige un riguroso planteamiento metodológico. Como veremos, ante un

(2) Como dice el Profesor URÍA, «el tratamiento que nuestras leyes especiales sobre S. A. y S. R. L. ofrecen de la sociedad en constitución... evidentemente no es, ni mucho menos, perfecto» («Las Sociedades y el Registro Mercantil», en *Curso de conferencias sobre Registro Mercantil*, Centro de Est. Hipotecarios, Madrid, 1971, 194), y CÁMARA afirma, con razón, que es «uno de los aspectos más defectuosamente regulados por las leyes especiales» (*Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1972, tomo I, vol. 1.º, 139). Es difícil suscribir hoy la opinión del Profesor GARRIGUES de que artículo 7.º L. S. A., haya respetado las «exigencias de la realidad» (*Comentario a la L. S. A.*, Madrid, 1952, I, 175, y 3.ª ed., 1976, 188, con la colaboración del Profesor Manuel OLIVENCIA y de los discípulos de éste, Profesores G. JIMÉNEZ SÁNCHEZ y R. ILLESCAS ORTIZ (a partir de ahora, citado simplemente por GARRIGUES..., 3.ª ed.)).

Pero también similares preceptos, en Derecho comparado, han originado graves dificultades de aplicación. Así, FLECK ha podido hablar del «espinoso camino» recorrido por la jurisprudencia alemana en la interpretación de los artículos 41-1.º AKTG y 11-2.º GmbHG («Die neuere Rechtsprechung des BGH. zur Vorgesellschaft und zur Haftung des Handelnden», en *ZGR*, núm. 4/1975, 212), y lo mismo vemos en otros ordenamientos. Así, respecto a la aplicación del artículo 5.º de la LSC francesa, ver los encontrados comentarios a la jurisprudencia en MERLE, Ph., y CHEVALLIER-MERLE, E., «L'application jurisprudentielle de la Loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales», París, 1976, quienes afirman que «el artículo 5.º es uno de los textos más controvertidos de la nueva legislación» (pág. 17).

problema de la vida—la promoción, en las mejores condiciones posibles, de una futura empresa—no bastará con aplicar mecánicamente la ley, sino que, dadas sus deficiencias, habrá que interpretarla, investigando el supuesto de hecho que tuvo en cuenta el legislador e intentando resolver de manera justa los problemas actuales, de acuerdo con los intereses en presencia (los cuales, por hipótesis o postulado jurídico insoslayable, deben constituir también el objeto de atención de la vieja norma).

2. DELIMITACION DEL CONCEPTO DE SOCIEDAD EN CONSTITUCION

La sociedad en constitución o en formación es la situación jurídica que se produce como consecuencia de un contrato de sociedad («acto constitutivo») que, otorgado o no en escritura pública, aún no ha desplegado sus plenos efectos, tanto internos como externos (3). Qué efectos despliega, cuál es su régimen, he aquí la cuestión.

En principio, seguimos la doctrina española mayoritaria, que interpreta que en las sociedades colectivas y comanditarias el requisito de forma—escritura pública—se exige sólo *ad irregularitatem*, es decir, como instrumento para la inscripción registral y la obtención de los beneficios de esta publicidad legal frente a terceros (4), y que, por tanto,

(3) Con rara unanimidad, la doctrina ha visto desde muy pronto en los artículos 117 a 120, Código de Comercio, la normativa de la sociedad irregular y no de la sociedad en constitución. Así, BENITO ENDARA, L., *Manual de Derecho Mercantil*, 1.ª ed., Madrid, 1929, III, 217 ss.; GONZÁLEZ ECHAVARRI, J. M., *Comentarios al C. de Comercio*, 2.ª ed., Valladolid, 1930, II, 191 ss.; GAY DE MONTELLÁ, R., *Código de Comercio español comentado*, Barcelona, 1936, II, 51 ss. Igualmente, la doctrina reciente (ver notas 14 a 16). Una cierta duda apunta en GARRIGUES («Teoría general de las sociedades mercantiles», *R.D.M.*, núms. 132-133, 1974, 229): «La denominación de sociedad irregular no aparece en el C. de Comercio, mas la falta del doble requisito ha creado en la doctrina de los autores y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo la imagen (subrayado nuestro) de la sociedad mercantil irregular» (texto reproducido en el *Curso de Derecho Mercantil*, I, 7.ª ed., 1975, revisada por A. BERCOVITZ, 338). Más bien, diríamos, que los artículos 117-120 han creado la ilusión de que allí esté regulada la sociedad irregular.

Por el contrario, la doctrina sólo «ve» regulada la sociedad en constitución en la L.S.A. y otras leyes especiales: GARRIGUES, «Teoría general», cit., 237-239; GIRÓN, *Derecho de S.A.*, Madrid, 1952, 162, 6, 165; CÁMARA, ob. cit., 114 ss.; URÍA, «Las sociedades...», 192.

(4) RODRÍGUEZ ALTUNAGA, *Derecho Mercantil*, Madrid, 1917, 74 ss.; ALVAREZ DEL MANZANO-BONILLA-MIÑANA, *Tratado de Derecho Mercantil español comparado con el extranjero*, Madrid, 1916, II, 620 y 632; GAY DE MONTELLÁ, *Código de Comercio español comentado*, Barcelona, 1936, II, 69-70; GARRIGUES, *Tratado de Derecho Mercantil*, I, 1.ª, Madrid, 1943; 1951; *Comentario a la L.S.A.*, Madrid, 1952, 150; «Teoría general...», cit., 233, y «Curso», cit., 297; LANGLE, *Manual de Derecho Mercantil español*, Madrid, 1954, I, 409; GIRÓN, «Las sociedades irregulares»,

la escritura de constitución no es un requisito *ad solemnitatem* o indispensable para la existencia del contrato de sociedad como tal. Ello no obstante, forzoso es reconocer que esta interpretación se basa más bien en datos externos a los artículos 117 a 120 del Código de Comercio. De la estricta interpretación de los mismos podría igualmente desprenderse la conclusión de que el contrato de sociedad mercantil (para todos los tipos sociales contemplados en el Código) es formal (5), ya que el artículo 117 se limita a reconocer validez y obligatoriedad recíproca a los pactos estipulados por los fundadores, que les obligan internamente a cumplir los requisitos para la constitución de la sociedad. En efecto, como se ha advertido por la mejor doctrina (6), la expresión «cualquiera que sea su forma» del artículo 117 no puede referirse a la «forma» de constitución, sino a la «forma de organización» o tipo social. Es decir, que expresa el carácter común de la norma, por aplicable a todas las sociedades mercantiles, y no la naturaleza consensual del contrato de sociedad mercantil. Nos encontraríamos entonces ante un contrato preliminar o promesa de contrato de sociedad, cuya ejecución, la efectiva estipulación del contrato de sociedad, habría de otorgarse necesariamente en escritura pública. Sin embargo, aun dentro de esta perspectiva,

ADC, IV, fasc. IV, 1291 y en sus *Estudios de Derecho Mercantil*, Madrid, 1955, 125 ss. (de donde tomaremos las citas) y en *Derecho de sociedades*, Madrid, 1975, I, 227 ss.; URÍA, *Las sociedades...*, 198 ss., y *Derecho Mercantil*, 11.ª ed., 1976, 124-125; POLO DÍEZ, «Comentario a la Sentencia de 14 de febrero de 1945», RDP, 1945; BROSETA, *Manual de Derecho Mercantil*, 3.ª ed., Madrid, 1977, 157; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 6.ª ed., Valladolid, 1976, 132. El Tribunal Supremo sentó una jurisprudencia bastante uniforme, reconociendo efectos obligacionales a la sociedad constituida por el mero consentimiento o en documento privado: SS. de 10 de noviembre de 1890, 14 de noviembre de 1890, 24 de enero de 1900 (respecto a una SA), 2 de diciembre de 1902 (*Col. Leg.*, tomo 12, 611 ss.), 27 de diciembre de 1905, 4 de abril de 1921 (*Col. Leg.*, tomo 71, 10 ss.), 2 de enero de 1928 (*Col. Leg.*, tomo 98, 67 ss.), 12 de mayo de 1932, 14 de febrero de 1945 (Cfr. POLO, A., *Leyes merc. y ec.*, I, 609 ss., y RODRÍGUEZ NAVARRO, «Jurisprudencia mercantil», relativa a los arts. 117 y ss.). También las más recientes de 13 de noviembre de 1953, 23 de marzo de 1954, 21 de diciembre de 1955, 17 de diciembre de 1956, 12 de marzo de 1958, 2 y 12 de mayo, 4 de julio y 21 de octubre de 1959, 11 de marzo y 7 de octubre de 1961, 21 de noviembre de 1969 (GARRIGUES, 3.ª edición, I, 160).

(5) En este sentido, BENITO ENDARA, ob. cit., 215, aun criticando la solución legal y reconociendo ciertos efectos a las sociedades irregulares. También la S. del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1930. La S. del TS de 30 de noviembre de 1972 ha afirmado que la inscripción es constitutiva para todas las sociedades mercantiles. Relativiza la importancia de estas decisiones GIRÓN, *Derecho de sociedades*, 241. También URÍA (*Der. mercantil*, 124) parte de una interpretación formalista del contrato, para recoger luego la corrección doctrinal y jurisprudencial de esta calificación.

(6) GARRIGUES, *Comentario...*, 1.ª ed., I, 150, y 3.ª ed., I, 159; URÍA, *Derecho Mercantil*, 125, donde dice: «no parece lícito sacar la conclusión de que el artículo 117 haya querido dar validez a efectos internos al contrato de sociedad no elevado a escritura pública».

habría que concluir que, al menos *inter partes*, en base al artículo 117, la promesa de sociedad debería producir los mismos efectos que el contrato efectivo (o «acto constitutivo») de sociedad (7).

El valor vinculante del consentimiento en la estipulación de un contrato de sociedad constituida para desarrollar una actividad mercantil o industrial expresado sin la forma de escritura pública, se fundamenta por la doctrina en las siguientes razones: *a)* En los artículos 117 y siguientes del Código de Comercio, interpretados de acuerdo con la E. de M., y el espíritu liberal del Decreto de Bases de 1869 para la redacción del Código, que suponen una innovación sustancial con respecto al régimen del Código de Comercio de 1829 en la materia. *b)* En las diversas consecuencias que, según los casos, se siguen de la falta de requisito de forma exigido en el Código de Comercio (interpretación del art. 52). *c)* En el régimen de la publicidad registral, en protección de los terceros de buena fe, y en la naturaleza, en principio meramente declarativa, salvo disposición expresa, de la inscripción en el Registro Mercantil (interpretación de los arts. 23, 24 y 29 del Código de Comercio). *d)* En la doctrina científica y—en parte—jurisprudencial sobre las sociedades irregulares, que se califican como válidas y existentes y con capacidad para estipular contratos válidos y demandar y ser demandadas, aun cuando no se hayan otorgado en escritura pública (las «sociedades irregulares de segundo grado», en expresión de UTANDE y antes de BENITO ENDARA).

Con respecto a la Sociedades Anónimas y Sociedades de Responsabilidad Limitada, que mientras les fue aplicable el Código de Comercio, si se ha de seguir la doctrina mayoritaria, nacerían por el mero consentimiento, aunque sufriendo los inconvenientes de la falta de publicidad

(7) Sobre los efectos de la promesa de sociedad, ver STEIGER, F., «Pactum de ineunda societate (Vorgründungsvertrag)», en *La società per azioni alla metà del sec. XX. Studi Sraffa*, 1961, II, 711 ss.; GIRÓN, *Derecho de S. A.*, 89. Entre nosotros, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1950 que admitía el otorgamiento de escritura pública de venta por el juez en sustitución del promitente rebelde supuso una renovación de los estudios sobre promesa del contrato. Ver en especial CASTRO, «La promesa de contrato, algunas notas para su estudio», *ADC.*, 1950, 133 ss., y Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1970, 1.º, 205 ss. Según esta doctrina, muy fundadamente, si el contrato de sociedad fuese formal, no cabría admitir una promesa de contrato de sociedad otorgada sin el requisito de forma, pues sería tanto como admitir el fraude a la ley, al obtener la validez y exigibilidad del contrato sin cumplir la forma (DÍEZ PICAZO, ob. cit., 213). Por lo demás, el TS, en SS de 9 de julio de 1940 y 16 de abril de 1941 entendió que la promesa de sociedad como «pactum de contrahendo» no podía ejecutarse mediante intervención del juez. En la primera sentencia, no obstante, al carácter «personalísimo» de la obligación el TS añadía el de «específicamente indeterminada», por no haberse previsto el tipo social a constituir (*Rep. Ar.*, 1940/691) lo que sitúa el supuesto fuera de la promesa de sociedad en sentido estricto, pudiendo calificarse como mero «pacto o trato previo». Sobre el tema ver también DÍEZ-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, 2.ª ed., 1973, I, 348 ss.

(lo que nos merece evidentes reservas), la doctrina actual sostiene unánimemente, en base a los artículos 6.º de la Ley de Sociedades Anónimas y 5.º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que el contrato no existe en tanto no se otorgue la escritura de fundación y se inscriba en el Registro Mercantil. O sea, que se afirma que el primero o ambos requisitos, en relación con las sociedades capitalistas, son *ad solemnitatem* (8). Sin embargo, tampoco esta tesis es absolutamente indiscutible. Los artículos 6.º de la Ley de Sociedades Anónimas y 5.º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada sólo dicen que la personalidad jurídica se origina como consecuencia de la inscripción. No dicen expresamente que antes de ese momento o del otorgamiento de escritura no exista contrato de sociedad (con los efectos queridos por los contratantes o presumidos por la ley). Así, podría afirmarse que el artículo 19 de la Ley de Sociedades Anónimas regula un supuesto de perfección del contrato de sociedad antes del otorgamiento de escritura, mediante la sucesiva adhesión de los suscriptores al Programa de Fundación: un supuesto de formación sucesiva de los contratos (9). En tal caso, el artículo 6.º de la Ley de Sociedades Anónimas no diría más de lo que ya decía el artículo 119 del Código de Comercio para todos los tipos sociales, y el artículo 19 de la Ley de Sociedades Anónimas sería una especie de «aplicación» o paralelo del 117 del Código de Comercio.

(8) GARRIGUES, *Comentario...*, 1.ª ed., I, 152, y 3.ª ed., 161 y ss., y «Teoría general...», 236-238, donde dice que: «Todo contrato de S. A. que no adopte la forma de escritura pública tendrá la consideración jurídica de un pacto preparatorio»; y que «mientras la inscripción no se produce existirá una relación de sociedad difícil de calificar (sic), pero no habrá ninguna S. A. ni regular ni irregular... sólo (de) sociedad regular en período de fundación»; GIRÓN, *Derecho de S. A.*, 91; RUBIO, *Curso de Derecho de S. A.*, 3.ª ed., Madrid, 1974, 168 y 205; URÍA, *Der. Mercantil*, 125-126 y 189-192; CÁMARA, ob. cit., 310 y 369; BROSETA, 201-202; SÁNCHEZ CALERO, 170; VELASCO ALONSO, *La L. S. A. Anotaciones y concordancias*, Barcelona, 3.ª ed., 1974, 65; RODRÍGUEZ, *Tratado de Derecho de S. A.*, México, 1959, I, 25.

(9) GARRIGUES, *Comentario...*, 1.ª ed., I, 227, y 3.ª ed., 294, y antes, 205-207, califica el contrato de suscripción de acciones como un «contrato sui generis» que «no puede confundirse con el de sociedad. Es más bien un contrato preparatorio de éste. La sociedad no se constituye... sino por el otorgamiento de escritura pública de constitución». En el mismo sentido VELASCO, ob. cit., 129. GIRÓN, *Derecho de S. A.*, 122 ss., por el contrario, afirma que «realizadas las aceptaciones (de las suscripciones)... el negocio privado de organización está perfecto... (si bien) esta perfección no implica la adquisición definitiva de la condición de socio».

Creemos, en efecto, que la suscripción de las acciones constituye en la fundación sucesiva el «negocio fundacional» o «acto constitutivo» de la sociedad. Sobre el concepto de acto constitutivo, ver CÁMARA, «Estudios...», 351, quien, sin embargo, dice que en la fundación sucesiva se emite en momentos distintos, lo que nos parece defendible. La posible modificación de los Estatutos por la J. Constituyente, por unanimidad de los presentes, parece partir de la aceptación o sumisión inicial anticipada del suscriptor (así, GIRÓN, *Derecho de S. A.*, 130).

Dejando, pues, de lado estas cuestiones previas, podemos volver al tema de la sociedad en constitución. Es una situación temporal que atraviesa la sociedad antes de su inscripción, que viene determinada o definida por las siguientes circunstancias: 1.^a La existencia de un contrato de sociedad («acto constitutivo») que, aun ya perfeccionado, no ha desarrollado sus plenos efectos. 2.^a La producción de algunos efectos derivados de aquél, entre ellos la designación o nombramiento de unos gestores encargados de la constitución, con facultades especificadas negocial y legalmente, y la constitución de un depósito con las aportaciones dinerarias o de bienes muebles realizadas de inmediato por los contratantes a la sociedad. 3.^a La presencia de una pluralidad de intereses que la ley y su adecuada interpretación deben proteger, a saber: los intereses de los socios, que han encargado a los gestores la realización de todas las formalidades conducentes a la constitución del tipo social proyectado; los intereses de los terceros, que no deben verse sorprendidos en su buena fe contratando con pretendidos representantes de una sociedad inexistente; los intereses de los gestores, que, por el contrario, si actúan lealmente, no deben sufrir ningún perjuicio en su gestión, y, por último, los intereses de la futura sociedad, contemplada en tanto que es una empresa, la cual los socios y la comunidad en general desean ver en pronta y rentable explotación.

Así definida la sociedad en constitución, debe ser cuidadosamente diferenciada, para su mejor comprensión, de otros supuestos.

2.1. DIFERENCIACIÓN DE LA SOCIEDAD IRREGULAR

La sociedad en constitución se distingue de la sociedad irregular en sentido propio, o sea, la sociedad mercantil por su objeto publicada a los terceros de hecho y no por el Registro Mercantil (que no hay que confundir con la sociedad oculta o interna, contemplada por el art. 1.669 del Código civil), atendiendo a la voluntad y conducta de los socios fundadores. En la sociedad irregular, los socios, en su totalidad o en parte, rebeldes o al margen de la voluntad del legislador de que se cumplan determinadas formalidades, deciden iniciar las operaciones sociales sin proceder a la previa inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil (10). Los efectos de esta voluntad (atípica, si no contraria,

(10) GIRÓN, *Derecho de S. A.*, 230-231, quien precisa mucho más, exigiendo como requisitos: 1.º) que se trate de tipos sociales mercantiles; 2.º) que actúen en el tráfico como sociedades; 3.º) que no se hayan inscrito; 4.º) que no sean S. A. ni S. R. L. No vemos justificación a este último requisito, pues, en realidad, la sociedad irregular tampoco es, en rigor, ni una Colectiva ni una Comanditaria, lo que impide, como veremos, la «conversión» total en Colectiva; y, por otro lado, la

a la hipótesis contemplada por el legislador en los arts. 117 y sigs. del Código de Comercio) han sido muy debatidos, tanto en Derecho comparado como en Derecho español.

En Francia, la jurisprudencia y la doctrina crearon la doctrina de las sociedades irregulares o de hecho, con el fin de mitigar los injustos efectos de la nulidad absoluta y retroactiva de la sociedad y de los contratos estipulados por ella con terceros, consecuente al incumplimiento de los requisitos formales de constitución (11). Aun llegando con ella a una construcción dogmáticamente tan incomprensible que nó en balde maravillaba a BONELLI (12).

En Italia, en torno a los artículos 98 y 99 del Código de Comercio de 1882 (13) (que, en nuestra opinión, no quedaba claro si regulaban la sociedad en constitución o la sociedad irregular), los más grandes juristas elaboraron una doctrina muy polémica y contradictoria, que constituye uno de los ejemplos más sorprendentes de la ineficacia de un pensar jurídico que descuida el riguroso planteamiento o investigación previa del supuesto de hecho de la norma (14). Así, al extrapolar solu-

exigencia de responsabilidad personal y solidaria puede exigirse a los socios que inician operaciones antes de inscribir una S. A. o S. R. L. (así, URÍA, «Las sociedades...», 202 ss.).

(11) HÉMARD, *Théorie et pratique des nullités de sociétés de fait*, 2.^a ed., París, 1926; HAMEL-LAGARDE, *Traité de droit commercial*, París, 1954, I, 557. Tanto el artículo 42 del Código de Comercio francés como el artículo 56 de la Ley de Sociedades Mercantiles de 1867 exigían el depósito de la escritura en el Tribunal de Comercio y a partir de 1919 la inscripción en el R. M. bajo pena de nulidad respecto de los interesados; nulidad que no podrá oponerse por los socios a los terceros. La nueva Ley de 1966 ha suprimido esta sanción y prevé diversos remedios (ver GARRIGUES, «Teoría general...», 229, nota 69; HÉMARD, J., TERRÉ, F. y MABILAT, P., *Sociétés commerciales*, París, 1972, I, 171 ss.; TEMPLE, H., «Les sociétés de fait». LGDJ, París, 1975, prefacio de J. CALAIS-AULOY; RIVES, G., «Le sort des sociétés de fait depuis la réforme des sociétés commerciales», RTDC, 1969, 407 ss.; y MERLE y CHEVALLIER-MERLE, ob. cit., 18 ss.

(12) BONELLI, «Sulla teorica delle società irregolari», RDC, 1906, I, 9 y ss.; cita recogida por GARRIGUES en *Teoría general...*, loc. cit.

(13) Los artículos 98 y 99 del Código de Comercio italiano de 1882 fueron denunciados como «vivo documento de las graves incertidumbres e incluso contradicciones que se encuentran en los trabajos preparatorios...; tanto es así que aquellos artículos han constituido y constituyen el tormento de los escritores y de los magistrados, empeñados en asir el sistema que parece escapárseles» (NAVARRINI, «Delle società e delle associazioni commerciali», en *Commentario al Codice di Commercio*, Bibl. Giuridica Contemp., II, 183). También FRE («Società per azioni», en *Commentario al Codice Civile*, Scialoja-Branca, 4.^a ed., 1972, 92) nos recuerda el artículo 98 como «una de las normas más oscuras de nuestra legislación...», originando incertidumbres que el artículo 2.231 del Codice Civile, según él, ha eliminado al conceder sólo efecto constitutivo a la inscripción de la sociedad.

(14) La bibliografía italiana es tan abundante en la materia que no puede recogerse en este trabajo. Las aportaciones doctrinales más clásicas (ERRERA, VIDARI, VIVANTE, MARGHERI, BONELLI, SRAFFA, MANARA, BOLAFIO, etc.) fueron recogidas por NAVARRINI, ob. cit., 193 y ss. Tras el C. Civile (a pesar de su art. 2.231) ha seguido

ciones legales sólo comprensibles para la situación de sociedad en constitución a la sociedad irregular, no se comprende, por ejemplo, la tesis de que la responsabilidad de quienes contratan en nombre de la sociedad futura sea una responsabilidad añadida a la de los socios (BONELLI, MANARA, MARGHERI), lo que no viene expresamente establecido en el Código, si no se aclara (en contra de la que parece ser la hipótesis legal) que los socios han consentido en dicha contratación. Como tampoco se comprende que se trate de una responsabilidad subrogada o en sustitución de la responsabilidad de los socios, diciendo, sin embargo, que los socios no pueden oponer la irregularidad frente a los terceros (BOLAFFIO, NAVARRINI), pues en tal caso lo lógico es que el Código hubiese establecido, y expresamente, la responsabilidad de los socios junto a la de los estipulantes o gestores, o bien exclusivamente la de aquéllos.

Por último, por referirnos a los ordenamientos continentales de mayor influencia, en Alemania, la falta de inscripción sólo tiene trascendencia en las sociedades con personalidad jurídica (no en la colectiva y comanditaria simple). La realización de actividades por parte de una sociedad por acciones (AktG o Kom.AktG) o por parte de una Sociedad de Responsabilidad Limitada (GmbH) no inscrita dan lugar a la sociedad de hecho (15).

En España, la doctrina de las sociedades irregulares se ha venido elaborando sobre el pie forzado de la suposición de que los artículos 117 a 120 del Código de Comercio se ocupan de esta materia. En consecuencia, la doctrina de la sociedad irregular en España es también polémica, confusa y contradictoria. Podemos distinguir tres tendencias interpretativas bastante claramente diferenciadas:

1.^a La de quienes consideran que la aplicación directa de los artículos 117 a 120 del Código de Comercio a la sociedad no constituida con los requisitos legales conduce a las siguientes consecuencias: a) la sociedad carece de personalidad jurídica; b) los contratos estipulados en su nombre son nulos (art. 118, interpretado «a contrario»); c) frente a los terceros contratantes responden sólo, personal y extracontractualmente, los gestores que estipularon los contratos (16). Estas soluciones,

preocupando el tema de la sociedad de hecho. Por todos, ver ALTIERI, F., «Società di fatto, criteri vecchi e nuovi», *Riv. dir. fall.*, 1950, II, 262 ss. y «Ancora sulla così detta "esteriorizzazione" della società di fatto», *Riv. dir. fall.*, 1963, II, 400 ss.; ARNABOLDI, F., «Alcuni aspetti del problema delle società irregolari di persone e della loro disciplina», *Riv. società*, 1956, 474 ss.; LANZA, A., «La regolarizzazione delle società irregolari», *Riv. società*, 1959, 925 ss. Ver también nota 21

(15) GIRÓN, «Derecho de sociedades», 236-237.

(16) BENITO ENDARA (*Manual*, 217 ss.) distingue los supuestos de sociedad otorgada en escritura, pero no inscrita, y sociedad no otorgada en escritura. Con respec-

entendidas como régimen jurídico de la sociedad irregular, evidentemente resultan poco satisfactorias y están en contradicción con el régimen elaborado doctrinalmente en otros países europeos, en base a la noción de «sociedades de hecho». Y, sin embargo, hay que reconocer que esta doctrina constituye la mejor interpretación de los artículos 117 y siguientes. La más «normal». Lo que resulta insatisfactorio es trasladar el régimen de la sociedad en constitución, previsto en dichos artículos (establecido en protección, tanto de los socios como de terceros), a la sociedad irregular, en la que los socios no merecen ser protegidos.

2.^a Una segunda dirección, acogida pronto en la jurisprudencia, aun partiendo de la aplicabilidad de los artículos 117 y siguientes al supuesto de sociedad regular y de las sanciones que conllevan, entiende que para la seguridad del tráfico jurídico deben descartarse las consecuencias funestas que se derivarían de una nulidad absoluta y retroactiva de toda la actuación de la sociedad. En consecuencia, se postula el reconocimiento de la existencia de un fondo común, jurídicamente relevante, integrado por las aportaciones de los socios, siempre que los terceros prueben el contrato de sociedad, así como la responsabilidad de los socios (basada en su consentimiento al funcionamiento de la sociedad), como responsabilidad *añadida a la de los gestores* (17).

3.^a Por último, el profesor GIRÓN TENA, seguido con más o menos matices por otros autores (18), estima que los artículos 117 a 120 del Código de Comercio son aplicables directamente a la sociedad irregular, pero que no deben interpretarse como lo hace la doctrina mencionada en primer lugar. Afirma que una interpretación *a contrario sensu* es siempre peligrosa, pero niega que los artículos 118 y 119 establezcan expresamente la ausencia de personalidad jurídica de la sociedad y que el artículo 120 tenga que ser interpretado en el sentido de que imponga una única y exclusiva responsabilidad a los gestores. Las «sanciones»

to a ésta, e interpretando fielmente los artículos 117-120 del Código de Comercio, como aplicables al supuesto, decía que «como el Estado no puede prohibir la existencia de hecho de estas compañías de constitución irregular, la situación legal de las mismas, aun no teniendo carácter mercantil, es más favorable a los socios que la de las compañías de constitución regular». De ahí que aconseje su constitución (págs. 222 y ss.). Más recientemente, podemos mencionar en esta dirección a UTANDE, «Sociedades mercantiles irregulares en el Derecho español», *RDP*, 1944, 123 ss.; GARRIGUES, *Tratado*, «Teoría general...», 233 ss., y *Curso*, 338 ss. No cabe duda, en nuestra opinión, que «la interpretación correcta» (pág. 235, nota 73) de tales artículos es la de GARRIGUES, y si conduce a «consecuencias excesivas» es porque son aplicables a la situación de sociedad en constitución y no a la sociedad irregular.

(17) LANGLE, «La compañía mercantil irregular», *RDM*, núm. 25, 1950, 7 ss.; BROSETA, «Manual», 157-158.

(18) GIRÓN TENA, *Las sociedades irregulares*, 163 ss. y *Derecho de sociedades*, 239 ss.; CÁMARA, «Estudios», 119; RODRÍGUEZ, *Tratado de sociedades mercantiles*, 14.^a ed., México, 1971, I, 149-150.

a la irregularidad así deducidas de tales artículos (ausencia de personalidad jurídica, nulidad de los contratos) han sido, en su opinión, «inventadas» por la doctrina y en contra precisamente de lo que exigen los intereses en presencia, que obligan a defender a los terceros, perjudicando o sancionando, en todo caso, a los gestores y a los socios de la sociedad irregular. Tal como se concluye en la doctrina comparada sobre la misma. Entiende GIRÓN TENA que el Código sólo estableció dos sanciones: la inoponibilidad de los pactos sociales a los terceros, quienes, sin embargo, pueden invocarlos a su favor (art. 24 del Código de Comercio), y la responsabilidad de los encargados de la constitución, según el artículo 120, que ha de interpretarse como una responsabilidad añadida a la de los socios y no como una responsabilidad exclusiva. En base precisamente al artículo 24 del Código de Comercio (efectos de la publicidad registral frente a terceros de buena fe y posibilidad de invocar éstos la existencia de la sociedad) fundamenta GIRÓN TENA la tesis de que la sociedad irregular debe quedar sometida al régimen de la sociedad mercantil colectiva, a falta de otro tipo social «básico», por ser el que impone un régimen más riguroso de responsabilidad a los socios, en la debida protección a los terceros. A la idea así expresada de «conversión» de la sociedad irregular, cualquiera que sea el tipo pactado o proyectado, en sociedad colectiva, se adhieren también otros autores (19).

Nuestra opinión parte del principio, hipótesis o postulado de que el Código de Comercio no ha previsto ni regulado el supuesto de sociedad irregular (no sólo no la ha querido, sino que, además, no ha previsto siquiera su existencia, si se quiere, acaso con la salvedad del art. 24), sino el supuesto de sociedad en constitución, es decir, de sociedad que se halla en un período intermedio entre el acuerdo de los socios de constituir la sociedad, designando a los gestores que han de encargarse de ello, y el momento de inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil.

Como corolarios de este postulado básico podemos hacer las siguientes afirmaciones: 1) Creemos que el Código de Comercio se separa del civil en el régimen del reconocimiento de la personalidad jurídica (y consiguiente reconocimiento de un patrimonio separado) a las sociedades. Aun dentro del sistema «normativo», la inscripción en el Registro Mercantil constituye en el sistema del Código de Comercio un acto adminis-

(19) URÍA, «Las sociedades. », 201-202; BROSETA, «Manual». 158; RUBIO. ob. cit., 204-205, respecto de las sociedades personalistas, negándolo respecto de la SA por la responsabilidad limitada que en ella tienen los socios. Generalmente, los autores no extienden la posibilidad de conversión al supuesto de que la sociedad proyectada sea una S.A. o S.R.L. (excepción notable es URÍA, ob. cit., 202 ss.).

También parece defender la «conversión» SÁNCHEZ CALERO, «Instituciones. », 134.

trativo de control de legalidad, aunque esté dotado de efectos de publicidad registral meramente jurídico-privados (20); con respecto a la escritura social, téngase en cuenta que se concibe como instrumento indispensable para la inscripción (principio general del art. 8.º del Reglamento del Registro Mercantil y art. 19 del Código de Comercio) y que, en consecuencia, los pactos particulares entre los fundadores, aun siendo válidos y vinculantes, como reconoce el artículo 117, no serían, en rigor, por sí mismos, el contrato de constitución de sociedad, que ha de ser llevado a la calificación del Registrador mercantil como funcionario del Estado. 2) Por otro lado, como hemos dicho, el Código de Comercio no prevé el supuesto de sociedad irregular, sino el de sociedad en constitución, una situación «interina» (en expresión de GIRÓN TENA referida al art. 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas). Así se explica que proteja a los socios, y sólo en un segundo plano (en concreto, para el supuesto de que los encargados de la gestión sean solventes) a los terceros, en su global composición de intereses. Protección que no tiene razón de ser cuando los socios, saliéndose del supuesto del Código (cfr. artículo 119), deciden iniciar las operaciones sociales sin otorgar la escritura o sin inscribir ésta en el Registro Mercantil.

En suma, *todo intento de resolver los problemas que plantea el régimen de la sociedad irregular con ayuda de los artículos 117 y siguientes sólo puede conducir a incongruencias*. En nuestra opinión, la sociedad irregular, en nuestro Derecho, al igual que ocurrió en otros ordenamientos que establecían o establecen el sistema de constitución «formal» de las sociedades mercantiles, constituye un ejemplo de las llamadas «relaciones de hecho», cuyos efectos jurídicos, en principio no queridos o implícitamente negados por la ley, son impuestos poco a poco por la naturaleza de las cosas y, como ya demostró HAUPT (21), suponen el

(20) Sobre la naturaleza jurídica de la inscripción, ver PAVONE LA ROSA, *Il Registro delle imprese*, Milano, 1954, 73 ss. y 549 ss., que nos recuerda la doctrina administrativa italiana (ZANOBINI, CORRADO) según la cual existe «una administración pública del Derecho privado», antes atribuida a los jueces y considerada jurisdicción voluntaria.

Evidentemente, cuando la E. de M. de nuestro C. de Comercio se refiere a la «ausencia completa de la intervención gubernativa en la vida interior de estas personas jurídicas» lo dice en el sentido de que «se prescinde de la previa autorización del Gobierno». O sea, excluye la «intervención gubernativa» en sentido estricto, de actividad de policía, y no de actividad jurídica en sentido amplio. En el mismo sentido se expresa la doctrina francesa, sobre todo ante el artículo 5.º de la LSC (HÉMARDE-TERRÉ-MABILAT, ob. cit., 141: quien concede la personalidad jurídica viene a ser el encargado del registro). Ver entre nosotros GARRIGUES, «Comentario», 3.ª edición, I, 171 y ss., y Res. DGRN de 11 de febrero de 1974.

(21) HAUPT, en 1941, englobó el concepto de «relaciones contractuales de hecho» diversidad de supuestos clasificables en tres tipos: situaciones creadas por el mero contacto social; nacimiento de contratos de la realización de determinados

triunfo de la autonomía de la voluntad sobre las normas formalistas.

El régimen de la sociedad irregular, por tanto, debe construirse al margen de los artículos 117 y siguientes del Código de Comercio y en base a las siguientes razones: 1.^a Que tanto si el contrato de constitución de sociedad mercantil es un contrato formal como si no lo es (como, aun con reservas, dejamos admitido, en base a la E. de M. del Código de Comercio), lo bien cierto es que *la voluntad de los socios puede crear situaciones de hecho diversas, que pueden ser:* a) bien la «interina» de la sociedad en constitución, contemplada y perfectamente regulada en el Código de Comercio, que se caracteriza porque aún no existe un fondo social que responda de las operaciones sociales frente a terceros; b) o bien la de sociedad irregular (no prevista en el Código), en que el fondo constituido por las aportaciones de los socios debe empezar a responder de las obligaciones contraídas, porque aquéllos han consentido en el comienzo de las operaciones sociales antes de cumplirse los trámites legales de constitución. 2.^a Al crear estas situaciones de hecho, y en especial la segunda, los socios deben responder de sus propios actos, siquiera sea en base a la teoría de la representación (puesto que han autorizado a los gestores a contratar e iniciar las operaciones sociales). Para esta afirmación no basta invocar el artículo 24 del Código de Comercio, que parte de la existencia de una escritura de constitución de sociedad, pues igual solución debe darse al supuesto de sociedad pactada verbalmente o incluso tácitamente (22). Es dudosa, sin embargo, la tesis del profesor GARRIGUES de que el artículo 24 se refiera sólo a la oponibilidad frente a terceros de las cláusulas de la escritura y de que, en rigor, nada resuelva directamente sobre los contratos estipulados por la sociedad, pues no se comprende qué alcance habría que dar en tal caso al precepto (23).

actos considerados en el tráfico como típicos para originar tales obligaciones, y relaciones contractuales que se cumplen a pesar de descansar en un negocio ineficaz por no haberse respetado los requisitos legales (así, la «sociedad de hecho»). Ver Díez PICAZO, *Fundamentos...*, 96-97.

Especialmente interesante en el tema es la reciente doctrina italiana, sobre todo laboralista: ZAGO-GARELLI, C., «I rapporti di fatto, con particolare riguardo al rapporto di lavoro», Milano, 1964, 16 ss. y 135 ss.; RICCA, L., «Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto», Milano, 1965, 156 ss. y sobre la prestación laboral de hecho, 113 ss.; DELL'OLIO, M., «La prestazione di fatto dal lavoro subordinato», Padova, 1970. El art. 2.216 C. civil italiano como el 55 LCT española reconocen efectos al contrato de trabajo nulo.

(22) BENITO ENDARA (ob. cit., 219 ss.) establecía distintos efectos según la sociedad se hubiese otorgado o no en escritura. No obstante, el Tribunal Supremo pronto les reconoció idénticos efectos, e incluso fundó esta solución en el propio artículo 24 del Código de Comercio. Ver Sentencias de 17 de febrero de 1887, 6 de diciembre de 1887, 29 (no 24, que se cita por error) de abril de 1901 (verla en nota 25), citadas por el propio BENITO ENDARA (pág. 220, nota 1).

(23) GARRIGUES, *Curso*, 342. Sin embargo, en «Teoría general», 235, nota 73, se

3.^a Los terceros contratantes, se dice por la doctrina, no pueden invocar la ausencia de inscripción de la sociedad, puesto que al contratar con ella se descarta su calificación como terceros de buena fe. Pero también es cierto qué puede darse el caso de que hayan contratado sin saber si la sociedad funciona como tal o no y, en consecuencia, pueden hallarse en situación de ser protegidos. Máxime si se tiene en cuenta que al no haber surgido la personalidad jurídica de acuerdo con las previsiones del Código de Comercio, tampoco se puede considerar constituido un fondo social separado, de modo que las aportaciones de cada socio queden a cubierto de las ejecuciones de sus respectivos acreedores particulares (art. 174 del Código de Comercio). Por todo ello hemos de llegar a la conclusión de que en nuestro Derecho *de lege lata* no es posible la equiparación o conversión total de la sociedad irregular en sociedad colectiva. Tan sólo podrá equipararse en cuanto a la responsabilidad de los socios que consintieron en la iniciación de operaciones sociales. Pero no puede afirmarse, con carácter general, que los terceros queden vinculados con la sociedad y que, menos aún, la existencia de la sociedad pueda ser opuesta a los acreedores particulares de cada socio, por parte de los demás socios o por parte de los acreedores sociales. Su total «conversión» en sociedad colectiva se hace imposible. La legitimación procesal, tanto activa como pasiva, reconocida jurisprudencialmente a la sociedad irregular como tal, y no como un mero litisconsorcio activo o pasivo, nos merece también graves reservas en este sentido (24).

Esta es también la mejor doctrina jurisprudencial en torno a la sociedad irregular, en aplicación del Código de Comercio vigente (dentro del maremagnum de sentencias, en el que no podemos entrar ahora por salirse de nuestro tema). Refiriéndonos a las sentencias más antiguas, en la de 29 de abril de 1901 el Tribunal Supremo ya afirmaba que «los artículos 118 y 119, que declaran nulos e ineficaces los contratos estipulados por sociedades no inscritas, no son aplicables a casos como el actual, en que el contrato ha sido voluntariamente ejecutado» (25), y la

limita a citar la tesis de GIRÓN sobre la posibilidad de que los terceros invoquen la escritura, en lo que les resulta favorable, sin someterla a crítica alguna.

En el «Comentario», 3.^a ed., I, 158, insiste de nuevo en su tesis.

(24) Ver, sin embargo, sobre el tema, OLIVA SANTOS, A., *La sociedad irregular mercantil en el proceso*, Pamplona, 1971, sobre todo, 185 ss.

La Ley argentina de sociedades comerciales, núm. 19.550, de 25 de abril de 1972, regula la sociedad irregular (de hecho y nula) en base al reconocimiento de personalidad «limitada». En España, en el Proyecto de Bases de una Ley de sociedades mercantiles, en elaboración por la Comisión de Codificación, Libro I, Título II (ponente, Prof. MENÉNDEZ), la Base 19, último párrafo, refiere la legitimación activa y pasiva no a la sociedad, sino a los socios.

(25) *Col. Leg. Jur. Civil*, núm. 115, 638 ss. También es interesante la S. del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1896 (ver POLO, A., *Leyes merc. y ec.*, I, 629-630) en la que, habiendo iniciado una sociedad sus operaciones sociales sin

sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1906 decía que la acción cambiaria ejercitada por una sociedad irregular «dimana de actos y vínculos establecidos libre y espontáneamente por éste (el demandado) con la referida, y no le es lícito ahora alegar la falta de personalidad de la misma, ya que el artículo 24 del Código de Comercio no puede entenderse en el sentido de considerar como tercero a quien contrata con una sociedad aun cuando no esté registrada» (26).

Téngase en cuenta, sin embargo, como hemos anticipado, que como no tercero, en cuanto a esta publicidad de hecho, no puede considerarse, sin más, a cualquiera que contrata con la sociedad, a través de los que se dicen representantes de ésta. No tercero y, por tanto, obligado a pasar por la validez de los contratos, sería sólo aquella persona que supiera que la sociedad funcionaba económicamente, explotando sus instalaciones fabriles o comerciales. A un contratante a quien hubieran engañado sobre esta circunstancia, si ciertamente él no tenía conocimiento de la actividad real de esta sociedad precisamente por no haberse iniciado ésta, debería considerársele «tercero registral», pudiendo alegar la inoponibilidad de la sociedad e invocar la nulidad de los contratos y su inexigibilidad. Por el contrario, para la fundamentación del concepto del otro «tercero», el que fiado en la apariencia de que la sociedad existe contrata con ella, no necesitamos partir del reconocimiento de su personalidad jurídica para la aplicación de normas como el artículo 24 del Código de Comercio. En efecto, en base a una norma como ésta, el artículo 28 del Código de Comercio de 1829, en su último inciso, el Tribunal Supremo reconoció efectos a los contratos estipulados con terceros por la sociedad no constituida legalmente, antes de la promulgación del presente Código. O sea, en base al Código de Comercio de 1829, que consideraba el contrato de sociedad como absolutamente formal y por ello inexistente e inexigible si no se había otorgado escritura pública (27). Para la validez y exigibilidad de estos contratos valdría invocar el principio de la buena fe, recogido en el artículo 57 del Código de Comercio, o la doctrina de los actos propios. En suma, el tercero indu-

estar inscrita, se reconoce validez a las obligaciones contraídas por el socio que, según la escritura, no tenía atribuido el uso de la firma social, para lo cual se invoca el artículo 120 (aunque, en realidad, al parecer, responden todos los socios, al tratarse de un supuesto de sociedad irregular).

(26) *Col. Leg. Jur. Civil*, núm. 2, 13 ss. El mismo enfoque del problema parece dar la S. del T.S. de 5 de mayo de 1922 (*Col. Leg.* tomo 74, 235 ss.), «dado el hecho de que la sociedad ha tenido existencia efectiva...».

(27) Sentencias del T.S. de 25 de enero de 1968, 14 de febrero de 1870, 9 de enero de 1872, 30 de mayo de 1875, 3 de julio de 1876, 10 de enero de 1882, citadas, entre otros, por ROMERO GIRÓN, *El nuevo C. de Co. para la Península y las Antillas*, 2.ª ed., Madrid, 1886, 150; y DEL VISO, *Lecciones elementales de Derecho mercantil*, 4.ª ed., Valencia, 1907, 169.

cido a contratar con una sociedad en constitución presentada a él como existente invocará los artículos 118 y 120. El tercero enfrentado con una verdadera sociedad irregular se apoyará en el artículo 24 y los principios que lo inspiran (28).

Por supuesto, con este planteamiento que hacemos del régimen de la sociedad irregular, cabe aplicarlo aun cuando la sociedad en constitución o proyectada fuera una anónima o limitada, tal como se reconoce hoy en la doctrina y se prevé en el Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas (29). En el caso de que los fundadores de una de estas sociedades, rebeldes a la voluntad del legislador de que esperen a tener la sociedad inscrita, inicien las operaciones sociales, deberán quedar sometidos a la responsabilidad personal y solidaria propia de los socios colectivos, como expresamente se prevé en alguna legislación sudamericana (30). Si bien, insistimos, no puede hablarse de conversión total en sociedad colectiva.

2.2. DIFERENCIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO LEGAL DE CONSTITUCIÓN

La situación y régimen de la sociedad en constitución se distingue con facilidad del tema del procedimiento o trámites legales para la constitución, que tanto interés ha despertado recientemente en la doctrina, en especial como consecuencia de la Primera Directriz del Consejo de la CEE de 9 de marzo de 1968 y su recepción en los diversos Estados comunitarios, en orden al régimen de publicidad, validez de las obligaciones estipuladas con terceros en nombre de la sociedad, nulidad y prevención y solución de supuestos de nulidad, regularización o disolución de la misma, entre los que puede figurar (cfr. art. 3-7.º) el tratamiento de la irregularidad (31). Pero aun tratándose de temas distintos, en mu-

(28) Sobre el concepto de tercero registral mercantil, ver MENÉNDEZ, A., «La buena fe y el Registro Mercantil», Curso de Conferencias sobre Registro Mercantil, C.E.H., Madrid, 1972, 169 ss.

(29) URÍA, «Las sociedades...», 202 y ss., y artículo 6.º Ant. LSA. También en Italia, donde la propia «Relazione» al C. civile preveía el sometimiento a otro tipo social si los socios no esperaban a la inscripción de la S.A. (ver *Casi e materiali sul diritto commerciale. 1. Società per azioni*, Milano 1974, I, 130 ss., donde se comentan Sentencias de Apelación de Florencia y Solmona que califican el supuesto de sociedad colectiva sin exigir que se haya realizado actividad social).

(30) Así, en Colombia, Decreto 2510/50, art. 21; en Chile, Código de Comercio, art. 441.

(31) Referencia al tema, en nuestra doctrina, en GARRIGUES, «Teoría general...», 242, nota 80; GIRÓN, *Derecho de sociedades*, 226-227. VAN OMMESELAGHE, P., «La première directive du Conseil du 9 mars 1968 en matière de sociétés», *Cahiers de Droit Européen*, 1969, 495 ss.; PERRET, F., «Coordination du droit des sociétés en Europe: La première directive de la CEE en matière de sociétés et le droit suisse», Genève, 1970; SIMONT, L., «La loi du 6 mars 1973 modifiant la legisla-

chos puntos del régimen de la sociedad en constitución debe tenerse en cuenta el procedimiento de constitución, en especial, como veremos, en el caso de la fundación sucesiva de Sociedades Anónimas.

2.3. DIFERENCIACIÓN DEL PRECONTRATO O PROMESA DE SOCIEDAD

También es posible distinguir entre sociedad en constitución y contrato preliminar, precontrato o promesa de sociedad, que STEIGER calificó como *pactum de ineunda societate* (32). La sociedad en constitución se inicia con el «acto constitutivo» de la sociedad, que incluye la declaración de voluntad de constituirla; la aceptación de sus estatutos o régimen de funcionamiento; la realización de las aportaciones sociales por parte de los socios, consecuente o unida a su declaración de voluntad de querer constituir la sociedad denominada «X», destinataria de las aportaciones, cuando alcance su personalidad jurídica, y la designación de los gestores encargados de los trámites legales para su constitución. No basta, pues, un mero acuerdo de constituir una sociedad para que nos encontremos ante el supuesto o problema de la sociedad en constitución. Ello no obstante, nada impide admitir que una o varias personas, autorizadas o no previamente por otras, contraten en nombre de una sociedad «en proyecto», con tal que se haya determinado su *nomen juris* o resulte identificable por cualquier otro medio. Como consecuencia de ello, el régimen de los contratos estipulados en nombre de una sociedad en constitución es igualmente aplicable a los estipulados en nombre de una sociedad en proyecto o meramente prometida (33).

tion relative aux sociétés commerciales», Bruxelles, 1975. En estos trabajos el artículo 7.º de la directriz sobre actos estipulados en nombre de una sociedad en constitución es estudiado en sus antecedentes e incorporación a las legislaciones estatales.

(32) STEIGER, *Pactum de ineunda societate...*, 711 ss.; GARRIGUES, «Comentario», 1.ª ed., 173, y 3.ª ed., 187, distingue entre «S.A. en constitución» y «sociedad entre fundadores», que es anterior; GIRÓN, *Derecho de S.A.*, 89-90, siguiendo a la doctrina alemana, distingue entre «precontrato de S.A.» o «Vorgründungsvertrag» y la sociedad en constitución, que califica de sociedad civil: respecto al D. italiano, ver FERRI, «Le società», en *Trattato di diritto Civile italiano*, de Vassalli, Torino, 1961, 96 ss.

LUCAS FERNÁNDEZ, F., «Régimen jurídico de las Sociedades anónimas. Nacimiento y extinción de las SA». *Preior*, núm. 88, 1975. 485 ss., distingue entre precontrato de sociedad y constitución (e inscripción, que él admite, frente a CÁMARA, bajo condición suspensiva.

(33) Así aparecía previsto expresamente en una primera redacción del Anteproyecto de L. S. A. (redacción aprobada el 19 de diciembre de 1969. Libro I. título II, Base C). En Francia, la doctrina estima que el régimen excepcional de «reprise» del artículo 5.º LSC sólo funciona a partir de la existencia de un acto oponible a los terceros (firma de los estatutos; desembolso y depósito de aportaciones dinerarias o nombramiento de «comissaire aux comptes» en las aportaciones «in na-

3. LA SOCIEDAD EN CONSTITUCION EN EL DERECHO COMPARADO

3.1. LÍNEAS GENERALES DE SU REGULACIÓN POSITIVA

En la legislación comparada, la situación de sociedad en constitución ha preocupado casi exclusivamente en punto a los contratos estipulados en nombre de la sociedad en constitución, con normas que establecen la responsabilidad de los estipulantes si la sociedad no los confirma o asume, lo que viene a suponer la prohibición implícita de su estipulación (34). Sólo en algunas leyes se encuentra la norma expresa de que el comienzo

tura», y depósito del Programa de Fundación en la fundación sucesiva o con llamada pública al ahorro de S.A.). Si los actos se estipulan antes, la asunción de las obligaciones por la sociedad seguiría el régimen común, exigiendo el consentimiento del tercero acreedor (así HÉMAR-D-TERRÉ-MABILAT, 153 ss., quienes citan en igual sentido a DAGOT, «La reprise, par une société commerciale, des engagements souscrits pour son compte avant son immatriculation au registre du commerce», *JCP*, 1969, J. 2277, núm. 9).

En Alemania, ya el Reichsgericht aplica el artículo 34 de la Ley de acciones de 1937 en un caso en el que los estipulantes habían actuado antes del otorgamiento del contrato de sociedad (ver GODIN-WILHELM, *AKtG*, 3.ª ed., Berlín, 1967, I, 195).

(34) La norma prohibiendo la emisión de acciones y la responsabilidad personal y solidaria de quienes estipulen éstos en nombre de la sociedad antes de su inscripción aparece en el C. de Comercio alemán de 1861, artículos 178 y 211 (para sociedades comanditarias por acciones y S.A., respectivamente). Luego es reproducida por el artículo 98 del C. de Comercio italiano de 1882 y el 120 del español de 1885.

También las modernas leyes de S. A. y S. R. L. recogen la implícita prohibición de estos contratos al responder personal y solidariamente los estipulantes si la sociedad no asume o aprueba aquéllos: artículos 41, 41-1.º *AKtG* y 11-2.º *GmbHG*; 2.231 y 2.475 (respecto de la SRL) C. C. italiano; 645 C. O. suizo; 36-g C. de Comercio holandés (que prohíbe su estipulación, además, antes del desembolso de las acciones sustituyendo al menos riguroso art. 40 de la Ley de 1928), y más recientemente, la Ley holandesa de 2 de abril de 1971, que incorpora la Directriz de la CEE de 9 de marzo de 1968; 5.º L.S.C. francesa de 24 de julio de 1966 y arts. 26, 67 y 74 del D. de 23 de marzo de 1967; artículo 7.º Directriz del Consejo de la CEE de 9 de marzo de 1968; artículo 13 bis de las *Lois coordonnées des Soc. Commerciales belges* (introducido por Ley de 6 de marzo 1973) que incorpora aquella norma de la Directriz. De este modo, la norma expresa que hace responder a los estipulantes en nombre de la sociedad, salvo asunción de las obligaciones por ésta, se ha extendido, de la legislación germánica e italiana, a Francia (cuya Ley de 24 de julio de 1966 se inspiró ya en el proyecto de Directriz) y Bélgica, Holanda y Luxemburgo. También el artículo 19-2.º Anteproyecto Regl. Soc. Europea introduce una norma similar, sin admitir pacto en contrario. Idéntica orientación observamos en la legislación latinoamericana: artículos 7 y 102 L.G.S. de México, artículo 4.º L.S.M. de Perú, etc. (ver «El régimen de las S.A. en los países de la A.L.A.L.C.», Instituto para la Integración de América Latina, Buenos Aires, 1971, epígrafe III-6-20).

Por el contrario, no contiene ninguna norma especial sobre estos actos la Ley de Sociedades comerciales argentina de 25 de abril de 1972. Con lo cual se deroga el art. 324 del C. de Comercio que establecía también esta responsabilidad e implícita prohibición.

de las operaciones no debe producirse antes de la inscripción de la sociedad en el Registro (35). Con respecto al régimen de las aportaciones desembolsadas antes del momento de la inscripción, en pocas leyes se regula un régimen expreso de depósito, si bien de la prohibición expresa de emitir y de transmitir las acciones antes de la inscripción se puede deducir que con anterioridad a ese momento no existen en realidad acciones ni, por tanto, fondo social. La aportación del socio aún no ha sido sustituida por la participación en la sociedad que a él corresponde (36).

3.2. CONCEPCIONES DOCTRINALES

Junto a esta escasa normativa positiva existen, sin embargo, abundantes construcciones doctrinales, que intentan resolver los diversos problemas que se plantean en la situación de sociedad en constitución. Concepciones que influyen a veces de forma muy evidente, *a posteriori*, en la propia redacción de las leyes, y que, en todo caso, se integran con el tenor literal de ellas a través de la interpretación, como si constituyeran el propio Derecho escrito. Dos son los problemas que más preocupan en relación con la sociedad en constitución: el de la actuación de los gestores en interés de la futura sociedad y el del régimen de las aportaciones sociales.

1. En relación con el primer tema es de destacar la evolución jurisprudencial en Derecho anglosajón, por su interés para plantear el tema, prescindiendo del «prejuicio» que supone la existencia de una norma positiva expresa. La jurisprudencia inglesa ha declarado que los contratos estipulados en representación de una sociedad no inscrita son nulos, pues la sociedad en ese momento carece de capacidad para estipularlos; no pueden obligar a los estipulantes, que actuaban en nombre de la sociedad, y con ello advertían que no se obligaban por sí mismos, y tampoco es posible que la sociedad ratifique tales contratos, pues según el *common law* esto no es posible si el principal o representado no existía cuando se estipuló el contrato (caso «Kelner v. Baxter», 1866). Si en base a la *equity* en una ocasión se admitió que la sociedad podría asumir (*to adopt*) tales contratos (caso «Spiller v. Paris Skating Co.», 1878), en casos posteriores se ha afirmado que *ratification* y *adoption* son idénticas y ambas deben someterse a las reglas de *common law*

(35) Artículos 5.º L.S.C. francesa y 18 Ley irlandesa.

(36) La prohibición de transmitir las acciones antes de la inscripción figura en el mismo precepto que regula (y en realidad, también prohíbe) la estipulación de contratos nombre de la sociedad en la AKtG, artículo 41, y en el C.C. italiano, artículo 2.331.

(casos «Natal Land and Colonization Co. v. Pauline Colliery and Development Syndicate», 1904, y «Re National Motor Mail Coach Co. v. Clinton's Claim», 1908). Por tanto, sólo podrían valer como *gentlemen's agreements* o, por el contrario, como contratos estipulados entre los *promoters* y los terceros. Pero además de no ser válidos para la sociedad, son *provisionals*, es decir, tampoco vinculan a los terceros contratantes, de modo que una vez aceptados por la sociedad ya constituida será necesario de nuevo el consentimiento de los terceros. A diferencia de la jurisprudencia de los Estados Unidos, donde se ha entendido que los terceros quedaban ya vinculados con su oferta y que la sociedad perfeccionaba definitivamente el contrato con su aceptación (37). La jurisprudencia inglesa cierra toda posible virtualidad y utilidad a estos contratos e ignora las exigencias de la futura empresa y de los terceros, quienes disponen de escasos medios jurídicos para recuperar sus prestaciones ya realizadas o resarcirse de los gastos. En especial tras la sentencia que negó todo derecho a quien haya realizado servicios o gastos en favor de una sociedad no inscrita, en tanto no contrate con ella directamente una vez constituida (caso citado, «Re National Motor Mail Coach», 1908).

PENNINGTON lo expresa con la habitual y descarnada claridad anglosajona: «Por lo anterior queda claro que es desaconsejable e incluso peligroso estipular contratos en nombre de una sociedad en constitución, como representante suyo. El camino más sencillo para evitar *las dificultades creadas por la ley* (subrayado nuestro) es inscribir primero la sociedad y entonces hacerla estipular a ella el contrato.» Caso de que convenga obligar a los terceros aconseja que los promotores estipulen personalmente con aquéllos los contratos y que cedan luego los efectos a la sociedad una vez constituida; el inconveniente que entonces se sigue para los promotores de quedar obligados personalmente, se puede evitar obligando al tercero a exonerar a aquéllos de responsabilidad si la sociedad acepta un contrato idéntico una vez constituida. Y si se trata de comprar algún bien—sigue aconsejando PENNINGTON—pueden contentarse adquiriendo una opción de compra, que luego transmitirán a la sociedad y que no los obliga al cumplimiento (pero que supone un coste, por el precio de la opción) (38). Como se ve, todas estas «soluciones» para evitar las «dificultades creadas por la ley» son bastante insatisfactorias, tanto desde el punto de vista jurídico sustantivo como fiscal. Por el contrario, en la jurisprudencia americana se admite que el gestor (*promoter*), que estipula un contrato en nombre de la sociedad, sea

(37) GOWER, L. C. B., *The Principles of Modern Company Law*, 3.^a ed., Londres, 1969, 280-282; PENNINGTON, R. R., *Company Law*, 3.^a ed., Londres, 1973, 87 ss.

(38) PENNINGTON, ob. cit., 90.

considerado un *trustee* o gestor de negocios de ésta, de modo que la sociedad puede asumir (*to adopt*) tales contratos. Siguiendo el mismo criterio, algunos Estados miembros de la Commonwealth británica regulan esta posibilidad de aprobación o asunción por la sociedad una vez constituida (39).

La posibilidad de entrada de la sociedad en tales contratos se ha reconocido con mayor facilidad en los países del sistema jurídico continental. En algunos de ellos, como Francia (antes de la LSC de 24 de julio de 1966), Bélgica (antes de la Ley de 6 de marzo de 1973, introductoria de la Primera Directriz de la CEE de 9 de marzo de 1968), la doctrina y jurisprudencia aplicaban el Derecho común sobre gestión de negocios ajenos, resultando, al parecer, una escasa protección a los terceros, que se ha reforzado, quizá exageradamente, con la incorporación del artículo 7.º de la Directriz de la CEE citada (40). En otros países existen normas, que se remontan a mitad del siglo pasado, que regulan el supuesto, atendiendo también, sobre todo, a la protección de los terceros. Pero las distintas leyes lo explican en base a esquemas dogmáticos diversos, que, además, como veremos, son sometidos a forzadas adaptaciones. La legislación alemana (arts. 41 AktG y 11 GmbHG) parte de la calificación del supuesto como una *asunción de obligaciones*, si bien para su plena eficacia, al menos dentro del plazo establecido en la ley, basta la notificación a los terceros acreedores y no es necesario el consentimiento de éstos: subrogación subjetiva, pues, en virtud de la ley, sin consentimiento del acreedor. Pero subrogación en la que no aparece claro el sujeto subrogado o inicialmente obligado, que puede ser bien el estipulante o bien la «presociedad». Al esquema de subrogación responden también el artículo 645 C.O. suizo, el artículo 7.º de la directiva de la CEE de 9 de marzo de 1968, el artículo 5.º de la Ley francesa de 24 de julio de 1966, el actual artículo 13 bis de las «Lois coordonnées» belgas. Por el contrario, el artículo 2.338 del Codice Civile italiano y nuestro artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas parecen explicar el fenómeno como actuación representativa sin poder.

Estas calificaciones, en nuestra opinión, fuerzan la normal realidad

(39) Ley de Sudáfrica, núm. 46, de 1926, artículo 71; Ley irlandesa de 1965, artículo 37.

El Comité Jenkins («Report of the Company Law Committee», Board of Trade, Londres, 1962, parágrafo 44, pág. 14) propuso una norma en que se admitiera expresamente que la sociedad, una vez constituida, puede aceptar tales contratos, respondiendo entre tanto de ellos los promotores estipulantes. Pero la «Companies Act», de 1967, no incorporó esta norma.

(40) Para Francia, ver ESCARRA-RAULT, *Traité des Sociétés Commerciales*, París, 1951, II, núm. 540. Para Bélgica, ver DE PAGE, VAN RYN y VAN OMMESELAGHE, referencias en el trabajo del último «La première directive...», 638, y en SIMONT, «La loi...», 71.

de los hechos, puesto que si el gestor, como es habitual, contrata «en nombre de la sociedad X, en constitución», *ni contrata en nombre propio* (y, en consecuencia, no puede haber subrogación, pues no nacen efectos jurídicos directos en el estipulante) *ni se arroga una falsa representación*, pues es claro que advierte que actúa en nombre de la sociedad futura, sin representación alguna. Y si esta responsabilidad es *ex lege*, como algunos dicen, quedando satisfechos con ello, evidentemente habrá de responder—valgan los latines—a alguna *ratio legis*. O, por el contrario, como creemos nosotros y se demostrará más adelante, al menos en lo que respecta a nuestro artículo 7.º y concordantes, tal responsabilidad sólo se producirá o será exigible en determinados supuestos, y no siempre y en todo caso.

La doctrina, sin embargo, apenas se ha maravillado ante este régimen tan extendido. Que sepamos, sólo la doctrina suiza y WEILLER, en un comentario a la sentencia de la Corte di Cassazione italiana de 22 de enero de 1958, han advertido lo inadecuado de una aplicación indiscriminada de este régimen (41). Entre nosotros, tan sólo el profesor GIRÓN TENA se detiene a pensar en el rigor del artículo 7.º para con los gestores, que lo imputa a un «conceptualismo exagerado que quiere extremar las consecuencias de la inscripción» (42). Distinta consideración merece el artículo 7.º de la Primera Directriz de la CEE y las disposiciones estatales que la siguen, en que se entiende como una responsabilidad sólo derogable mediante pacto expreso (43).

2. Con respecto al régimen de las aportaciones sociales, en Derecho alemán ha pesado decisivamente la concepción de las «dos socieda-

(41) SIEGWART reconoce que el artículo 645 C.O. no intenta regular todas las hipótesis de contratos estipulados en nombre de la sociedad (cit. por PERRET). Al igual que STEIGER, F., «Le droit des S.A. en Suisse», Lausanne, 1973, 143 ss. Conforme también PERRET, F., «Coordination...», 45. En la doctrina italiana es especialmente crítico WEILLER, A., «Riferibilità alla società degli atti compiuti dagli amministratori prima dell'iscrizione», *BBTC*, 1959, II, 162 ss.

(42) GIRÓN, «Derecho de S.A.», 164.

(43) En efecto, el artículo 7.º de la Directriz establece dicha responsabilidad «salvo pacto en contrario». En Francia, el Proyecto de LSC núm. 1.003 no contenía norma alguna sobre los actos estipulados en nombre de la sociedad en constitución. La Comisión de Leyes de la Asamblea Nacional introdujo una norma según la cual tales actos vincularían a la sociedad «a no ser que expresamente rehúse ratificarlas en las condiciones y plazos previstos por Decreto». Además, una enmienda del señor Pléven añadía la invocación del régimen del Código civil sobre gestión de negocios útil. Fue el conocimiento del Proyecto de 1.ª Directriz el que orientó al Parlamento en otra dirección (HÉMARDE-TERRÉ-MABILAT, 150-151). La doctrina discute el alcance de la responsabilidad que impone el artículo 5.º. Así, SORTAIS entiende que la norma no es imperativa (ver MERLE, 29). Por contra, HÉMARDE-TERRÉ-MABILAT ni siquiera admiten la renuncia expresa del tercero ni la estipulación bajo condición suspensiva (págs. 155-156). El resultado práctico de esta segunda dirección podría ser tan perjudicial para la futura empresa como la propia jurisprudencia inglesa.

des» (presente también en la subrogación en los contratos), que distingue entre la sociedad preliminar (*Vorgesellschaft*) y la definitiva sociedad por acciones (44). Recientemente, las llamadas «doctrinas unitarias» superan ya esta contraposición, reconociendo que la sociedad constituida en la escritura pública (*errichtete Gesellschaft*) es ya la sociedad por acciones futura (*entstandene Gesellschaft*), aunque la primera carezca aún de personalidad jurídica, y con ella carezca de capacidad de obrar, de legitimación procesal activa y pasiva y de capacidad para ser declarada en concurso (45). Pero se sigue afirmando por toda la doctrina que las aportaciones sociales, una vez realizadas, aun en momento muy anterior a la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, integran un fondo común, el cual, caso de no llegar a inscribirse la sociedad, requiere una previa *liquidación social* para ser restituído a sus aportantes. Esta liquidación social debe realizarse con la venta de las aportaciones no dinerarias, el pago de los gastos necesarios de fundación y la distribu-

(44) FISCHER, R., *Las S.A. Su régimen jurídico* Trad. cast. de W. Roces. Madrid, 1934, 148 ss.; GODIN-WILHELMI, «AKtG», cit. 105 y 144 ss. (Comentario al art. 29 AKtG, donde recogen las diferentes calificaciones dadas por la doctrina a la «Vorgesellschaft»: sociedad de Derecho civil; «Verein», sin personalidad jurídica, y S.A. que carece de ciertas características que le da la inscripción en el Registro); WÜRDINGER, «Aktien und Konzernrecht», 109; FISCHER, «Grosskom. zum AKtG», Gadow-Heinichen, par. 22, apart. 4; HACHENBURG-SCHILLING, «Komm. zum GmbHG», parágr. 11, apart. 2.º

(45) MUELLER-ERZBACH, *Das Privatrecht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens*, 1948, 188 ss.; SCHOLZ, *GmbH. Rundschau*, 1956, 3 v ss.; GIERKE, AKtG, comentario al artículo 41, IV-2; TEICHMANN-KOEHLER, AKtG, id., apartados 2 y 3; SCHLEGELBERGER-QUASSOWSKY, AKtG, apart. 2 y 3; KRAFT, *Kölner Komm. zum AKtG*, comentario al artículo 41, *passim*; GODIN-WILHELMI, comentario al artículo 41, apart. 3 y 4 (págs. 188 ss.); SCHOLZ-FISCHER, *Kleinkomm. zum GmbHG*, 7.ª ed., comentario al artículo 11, apart. 5, y HACHENBURG-SCHILLING, comentario al artículo 11, apart. 2.º

Los contradictores de la teoría unitaria oponen la clara subrogación que el artículo 41-2.º AKtG establece con respecto a las obligaciones contraídas antes de la inscripción (BRODMANN, *Komm. zum HGB*, artículo 200, 1-a; GADOW, *Her. R. Jahrb.* 87, 251 ss.; BAUMBACH-HUECK, AKtG, apartado 1, que excluyen la aplicación del artículo 117 BGB sobre ratificación de contratos estipulados sin poder, y GmbHG, 13.ª ed., comentario al artículo 11, apartado 5)

GODIN-WILHELMI (págs. 190-191) concluyen aconsejando «investigar la voluntad del legislador a partir de la propia Ley, teniendo en cuenta la especialidad de la situación y los intereses públicos y privados que deben ser protegidos. *Debemos precavernos contra los conceptos*, en especial de los tomados de otras parcelas jurídicas, así como contra las consecuencias que derivan de ellos...». En el mismo sentido, rechazando lo que sería una «jurisprudencia de conceptos», BAUMBACH-HUECK, AKtG, 13.ª ed., 1968, 105.

Al tema de la «presociedad» la doctrina germánica ha dedicado un gran esfuerzo. Entre otras muchas monografías recientes, además de las citadas, conviene mencionar: SCHULZE-LESSAUL, «Gedanken zur Rechtsnatur der sogenannten Vorgesellschaft», en *Festschrift Karl Olivecrona*, 1964, 654 ss.; KUECHLER, R., *Haftung der Gründergesellschaft*, Zürich, 1971; RIEDEL, E., *Die Vertretungsmacht bei Handlungen für die werdende Kapitalgesellschaft*, Neue Jur. Woche, 1971, 351 ss.

ción de la ganancia o pérdida resultante de estas operaciones liquidatorias en proporción a lo aportado por cada fundador o suscriptor y hasta el límite de su aportación respectiva, al igual que ocurriría en una sociedad ya constituida (46).

Esta construcción, muy peculiar de la doctrina alemana y que no se apoya en precepto positivo alguno, ha tenido evidentes repercusiones entre nosotros. Así, la doctrina francesa ha distinguido hasta la Ley de 1966 entre constitución definitiva e inscripción de la Sociedad Anónima (47). Pero contrasta con la concepción doctrinal mayoritaria de los países latinos, según la cual, antes de la inscripción no existe aún verdadera sociedad ni hay constituido fondo social, que requiera una previa liquidación social en toda regla para su restitución a los aportantes.

4. LA SOCIEDAD EN CONSTITUCION EN LA LEGISLACION ESPAÑOLA

4.1. EL CÓDIGO DE COMERCIO

El Código de Comercio, en sus artículos 117 y siguientes, regula el régimen de la sociedad en proceso de constitución con carácter general para todas las sociedades mercantiles. Para su exacta comprensión, como decíamos antes, estos preceptos hay que interpretarlos contrastándolos con el régimen de la constitución de sociedades mercantiles en el Código de Comercio de 1829. De acuerdo con nuestra personal interpretación o «lectura» de los mismos, tales artículos dicen lo siguiente:

(46) GODIN-WILHELMI, 205 ss.

(47) No obstante, la doctrina francesa ha recibido con desagrado el artículo 5.º de la Ley de 1966, que fija el momento de nacimiento de la personalidad jurídica en la inscripción y no en el acto constitutivo, como para todas las sociedades establecía antes el Código civil. Así, BASTIAN, D., *La situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce*, Etudes Cabrillac, París, 1968, 30; SORTAIS, J. P., *Repertoire Dalloz. Sociétés*, vol. V: *Société anonyme*, 2.ª ed., núm. 332 ss.; HOUIN, notas a SS. en *RTDC*, 1972, 114, y *RTDC*, 1975, 526. Por el contrario, HEMARD-TERRÉ-MABILAT (ob. cit., 139 ss.) defienden la solución del artículo 5.º LSC.

Con respecto a la doctrina italiana también subsisten diversidad de opiniones: ver PAVONE LA ROSA, *Il Registro* ..., 333 ss.; OPPO, «Forma e pubblicità nelle società di capitali», *Riv. Dir. Civ.*, 1966, I, 109; COTTINO, «Considerazioni sulla forma del contratto di società», *Riv. soc.*, 1962, 284. Prevalece la tesis de que sólo existe S.A. una vez completado el procedimiento de constitución, que incluye actos privados y públicos (FERRI, «Le società», *Trattato di dir. civile italiano*, de VASSALLI, Torino, 1971, 611).

- También GARRIGUES parece partir de una «constitución» de la S.A. antes de la inscripción, al admitir que existen acciones desde la determinación del capital social (*Comentario*, 1.ª ed., I, 253-255. y 3.ª ed., 204 y 275).

Los socios se obligan, por el mero consentimiento, en todo aquello que hayan pactado (art. 117); pero en su voluntad está que antes de iniciar la sociedad sus operaciones sociales, los encargados de la gestión tienen que inscribirla en el Registro (para lo cual todos y cada uno de los socios quedan obligados, en virtud del pacto inicial, a otorgar la necesaria escritura pública, previa a la inscripción); entre tanto, los encargados de la gestión social no podrán estipular contratos con terceros en nombre de la sociedad, so pena de incurrir en responsabilidad personal (sean o no socios), y si son varios, solidaria (art. 120), en tanto que los socios no estipulantes no contraerán ninguna responsabilidad derivada de tales contratos. Los terceros no quedan obligados por tales contratos ni pueden exigir su cumplimiento a la sociedad, ya que son nulos (art. 118), pero ostentan una acción para exigir responsabilidad a los gestores por los perjuicios sufridos en el caso de que realmente sean culpables de ellos. Esta es la interpretación o «lectura» que con todo rigor hace de tales artículos el profesor GARRIGUES, sólo que pretende aplicar este régimen a la situación de «sociedad irregular», para la que, como decimos, no están concebidos.

Como vemos, este régimen está dirigido a impedir, en la práctica, la estipulación de toda clase de actos y contratos antes de la inscripción de la sociedad, en protección de los socios. Pero, como se comprende fácilmente, ello puede suponer un grave inconveniente para preparar la plataforma de despegue de la nueva empresa (48). Los encargados de la gestión social se ven imposibilitados de aprovechar las oportunidades que se les ofrezcan de celebrar contratos en interés de la futura sociedad, para que ésta pueda iniciar su actuación de la forma más inmediata y ventajosa posible, al momento de ser inscrita. Sin embargo, el rigor de esta conclusión puede mitigarse si interpretamos que este régimen «represivo», previsto contra los encargados de la gestión social que estipulan contratos en nombre de la sociedad antes de haberla inscrito en el Registro, *no debe ser aplicado a situaciones, en nuestra opinión, no contempladas por el legislador, y que son fundamentalmente las siguientes:*

a) Como ya hemos dicho anteriormente, el régimen de los artículos 117 y siguientes del Código no es aplicable a la sociedad irregular, en la cual los socios consienten la iniciación de operaciones sociales antes de la inscripción y, en consecuencia, no merecen la protección que les dispensa el legislador.

(48) Las «ventajas» de este régimen las señalaba BENITO ENDARA (ver nota 16). Los inconvenientes de esta implícita prohibición de contratar respecto artículo 7.º LSA, URÍA, *Las sociedades...*, 194.

b) Con respecto a la realización por los encargados de la gestión social de actos o contratos aislados distintos a la iniciación de operaciones sociales en sentido estricto, creemos que hay que distinguir una variedad de supuestos, reconducibles, en principio, a las siguientes situaciones:

b-1. *Actos necesarios para la constitución de la sociedad:* Parece que no deben quedar prohibidos por el artículo 120, puesto que constituyen el contenido implícito indispensable del mandato conferido a los «encargados de la gestión», como se desprende de aquel mismo precepto. El problema quedaría planteado, respecto de estos actos, en lo que se refiere a la amplitud del concepto de «necesidad» o «necesariedad» relacionado con la constitución. Sobre el tema, que puede ser contemplado con carácter general para todas las sociedades mercantiles y para las cooperativas, volveremos más adelante (5.2.4.).

b-2. *Contratos estipulados y cumplidos (al menos, por el tercero) antes de la inscripción de la sociedad:* De éstos deberán responder, en principio, los encargados de la gestión social, por haber iniciado operaciones sociales o contratado en contra de la voluntad implícita o explícita de los socios, a no ser que éstos expresamente aprueben *a posteriori* tales contratos.

b-3. *Contratos estipulados, pero pendientes de ejecución, para el momento en que la sociedad los apruebe y los cumpla por sí misma:* La situación de pendencia puede ser indicada o advertida por los encargados de la gestión social, bien contratando con la expresión «en nombre de la sociedad X, en constitución» (cuyo significado debe considerarse suficientemente claro, según la práctica negocial y la buena fe en sentido objetivo) (cfr. art. 57 del Código de Comercio), o bien con la cláusula expresa de «salvo aprobación de la sociedad X, cuando esté regularmente constituida». Estos contratos no serían nulos (como podría desprenderse *a contrario sensu* del art. 118 para todos los contratos estipulados en este período), sino válidos y, además, unilateralmente vinculantes para el tercero, quien no podría invocar el artículo 1.259 del Código civil para revocarlos, basándose en la ausencia de autorización para contratar que afecta a los encargados de la gestión social estipulantes de los contratos, pues esta circunstancia era perfectamente conocida de aquellos terceros. Naturalmente, esta vinculación unilateral debería presumirse sometida a plazo, el cual, a falta de expresa estipulación, podría ser fijado por el Juez a requerimiento de los terceros, en base al artículo 1.128 del Código civil. Los gestores estipulantes, por el contrario, no contraerían ninguna responsabilidad, pues su conducta es perfec-

tamente leal (y, en consecuencia, debe entenderse que queda fuera del supuesto sancionado por el art. 120). Por último, la sociedad y los socios o fundadores no responderían de tales conductas, pues no estaban vinculados por ellos, salvo expresa autorización o aprobación de los mismos antes o después de su celebración (49).

En conclusión, el régimen establecido en los artículos 117 y siguientes del Código de Comercio para la sociedad en constitución contempla sólo determinada situación, en la cual los socios merecen la protección del legislador. Pero no puede impedir, en perjuicio de éstos, ni tampoco en perjuicio de los gestores y de los terceros, una serie de actuaciones, cuando las circunstancias de la actuación de los gestores o de los propios socios hagan innecesaria la aplicación de aquel régimen protector.

4.2. LAS LEYES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS, DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA Y DE COOPERATIVAS

Mejor tratamiento ha recibido la sociedad en constitución en las leyes especiales, aunque tampoco sea completo ni totalmente satisfactorio.

Con respecto a los contratos estipulados por los gestores antes de la inscripción de la sociedad, el artículo 7.º (reproducido por los arts. 6.º de la LSRL y 41 de la LC), siguiendo la orientación del Derecho comparado, no declara la nulidad de los mismos ni expresa ni implícitamente (como parece hacerlo el Código de Comercio). Sino que, en una línea más favorable a su estipulación, dice que *su validez queda condicionada* a la aprobación de la sociedad dentro de los tres meses siguientes a su inscripción, respondiendo en defecto de aquélla los gestores frente a quienes hubieran contratado. Se excluyen de este régimen los gastos necesarios para la constitución, los cuales corren siempre a cargo de la sociedad una vez constituida y sin necesidad de aprobación. La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1974 ha declarado aplicable el precepto a los contratos estipulados en España en nombre de una sociedad constituida en Liechtenstein, por no regular una cuestión de capacidad, sino negocial (regla *locus regit actum*, art. 11 del Código civil). Solución conforme también con el artículo 15 del Código de Comercio. Por el contrario, la sentencia de 10 de diciembre de 1969 excluye su aplicación a la licitación a una concesión administrativa, porque en la documentación se exige hacer constar los datos de una sociedad ya constituida.

(49) Apunta esta construcción STEIGER, *Le droit des S. A. en Suisse*, 143-144.

En el procedimiento de fundación sucesiva, los artículos 28 y 21, a), parecen duplicar innecesariamente el régimen del artículo 7.º Aunque, como veremos luego, se hace necesario integrarlos con este último precepto, teniendo en cuenta que aunque la Junta Constituyente apruebe las «gestiones» de los promotores y nombre administradores, éstos, en rigor, no pueden iniciar las operaciones sociales propiamente dichas, sino que, aun siendo administradores, deben ser calificados como meros «gestores» de la constitución (art. 7.º) hasta el momento de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil.

Por otro lado, otra dificultad inmediata podría venir planteada por el hecho de que el artículo 28 parece responder al «sistema germánico» de la subrogación o novación subjetiva de los contratos, según el cual los promotores quedarían obligados *personal y contractualmente*, en tanto la sociedad no «asuma»—como dice el precepto—«las obligaciones legítimamente *contraídas por ellos*». Ahora bien, estas expresiones no deben interpretarse literalmente, pues, de lo contrario, a falta de una especial derogación del régimen de la asunción de deudas (derogación que hemos observado en el art. 41 de la Ley de Acciones alemana y se presume en ausencia de norma expresa por la doctrina suiza o francesa), sería necesario el consentimiento de todos los acreedores sociales (artículo 1.205 del Código civil), y desde el punto de vista fiscal se originarían dos actos tributables, todo lo cual no parece corresponder a la voluntad del legislador. Así, pues, en este punto también el artículo 28 coincide con el artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas.

Con respecto a este mismo problema en la Ley de Cooperativas de 19 de diciembre de 1974, el régimen de la sociedad en constitución del artículo 41 debe ser integrado, en tanto no se promulgue un nuevo Reglamento, con el régimen establecido en el Reglamento de Cooperación de 13 de agosto de 1971, que está vigente con carácter reglamentario en lo que no se oponga a la normativa de la nueva ley. En esta materia, el Reglamento de 1971 contiene algunas normas muy acertadas. En especial, el artículo 30, que prohíbe expresamente la iniciación de operaciones sociales antes de la inscripción de la Cooperativa en el Registro General y de su confirmación en la Junta o Asamblea de Constitución (50).

Con respecto al régimen de las aportaciones dinerarias antes de la inscripción de la sociedad en el Registro, la Ley de Anónimas sólo contempla implícitamente el régimen de depósito de las mismas en relación con el procedimiento de fundación sucesiva (arts. 17 y 19), como si no

(50) VICENT, «Análisis crítico del nuevo Regl. de Coop.», *RDM*, núms. 125-126, 478.

fuera necesario establecerlo en la fundación simultánea, para asegurarlas debidamente en tanto no se produzca la inscripción. Tampoco las Leyes de Sociedades de Responsabilidad Limitada y de Cooperativas se ocupan de esta importante cuestión. Por su parte, el artículo 43-6.º de la Ley de Sociedades Anónimas presume que la emisión de acciones ha de venir precedida por la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, aun olvidando la prohibición expresa de emitir las acciones antes, que encontramos en otras legislaciones, y el artículo 14 de la Ley de Sociedades Anónimas prohíbe a los «accionistas» transmitir las acciones antes de la inscripción de la sociedad, precepto que, orientado a evitar el fraude en la transmisión, plantea una interesante problemática, que hemos estudiado en otro lugar (51).

4.3. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS DE LA COMISIÓN DE CODIFICACIÓN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Parece indispensable tener en cuenta el tratamiento que se da a la sociedad en constitución en el Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas, tanto por su posibilidad de convertirse en ley en un futuro no lejano como por el nivel científico de los trabajos prelegislativos en la materia, dada la colaboración de eminentes mercantilistas en la Subcomisión encargada del tema (52).

El artículo 8.º del Anteproyecto, en su actual redacción, establece que «*del cumplimiento* de los actos y contratos celebrados en nombre de la sociedad antes del otorgamiento de la escritura de constitución o antes de su inscripción en el Registro Mercantil responderán solidariamente quienes los hubieren celebrado». Pero añade: «Los contratos se entenderán *automáticamente asumidos por la sociedad* después de su inscripción, así como los gastos ocasionados hasta obtenerla: 1) si resultaren *indispensables* para su constitución; 2) si se aceptasen expresamente por ella dentro del plazo de tres meses desde la inscripción, 3) o si hubiesen sido estipulados, dentro de sus facultades, por las personas designadas

(51) BROSETA, M., y VICENT, F., *La prohibida transmisión de acciones antes de la inscripción de la S. A. en el R. M.*, Valencia, 1975, 13 ss.

(52) Inicialmente la Subsección de D. Mercantil de la Sección de D. Privado de la Comisión de Codificación del M. de Justicia fue encargada de elaborar un Anteproyecto de Ley de sociedades mercantiles, encargo que luego se redujo, y con carácter de relativa urgencia, a un Anteproyecto de Ley de anónimas. Debemos advertir que en punto a la contratación en nombre de la sociedad en constitución se ha ido pasando por diversas redacciones, en ocasiones muy sugestivas, que no pueden reproducirse aquí.

Intervienen en la elaboración del Anteproyecto los Profesores J. GARRIGUES, A. POLO, A. MENÉNDEZ, F. SÁNCHEZ CALERO, M. BROSETA y A. BERCOVITZ.

a tal efecto por todos los socios. En estos supuestos—concluye el precepto—*cesará la responsabilidad solidaria, a que se refiere el párrafo anterior, siempre que el patrimonio social sea suficiente para hacer frente a las obligaciones contraídas.*»

Por su parte, el artículo 9.º del Anteproyecto establece el paso automático al régimen de sociedad irregular si la escritura no se inscribe en el plazo de un año, «quedando afectados—en tal caso—los bienes aportados a la sociedad y sus frutos al cumplimiento de los actos y contratos estipulados, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de las personas a que se refiere el artículo anterior».

En la fundación sucesiva, el artículo 32 del Anteproyecto respeta el reiterativo régimen actual diciendo que «una vez constituida la sociedad asumirá las obligaciones contraídas legítimamente por los promotores y les reembolsará de los gastos realizados, siempre que: 1) su gestión haya sido aprobada por la Junta General, a que se refiere el artículo 25 (es decir, la Junta Constituyente, o 2) que los gastos hayan sido necesarios. Los promotores (al igual que se dice en el actual art. 28 de la Ley de Sociedades Anónimas) no podrán exigir estas responsabilidades de los simples suscriptores, a menos que éstos hayan incurrido en dolo o culpa».

Con respecto al régimen de las aportaciones, el artículo 14, párrafo 3.º, del Anteproyecto exige mencionar en la escritura de fundación la exhibición al Notario de los resguardos de depósito a nombre de la sociedad. Y el artículo 33 bis prevé—si bien sólo en el procedimiento de fundación sucesiva—que «transcurridos quince meses desde el depósito del Programa de Fundación sin inscribirse la escritura, los suscriptores podrán exigir la restitución de las aportaciones». O sea, que en este caso no se establece el paso automático del régimen de la sociedad en constitución al de sociedad irregular, sino que, al parecer, aunque tampoco se diga expresamente, se sigue el sistema (en nuestra opinión, más satisfactorio) de la resolución automática del contrato con devolución de las aportaciones en depósito, que establecen el Código civil italiano, en su artículo 2.329, último párrafo; la LSC francesa (arts. 38-2.º y 39-2.º), y el art. 76 del Decreto de 1967 (53). La valoración crítica del régimen proyectado en estos preceptos se hará al analizar cada uno de los problemas que plantea el actual Derecho positivo.

(53) Estas normas permiten a los suscriptores exigir la restitución de las aportaciones dinerarias si la sociedad no se constituye en el plazo previsto. Pero la doctrina extiende esta facultad a las aportaciones *in natura* (ver HEMARD-TERRÉ-MABILAT, ob. cit., 773).

5. REGIMEN POSITIVO ACTUAL DE LA SOCIEDAD EN CONSTITUCION EN NUESTRO ORDENAMIENTO

5.1. DELIMITACIÓN TEMPORAL DEL PERÍODO DE SOCIEDAD EN CONSTITUCIÓN

Con el fin de comprender los problemas que se presentan en la situación de sociedad en constitución conviene, en primer lugar, delimitar el período en que se comprende esta situación. Con respecto al *momento inicial*, ya decíamos que la situación de sociedad en constitución se desencadena a partir del llamado «acto constitutivo» con la estipulación del contrato de sociedad, la aceptación de sus estatutos o régimen, el nombramiento de gestores encargados de llevar a cabo la constitución y el desembolso, en su caso, total o parcial de las aportaciones. Es la realización de este desembolso el dato que permite fundamentalmente distinguir entre una sociedad *én proyecto* y una sociedad en constitución.

Mayor interés tiene señalar el *momento final* del período de sociedad en constitución. Normalmente, este momento debe coincidir con la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, a partir del cual la sociedad puede iniciar sus operaciones sociales. Pero también puede producirse en un momento anterior, si los socios deciden iniciar las operaciones sociales antes de la inscripción, pasando entonces, en opinión no generalizada, a la situación de sociedad irregular.

Con referencia al procedimiento de fundación sucesiva de la sociedad anónima, no parece que este momento final pueda darse con la aprobación por la Junta Constituyente de las gestiones de los promotores (art. 21, *a*), de la Ley de Sociedades Anónimas). Y no tanto porque, como dice el profesor GARRIGUES (54), esta aprobación sea un acto interno y no un acto de la sociedad (criterio que inspirará también su tesis de que la Junta Constituyente no puede «aprobar» los contratos estipulados en nombre de la sociedad), porque, en tal caso, ninguna legitimación como órgano social tendría tales administradores, sino, sobre todo, porque, en nuestra opinión, los «administradores» nombrados en aquella Junta no pueden iniciar la explotación del objeto social antes de la inscripción de la sociedad (55). Pueden, sin embargo, como verdadero órgano social, celebrar otros negocios de su competencia, como la delegación de funciones o facultades y el apoderamiento, ya que éste cons-

(54) «Comentario. », 1.ª ed., I, 179; y 3.ª ed., 194.

(55) Así, en la doctrina italiana y francesa, por todos, FERRI, *Le società*, 612, y HOUIN, *RTDC*, 1975, 528 ss.

tituye un acto interno de autoorganización que no implica relación con los terceros (resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de junio de 1973).

La afirmación de que la sociedad no puede iniciar sus operaciones sociales (o explotación de su objeto social) antes de la inscripción, choca con la práctica notarial de fijar en la escritura de constitución el comienzo de las operaciones en momento anterior a la inscripción, coincidiendo con el de otorgamiento de la escritura o incluso antes de él. En este sentido nos parece especialmente criticable la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de febrero de 1970 (56), que declaró inscribible la escritura de constitución de la Sociedad «Simbar», cuyos Estatutos decían que «había dado comienzo a sus operaciones en un día anterior al de otorgamiento de escritura», añadiendo, para justificar este pacto, «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas». En nuestra opinión, a pesar de la aparentemente brillante argumentación del Notario, acogida por la Dirección General, la calificación del Registrador al denegar la inscripción de la escritura era correcta, pues no se puede confundir el concepto de operaciones sociales (o, como decía el Registrador, las «operaciones de giro y tráfico») con el de contratos celebrados, pero no ejecutados, en nombre de la sociedad (o, como él decía, «contratos previos y limitados»). En efecto, no puede ampararse en la doctrina civil de la ratificación de contratos estipulados por persona ajena, el desarrollo de una actividad en régimen de responsabilidad limitada, antes de existir sociedad anónima (u otro tipo de sociedad con responsabilidad limitada de sus socios). Por lo mismo que se dice que no puede haber «sociedad anónima irregular», tampoco es admisible un régimen de responsabilidad de los socios propio de accionistas cuando, por el contrario, no se han sometido al cumplimiento de los requisitos formales de constitución. Además de que podría darse el caso de que nunca se llegara a constituir la sociedad anónima, en cuyo caso, sorprendentemente, en lugar de responder los socios, que han consentido en la iniciación de operaciones sociales, como es de rigor en el régimen de la sociedad irregular, sólo responderían los gestores o estipulantes de los contratos (art. 7.º de la

(56) Ver nota crítica de E. FERNÁNDEZ CABALEIRO en *RCDI*, 1970, 1001 ss.

GARRIGUES, «Comentario», 3.º ed., 163 (y «Curso», I, 370), considera que esta interpretación encuentra apoyo en la dicción del art. 102-d, que califica de «presente histórico». También CÁMARA, «Estudios», I, 134 ss. y 369 ss., igualmente como medio para subsanar la irregularidad, entendiéndolo, además, que como los efectos de la inscripción se retrotraen a la fecha del asiento de presentación, los contratos celebrados con posterioridad a ésta no precisan aprobación de la sociedad (ob. cit., I, 371).

Ley de Sociedades Anónimas). Así, pues, la tesis de la Dirección General de los Registros y del Notariado no puede ser más desacertada. Por otro lado, como el Centro Directivo recoge en su primer considerando, es claro que los artículos 11-3-d) de la Ley de Anónimas y 98-5.º y 102 del Reglamento del Registro Mercantil (a diferencia del art. 21 del Código de Comercio para el comerciante individual) ya no prevén que se exprese, como lo hacía el Reglamento de 1919, «la fecha en que deba comenzar o haya comenzado sus operaciones». Sino que tales preceptos se refieren clara y rotundamente al futuro: «la fecha en que *dará comienzo* a sus operaciones» (art. 11-3-d LSA) y a «la fecha de comienzo de las operaciones» (arts. 98-5.º y 102-d del RRM). La Dirección General admite textualmente que «un comienzo anticipado de las operaciones sociales no es contrario a los textos legales y alcanza plena eficacia *si el proceso constitutivo llega a feliz término* (subrayado nuestro) y la sociedad ratifica tales operaciones en término hábil». Creemos que con ello adopta una actitud peligrosa y desvirtúa claramente la letra y el espíritu de la ley.

En el sentido o interpretación que proponemos, además, se habría pronunciado ya la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1956, diciendo textualmente que «demostrada la existencia de la sociedad actora a partir de 1.º de enero de 1946 (fecha anterior a su inscripción), la mención de esa fecha en el artículo 5.º de los Estatutos sociales como la que empezó la compañía sus operaciones mercantiles, *se refiere a la de su existencia como sociedad irregular...*, y en este sentido ha podido estimar la Sala sentenciadora que *'Maquinaria Ceres, S. A.'*, *había dado comienzo a sus operaciones cinco meses antes de otorgar la escritura pública correspondiente*, sin haber incurrido, por tanto, en las infracciones denunciadas en el citado motivo 2.º».

Aún tiene menos fundamento la práctica notarial de hacer constar en la escritura de constitución que «se reúne la Junta general universal, con la presencia de todos los socios, por primera vez, para designar el primer Consejo de Administración, integrado por los siguientes señores: ...». En realidad, la Junta general, como órgano social, no existe antes de la inscripción de la sociedad anónima en el Registro. No creemos que pueda trasladarse a ella la doctrina de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de junio de 1973, antes citada, que reconoce a los administradores una capacidad actual de autoorganización antes de hallarse inscrita la sociedad. Admitir esto sería contrario al sentido de la ley cuando se refiere a los «administradores designados en el acto constitutivo» (art. 72, como excepción a la regla general del art. 71 de que son elegidos en Junta general), bien

entendido que «acto constitutivo» es el «convenio entre los fundadores», como dicen el art. 9.º o la «escritura social» del art. 14 de la Ley de Sociedades Anónimas. Por otro lado, si se admite su nombramiento en Junta general «universal» anterior a la inscripción de la sociedad, habría de aceptarse, lógicamente, también por una Junta general no universal. A esta conclusión, evidentemente, no querían llegar los Notarios. Pero tan «órgano» es una Junta como otra.

Esta cláusula, pues, formalmente nula, sólo puede admitirse como válida por conversión. Es decir, calificándola, más que como un acuerdo de Junta general «universal», como un mero pacto social o escriturario, en el «acto constitutivo», en la medida en que se adopta por unanimidad de todos los socios (56 bis).

Por último, volviendo al tema de la delimitación temporal del período de sociedad en constitución, parece que un pacto de iniciación de las operaciones en momento posterior a la inscripción de la sociedad tendría el efecto de prolongar la situación de sociedad en constitución. Ahora bien, los administradores quedarían vinculados por dicho pacto tan sólo internamente, de modo que nada impediría que pudiesen vincular a la sociedad con terceros contratantes de buena fe que no conocieran aquel pacto.

5.2. LOS GESTORES DE LA CONSTITUCIÓN DE LA SOCIEDAD

5.2.1. *Concepto*

Con el término genérico de «gestores» (paralelo, en cuanto a su amplitud, al de *promoters* del Derecho anglosajón) (57) podemos designar a todas las personas que se encargan de realizar los trámites de constitución de la sociedad antes de iniciar las operaciones sociales. En este concepto amplio podemos incluir diversas figuras legales: 1) a los «encargados de la gestión», contemplados en el artículo 120 del Código de Comercio, a quienes, entre otras cosas, se ha confiado la constitución de la sociedad, siguiendo los trámites legales; 2) a los «gestores» contemplados por el artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas; 3) a los

(56 bis) La Sentencia del T. S. de 22 de octubre de 1974 (R. 3.970), por el contrario, admite que este acto no forma parte del acto constitutivo, y, con ello, que a los administradores designados en él no les afecta el plazo máximo del artículo 72 LSA. Ver sobre ella el excelente comentario de Mercedes CARID FOSSAS, en *RJC.*, núm. 2/1976, 173 ss., en concreto, sobre el concepto de «acto constitutivo», 195 ss. El art. 19 del Anteproyecto de LSA establece que los primeros administradores «deben ser designados en la escritura de constitución», con el fin de terminar con esta viciosa práctica.

(57) GOWER, 270 ss.; PENNINGTON, 463 ss.

«promotores» de la fundación sucesiva de sociedad anónima (arts. 16 y sigs. de la Ley de Sociedades Anónimas), y a los «promotores» de la fundación de la cooperativa (art. 41 de la Ley de Cooperativas); 4) a los «administradores» designados en la Junta Constituyente, en tanto no se inscriba la sociedad. La estipulación de negocios jurídicos en nombre de una sociedad en constitución por quien no tenga ninguna relación con ella—por quien no sea «gestor» de la constitución—queda fuera de nuestra consideración por caer de lleno dentro del régimen común de la gestión de negocios ajenos.

Frente a este concepto amplio, omnicomprendivo (gestores-encargados de la constitución), aparece el concepto de «gestores que hayan contratado», «estipulantes» o «actuantes», que, a su vez, puede tomarse, en un sentido restringido, de quienes personalmente han contratado o estipulado (en caso de un negocio unilateral) (58), o en un sentido amplio, de aquellos gestores de la constitución que hayan consentido en ello (59).

5.2.2. *Actuación contractual de los gestores en nombre de la sociedad en constitución*

Para comprender la posición jurídica de los gestores en el proceso de constitución de la sociedad hay que distinguir dos tipos de relaciones: a) la relación existente entre ellos y sus mandantes (bien sean éstos los demás fundadores, bien los promotores, los suscriptores o la propia Junta Constituyente), y b) la relación que pueda nacer en su día entre ellos y la sociedad una vez constituida.

La primera relación, que deriva del contrato de sociedad, es fácilmente reconducible al mandato o comisión (arts. 1.709 del Código civil y 243 del Código de Comercio). En su virtud, si los gestores actúan en

(58) Ver HOUIN, *RTDC*, 1972, 111 (nota a la S. del Trib. de París de 11 de junio de 1971), y *RTDC*, 1973, 803 (nota a la S. Cass. de 3 de abril de 1973 recaída en el mismo caso). Aunque se admite el mandato para actos concretos, no basta una mera autorización general en favor de los gestores para que puedan vincular a la sociedad.

(59) Especialmente problemático ha sido el concepto de «Handlender», una «pesada cruz» para la jurisprudencia alemana (FLECK, ob. cit., 223 ss.), divididas las propias Salas del BGH. entre una interpretación amplia, que hace responder a todos los fundadores que hubiesen consentido la estipulación de los contratos, y la estricta, que, considerándola una sanción personal, sólo la entiende aplicable a los estipulantes. En Francia el tema se ha planteado en las SS. referidas en la nota 47 y en la S. Cass. de 1 de abril de 1974 (*RTDC*, 1975, 528 ss., nota HOUIN), reconociendo la responsabilidad de los demás administradores en base al mandato. En Italia el problema se plantea en relación con los administradores designados en el acto constitutivo, en sus actuaciones antes de la inscripción de la sociedad (ver FERRI, *Le società*, 615).

La doctrina española sobre este punto también está dividida: Ver notas 69 y 70.

cumplimiento de las instrucciones recibidas, comprometen la responsabilidad de sus mandantes frente a terceros (60). La segunda relación es la que ha suscitado mayores dudas en la doctrina y legislación: 1) Por un lado, las legislaciones alemana, suiza y francesa, como hemos visto, parten de la idea de que los gestores se obligan negocial y personalmente, subrogándose posteriormente la sociedad en sus obligaciones. O sea, que los gestores contraen una responsabilidad contractual (61). 2) Por el contrario, el Código civil italiano, con el sistema de la «aprobación», parece responder a la idea de que los gestores actúan como representantes sin poder, contrayendo, por tanto, una responsabilidad extracontractual. Este último parece ser el «sistema» o encuadramiento dogmático del supuesto que hace el artículo 7.º de nuestra Ley de Sociedades Anónimas (y 6.º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 41 de la Ley de Cooperativas).

Ahora bien, aun situándonos dentro de este segundo sistema, en atención a nuestra positividad jurídica, ya antes destacada (ver 4.2.), las calificaciones del supuesto en la propia doctrina italiana son muy contrapuestas. Podemos destacar las siguientes posturas fundamentales:

a) La sentencia de la Corte di Cassazione de 18 de noviembre de 1958 (62) rechaza, con razón, la calificación de contrato en favor de tercero, y se inclina indistintamente por la calificación de gestión de negocios útil, defendida por un importante sector de la doctrina (63), o por la ratificación, con eficacia retroactiva, de la actuación representativa sin poder o de *falsus procurator* (64). b) DE FERRA, en su comentario a la sentencia de 28 de julio de 1958 (65), critica estas calificaciones por considerar imposible la retroactividad de los efectos en cualquiera de ellas y defiende como solución la nulidad e ineficacia de tales contratos,

(60) Así, STEIGER, *Le droit*., 144, interpretando el artículo 645 C. O. argumenta que de lo contrario los verdaderos interesados delegarían en hombres de paja, cuya escasa solvencia sería una burla para los terceros.

(61) GODIN-WILHELM, E91 ss.; STEIGER, *Le droit*., nota 228; BASTIAN, *La situation*, 31-32, y HEMARD-TERRÉ-MABILAT, ob. cit., 158, que explican la «reprise» por la sociedad con carácter retroactivo debido a una enmienda del Senado basada en motivos fiscales, y SIMONT, *La loi*..., 71-72, que entiende que el artículo 13-bis, «Lois coordonnés», hace oponible la ratificación frente a posibles terceros adquirentes de derechos en el período de retroacción de aquélla.

(62) Ver *Casi e materiali*..., cit., 120 ss.

(63) DE GREGORIO, *Corso di diritto commerciale*, 248; AURICCHIO, *La cosiddetta rappresentanza*..., cit., 540 ss. Entre nosotros, sobre todo, GARRIGUES, «Comentario», 3.ª ed., 200, que llama «contratación oficiosa» a toda esta actuación.

(64) FERRI, *Le società*, 615 y nota 1; GRAZIANI, A., *Dir. delle società*, 5.ª edición, Napoli, 1963, 21 2ss.; FRE, G., *Società per azioni, Commentario del Codice civile*, SCIALOJA-BRANCA, 4.ª ed., 1972, 94 ss.

(65) DE FERRA, «Nullità degli atti compiuti in nome della società per azioni prima dell'iscrizione nel reg. delle imprese», *RDC*, 1957, II, 355 ss.

sólo convalidados por la aprobación de la sociedad. c) Por último, FERRARA, seguido por WEILLER, en el comentario a la sentencia de 22 de enero de 1958 (66) censura abiertamente el régimen legal, afirmando que la sociedad antes de la inscripción ya está «constituida» y posee capacidad para otorgar poderes con el fin de que se contrate en su nombre.

En nuestra opinión, nos parecen igualmente discutibles y, en fin de cuentas, rechazables las calificaciones adoptadas por los dos sistemas legales, porque desvirtúan la realidad de este tipo de contratación. En efecto, normalmente, en la práctica, los gestores o encargados de la constitución de la sociedad ni contratan en nombre propio (sino que lo hacen «en nombre de la sociedad X, en constitución») ni defraudan a los terceros fingiéndose representantes de sociedades inexistentes, pues del modo indicado o de cualquiera otro advierten a los terceros la verdadera situación en que se halla la sociedad.

Según las circunstancias concretas del caso, y salvo que se incurra por los gestores en estos dos supuestos, que por extraños o patológicos deben ser, en principio, descartados, en nuestra opinión, la celebración de contratos en nombre de una sociedad en constitución nos sitúa: a) O bien ante la gestión de negocios útil, cuando los actos estipulados sean necesarios para la fundación y, por consiguiente, además, normalmente se habrán ejecutado ya, al menos por el tercero, antes de la inscripción. b) O bien ante la estipulación de contratos, pendientes de ejecución, en nombre de la sociedad en constitución. Este segundo supuesto, en nuestra opinión, en circunstancias normales (a las que nos estamos refiriendo) debe calificarse como estipulación de contratos, salvo aprobación, confirmación o aceptación de la futura sociedad. Es decir, salvo aceptación de la oferta de contrato que de modo irrevocable, durante cierto plazo, legal o convencional, dirigen a la sociedad los terceros, a invitación de los gestores. De modo que la perfección del contrato sólo se produce en el momento de la aprobación por la sociedad y sus efectos no deben remontarse a época anterior. No en balde, y es curioso destacarlo, la doctrina alemana entiende que los contratos estipulados en nombre de la sociedad en constitución, una vez asumidos por ésta, tienen naturaleza mercantil, en la medida en que la sociedad inscrita (*entstandene*), a diferencia de la presociedad (o *errichtete Gesellschaft*), que es civil, es un comerciante (67).

(66) FERRARA (Jr.), *Gli imprenditori e le società*. 4.^a ed., Milano, 1962. 342 y nota 37, que entiende que los administradores designados en la escritura ya son representantes sociales, cuya actuación queda sometida a la *conditio juris* de que nazca la sociedad representada. WEILLER, cit., 162.

(67) GODIN-WILHELM, 190-191.

5.2.3. Responsabilidad de los gestores derivada de esta contratación

La responsabilidad de los gestores, derivada de la estipulación de estos contratos, depende de su forma de actuación (ya hemos visto cómo, en principio, no deben soportar responsabilidad alguna si no han inducido a confusión a los terceros). El tema se desdobra en dos cuestiones fundamentales:

1.^a La de si responden individual o colectivamente. 2.^a La de si responden contractual o extracontractualmente.

En principio, teniendo en cuenta que su actuación al estipular los negocios normalmente es individual y no colegiada, lo lógico sería que la responsabilidad la soportase sólo quien o quienes hubiesen celebrado los actos o contratos y sólo respondieran los demás gestores si habían consentido o encargado esta actuación. Sin embargo, como ya advertía el profesor RUBIO al presentar el Dictamen de la Ley de Sociedades Anónimas a las Cortes (68), para mejor proteger a los terceros la Comisión dictaminadora había decidido separarse del Derecho comparado, haciendo responder expresamente a todos los fundadores y promotores, aunque no hubiesen intervenido en la estipulación de los contratos. A favor de esta interpretación se pronunció también en su día el profesor GIRÓN TENA (69). En contra, argumentan los profesores GARRIGUES y SUÁREZ LLANOS (70).

En nuestra opinión, un análisis de los preceptos de la ley, interpretada prescindiendo de los deseos de sus redactores y fundándonos más en razones objetivas y en lo que dicen los preceptos (interpretación «objetiva»), permite distinguir en este punto entre promotores y fundadores. Parece que la ley establece bastante claramente la responsabilidad colectiva de los promotores por los contratos estipulados por cualquiera de ellos en nombre de la futura sociedad. Responsabilidad que, además de colectiva, será solidaria o exigible en un todo a cualquiera de ellos. Por el contrario, existen razones para excluir esta responsabilidad objetiva en el caso de los «gestores» contemplados en el artículo 7.º, en especial si con ella se pretende referir tal responsabilidad a todos los

(68) *Bol. Cortes*, 1951, núms. 350-384, 6720 ss. (El Proyecto fue publicado en el *Bol. Cortes* de 2 de octubre de 1950.) En el mismo sentido se expresa el profesor RUBIO en su *Curso de Derecho de S. A.*, 3.ª ed., cit., 205-206.

(69) *Derecho de S. A.*, 164. También VELASCO ALONSO, ob. cit., 74 ss.

(70) GARRIGUES, *Comentario*, 1.ª ed., I, 183, y 3.ª ed., 199; SUÁREZ LLANOS, L., «La S. A. en formación: Efectos de la escritura antes de la inscripción registral (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1964)», *RDP*, 1964, 685.

También URÍA, «Las sociedades...», 193; y, antes, LÓPEZ BARRANTES-MEJÍAS GONZÁLEZ, «Sociedades anónimas», 1953, 59.

fundadores. Tales razones, siguiendo al profesor SUÁREZ LLANOS, son las siguientes: 1.^a Los fundadores, en el procedimiento de fundación simultánea, a diferencia de los promotores en la sucesiva, son simples «socios», que no intervienen, en principio, en los trámites y gestiones para la constitución de la sociedad. 2.^a La segunda razón se basa en la literalidad del precepto, que se refiere a los «gestores» (expresión nueva y distinta a la de «fundadores» y «promotores»), en relación con «que hubieren contratado». 3.^a La tercera razón es fundamentalmente teleológica, y es la de que si la ley impusiera una responsabilidad generalizada a todos los fundadores sería tanto como forzarlos a aprobar los contratos (bien antes de la inscripción de la sociedad o bien luego, una vez constituidos como accionistas en Junta general) con el fin de sustituir la responsabilidad solidaria e ilimitada que les impone el artículo 7.º, por la subsidiaria y limitada que les corresponde como accionistas. Desvirtuando así de algún modo la voluntad del legislador de que la sociedad apruebe «libremente» los contratos. No obstante, la responsabilidad deberá alcanzar a todos los gestores, o a todos los fundadores, que hayan prestado su consentimiento expreso o tácito o hubieran conferido mandato para la estipulación de los actos en cuestión.

La segunda cuestión, en punto a responsabilidad derivada de esta contratación, es la relativa a *la naturaleza de tal responsabilidad*. Parece que si los gestores no contratan en nombre propio, sino en nombre de la sociedad en constitución, no debe considerárselos ligados contractualmente. La contratación en nombre propio, como dicen algunos autores, queda fuera del artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas y concordantes de otras leyes especiales (71), del mismo modo que, en nuestra opinión, queda fuera del artículo 120 del Código de Comercio. A pesar de ello, como vimos, en el sistema germánico, acogido en el artículo 7.º de la Directriz de la CEE de 9 de marzo de 1968, se entiende que quedan obligados personal y negocial o contractualmente. En el mismo sentido, algunos autores españoles parecen estimar la existencia de una responsabilidad contractual (72). A esta conclusión podría lle-

(71) GARRIGUES, *Comentario*, 1.ª ed., I, 178, y 3.ª ed., 192, y *Teoría general*..., 235; GIRÓN, ob. cit., 164. GONZÁLEZ ORDÓÑEZ, «Manual Teórico Práctico de Sociedades Mercantiles», 138; URÍA, «Derecho mercantil», 186; VELASCO ALONSO, ob. cit., 75; CÁMARA, ob. cit., 132.

(72) RUBIO, *Curso*..., 206: «la ratificación no afecta a la validez del contrato, sino al sujeto obligado...; los negocios realizados por los gestores se entienden concluidos con ellos...». IGLESIAS CUBRÍA, «Los derechos...», cit., 338 ss., en polémica con GARRIGUES (que en «Comentario», 1.ª ed., 179, condicionaba la «validez» del contrato a la aceptación); GARRIGUES, «Comentario», I, 3.ª ed., 200-201; URÍA, «Las sociedades...», 192 ss.; CÁMARA, ob. cit., 132; VELASCO, ob. cit., 74 ss. Partidarios de una interpretación «literalista» (en expresión del «Comentario», 3.ª ed.) serían GIRÓN TENA, «Derecho de S.A.», 163 y ss.; GONZÁLEZ OR-

varnos también la jurisprudencia del Tribunal Supremo en alguna de sus sentencias. Aunque creemos que un análisis cuidadoso de tales sentencias desvanece la primera impresión, ya que generalmente se trata de casos de sociedad irregular y no de sociedad en constitución.

Así, la sentencia de 11 de marzo de 1961 (73), que erróneamente califica el supuesto de sociedad irregular, reconoce que la sociedad no se había dado a conocer explotando su actividad social, sino que el gerente había contratado en nombre propio y en su propio interés. Por su parte, la sentencia de 28 de enero de 1969 (74) trata de un contrato no meramente estipulado, sino cumplido o ejecutado por el Arquitecto a quien el gestor de la constitución encargó un proyecto en nombre de la futura sociedad inmobiliaria, la cual no llegó a constituirse. Por su parte, la sentencia de 28 de junio de 1973 (75) contempla el supuesto del gestor que no llegó a inscribir la sociedad y es declarado responsable de la restitución de cantidades «recibidas y utilizadas por la sociedad, que no llegó a tener vida legal», porque—dice la sentencia—«si él—el gestor—aceptó la obligación de pago, responde ante la sociedad actora». Menos

DÓÑEZ, ob. cit., 138 ss., y, con las precisiones que siguen en el texto, el autor del presente trabajo.

Y en relación con el artículo 120 del Código de Comercio, CÁMARA, *Estudios*, 116, invocando las SS. del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1961 y 10 de abril de 1970 (ver nuestras observaciones a ellas en nota 69), y GARRIGUES, *Tratado*, I, 1.º, 452-453, donde decía que los encargados de la gestión «se subrogan en el lugar de la compañía», y tomo I, vol. 2.º, 883, que afirma la responsabilidad «contractual». Tesis que abandonará luego por la de la responsabilidad extracontractual (ver *Curso*, 7.ª ed., cit., 341). También GIRÓN puede inducir a confusión: al entender aplicable el artículo 120 a la sociedad irregular, predica de él una responsabilidad contractual, reconocida efectivamente en Sentencias del Tribunal Supremo como las de 5 de diciembre de 1946, 11 de marzo de 1961, 6 de abril de 1961 y 10 de abril de 1970, que el autor invoca, advirtiendo que «aparece oscuro si lo que el Tribunal Supremo ha querido decir es que los gestores quedan obligados o si, por el contrario, permanece la idea de que son simplemente responsables. Pero es lo primero lo que parece desear afirmar la Jurisprudencia (*Derecho de sociedades*, 244). Y es muy cierto, en la medida en que se contempla la contratación de estos gestores en tanto que socios de una sociedad irregular, y no en nombre de una sociedad en constitución, que era en realidad el supuesto del artículo 120 del Código de Comercio.

(73) *Col. Leg. Jur. Civil*, núm. 191, 322 ss. El Tribunal Supremo admite el recurso porque el recurrente, pretendido socio, demuestra que el estipulante de los contratos con quien tenía establecido un contrato de sociedad había actuado siempre por su cuenta y nunca hubo sociedad irregular, y la vendedora se había dirigido contra él personalmente y a su domicilio, y no contra la razón social ni al domicilio social fijado en el contrato de sociedad.

(74) *Col. Leg. Jur. Civil*, núm. 42, 304 ss.

La Sentencia fue comentada elogiosamente por RUBIO MARTÍNEZ, F., «La determinación del momento de nacimiento de la responsabilidad *ex lege* de los gestores en el supuesto de falta de inscripción de la S. A. en el R. M.», *RDP*, 1969, 740 ss.

(75) *Col. Leg. Jur. Civil*, núm. 358, 524 ss.

interés tienen sentencias como la de 6 de febrero de 1964 (76), que reconocen simplemente la obligatoriedad interna que deriva de la escritura de fundación, que obliga a los socios a gestionar la constitución.

Tampoco puede afirmarse que el Tribunal Supremo haya reconocido la responsabilidad contractual de los encargados de la constitución, según el artículo 120 del Código de Comercio (77).

En nuestra opinión, pues, es claro que la responsabilidad que pueden contraer los gestores es extracontractual—«disposición penal semejante a la del artículo 120 del Código de Comercio», llamó el profesor GARRIGUES al artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas (78)—. Su *ratio legis*, por otro lado, no puede basarse en el puro y simple hecho de haber estipulado, leal y diligentemente, contratos en nombre de una «sociedad X, en constitución», sino tan sólo en el hecho de que los gestores, al estipular tales contratos, han confundido a los terceros, actuando en nombre de una sociedad inexistente, sin advertir debidamente a aquéllos de tal circunstancia. En suma, la *ratio legis* de esta responsabilidad no puede ser otra que la «culpa extracontractual» de los gestores, al incurrir en la omisión de datos que la buena fe (en sentido objetivo: art. 57 del Código de Comercio) exige mencionar en el tráfico jurídico, con perjuicio para terceros. En efecto, frecuentemente esta norma se asienta en preceptos que, al propio tiempo, prohíben la venta de acciones antes de la inscripción de la sociedad, como ocurre en el artículo 41 de la Ley de Acciones alemana y en el artículo 2.331 del Código civil italiano. Y en este sentido ya tenemos la experiencia de la interpretación del artículo 14 de nuestra Ley de Anónimas (que, sin embargo, trata la prohibición de venta de acciones en lugar separado de la prohibición—implícita—de contratar en nombre de la futura sociedad), así como de su

(76) *Col. Leg. Jur. Civil*, núm. 98, 157 ss.

La Sentencia es interesante porque el Tribunal Supremo rebate los argumentos del recurrente apoyados en la teoría de la naturaleza civil de la presociedad, porque «siempre habría de reputarse mercantil por su objeto y siempre resultará la vinculación de la recurrente al pacto social que le obliga a la constitución de una S. A. ..., lo que, unido a la falta de previo aviso a los restantes socios que exige el artículo 1.705 (del Código civil, o sea, argumentando «en el terreno» del recurrente), privaría a la actora del requisito de la buena fe precisa para que aquella pretensión prospere».

(77) En las SS. del T. S. de 6 de abril de 1964 (*Col. Leg.*, núm. 267, 187 ss.) y de 10 de abril de 1970 (*Col. Leg.*, núm. 174, 68 ss.) se trata de supuestos de sociedad irregular de carácter mercantil por su actividad, en los que el demandado responde como gestor y como socio, y de contratos válidos y exigibles frente a todos los socios. La invocación del artículo 120 del Código de Comercio en ambos casos es de dudosa oportunidad.

(78) *Comentario*, 1.ª ed., I, 183, y 3.ª ed., 200; GIRÓN, *Derecho de S. A.*, 116, dice que como consecuencia de la nulidad de los contratos no aceptados por la S. A. «queda... una responsabilidad en términos de Derecho Común».

verdadera *ratio legis*: la evitación del fraude a terceros, que no impide la validez de contratos estipulados entre personas enteradas de la inexistencia de la sociedad, como venta de cosa futura o venta sometida a condición (79).

Llegados a esta conclusión, quizá se nos podría reprochar: ¿Por qué reducir el supuesto de aplicación de la norma al caso patológico de actuación ilícita, desleal o, cuando menos, negligente de los gestores? Pero por fuerza tendríamos que replicar: ¿No es más incomprensible sancionar una conducta leal y diligente, que defiende los intereses de la futura sociedad o empresa y de los socios y no perjudica a los terceros? ¿Qué justificación puede tener, si no, esta extraña «responsabilidad *ex lege*», como la llama la sentencia de 28 de mayo de 1969? El artículo 7.º de la Directriz de la CEE de 9 de marzo de 1968, aun partiendo de la responsabilidad de los estipulantes, admite pacto en contrario. Lo que supone tanto como reconocer que al sancionarlos con una responsabilidad *ex lege* está presumiendo su culpa (presunción que, en ausencia de aquel pacto en contrario, sería *juris et de jure*, no admitiendo, como interpretamos en nuestro artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas, la prueba en contrario). La única consecuencia del artículo 7.º, por tanto, sería que la carga de la prueba de que no había incurrido en culpa pesaría sobre el estipulante y no sobre el tercero (derogación, pues, a este efecto, del artículo 1.902 del Código civil). Pero creemos, en base al artículo 57 del Código de Comercio, que el mero hecho de haber contratado «en nombre de la sociedad X, *en constitución*», sería suficiente prueba.

En suma, *la acción de los terceros para exigir responsabilidad a los gestores estipulantes sólo podría ser la concedida por el artículo 1.902 del Código civil, con su plazo de prescripción general de quince años*, y no el de cuatro años, del artículo 949 del Código de Comercio, invocado por algún autor (80). Piénsese que en algunas legislaciones la responsabilidad civil en este supuesto va acompañada expresamente de la penal (81). Por supuesto, también en nuestro ordenamiento la responsabilidad civil establecida en el artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas y concordantes de otras leyes especiales, así como en el artículo 120 del Código de Comercio, sería sin perjuicio de la posible respon-

(79) BROSETA-VICENT, *La prohibida transmisión de acciones*. ., 48 ss.

En relación con el art. 7.º, también GARRIGUES («Comentario», 3.ª ed., 191 y 198-199) apunta que «la ley ha querido proteger la buena fe de los terceros, que contrataron con el gestor bajo la esperanza » o «promesas que éstos probablemente les hicieron .».

(80) VELASCO ALONSO, *La L. S. A.*..., 77.

(81) Así, en Ecuador, L. C., artículo 503; y en Perú, L. S. M., artículo 340.

sabilidad penal. Por ejemplo, si aparentando ostentar la representación de una sociedad aún no constituida, sin especificar esta circunstancia, el gestor induce a otras personas a desprenderse de una parte de su patrimonio (otorgando un préstamo, transmitiendo un bien mueble o inmueble, etc.), es cierto que estaríamos ante un claro delito de estafa (cfr. art. 529-1.º del Código penal).

Partiendo, pues, de que, caso de originarse la responsabilidad establecida en aquellos preceptos, sería una responsabilidad por culpa extracontractual, *dicha responsabilidad*, frente a lo que opina algún autor en nuestra doctrina (82), *debería subsistir, aun después de la aprobación de los contratos por la sociedad, al menos con carácter subsidiario*, para el caso de que ésta no contara con suficiente patrimonio para cumplir las obligaciones contraídas. Esta es la solución prevista en el Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas, como ya hemos visto, aunque deje en la oscuridad el presupuesto, causa o *ratio legis* por el que se establece dicha responsabilidad. Y ésta es la doctrina italiana mayoritaria, aunque suponga una anomalía dentro del esquema de la representación sin poder seguida de ratificación por la sociedad en que los autores se mueven (83). Y supondría también una anomalía en nuestro Derecho, frente al artículo 1.892 de nuestro Código de Comercio, que equipara la gestión de negocios ratificada al mandato expreso. Ahora bien, la permanencia de esta responsabilidad no ofrece reparos si se reconoce que la responsabilidad en cuestión deriva de una actuación ilícita o negligente. Como tampoco que pueda ser exigida de inmediato, sin necesidad de esperar el rehúse de la sociedad, coincidiendo con la tesis de la responsabilidad contractual (83 bis).

La cláusula de exoneración de esta clase de responsabilidad, inserta en los contratos estipulados con los terceros, válida en opinión de muy autorizada doctrina (84), tropezaría entonces con el límite del artículo 1.102 del Código civil, que impide excluir contractualmente la responsabilidad por dolo (al que se equipara la culpa grave). Y, más aún, si admitimos que el supuesto de responsabilidad de los artículos 7.º de la

(82) GARRIGUES, *Comentario*, 1.ª ed., 184, y 3.ª ed., 202.

(83) GRAZIANI, ob. cit., 214-215; también FERRARA, *Gli imprenditori* ..., 343; tesis acogida por la S. Cass. de 28 de julio de 1960 (ver comentario en *Riv. Dir. Fall.*, 1960, II, 850). En contra, parece opinar GUGLIEMETTI, «Responsabilità per gli atti compiuti tra la stipulazione dell'atto costitutivo di società per azioni e l'iscrizione nel registro delle imprese», *Riv. società*, 1957, I, 487.

(83 bis) RUBIO MARTÍNEZ, ob. cit., en base a la S. de 28 de enero de 1969; CÁMARA, ob. cit., 138 ss.; GARRIGUES, 3.ª ed., 201-202.

(84) GARRIGUES, *Comentario*, 1.ª ed., 184, y 3.ª ed., 195 y 202; GIRÓN, *Derecho de S. A.*, 164; CÁMARA, ob. cit., 139. El pacto en contrario viene admitido expresamente en el artículo 7.º de la Primera Directriz de la CEE, donde la responsabilidad, sin embargo, aparece con una distinta naturaleza.

Ley de Sociedades Anónimas y concordantes es el de haber «fingido» la actuación representativa por una sociedad inexistente, habrá que convenir que tal actuación difícilmente podrá sustraerse a la calificación de dolosa o gravemente culposa. En consecuencia, el margen de efectividad de la cláusula de exoneración de responsabilidad (que la doctrina referida parece enjuiciar partiendo de la «buena fe» de los gestores, en cuyo caso, repetimos, según nuestra interpretación, no puede ni debe surgir responsabilidad alguna) sería realmente escaso. En efecto, una cosa dé dos: o bien la actuación de los estipulantes es leal y diligente, contratando en nombre de «la sociedad X, en constitución», y en tal caso no deben contraer responsabilidad alguna, o bien silencian la situación en que se halla la sociedad, y en tal caso la inserción de una cláusula de exoneración de responsabilidad sería, incluso, por sí misma, una prueba de su conducta o intención dolosa y carecería de efectividad. El artículo 7.º de la Directriz de la CEE de 9 de marzo de 1968, que admite pacto en contra, parece partir de la presunción de la voluntad de los interesados de hacer responder a los estipulantes en nombre de la sociedad de tales actos o más bien de la presunción de la ignorancia de los terceros con respecto al estado en que se halla la sociedad. El pacto expreso en contrario, en tal caso, supone la remoción de esta presunción y, con ella, de esta responsabilidad, que, en ausencia de culpa del estipulante, en realidad no debería haber nacido.

Hemos llegado a la conclusión, pues, de que los gestores sólo incurrir en responsabilidad en caso de actuación ilícita o desleal, silenciando el estado de la sociedad en cuyo nombre contratan. Pues bien, ahora queda por estudiar el régimen aplicable en nuestro Derecho a su actuación normal, que generalmente es lícita y leal. Su actuación en tal caso se desdobra en dos supuestos distintos: 1.º La realización de «actos necesarios» para la constitución. 2.º La estipulación de contratos en nombre de la sociedad en constitución. Dejamos fuera, por no constituir contratación en nombre de la futura sociedad, la estipulación de contratos en nombre propio, pero en favor de aquélla (en cuyo caso la sociedad no responde de ellos, sólo obtiene los derechos y beneficios de ellos derivados).

5.2.4. Concepto y régimen jurídico de los «actos necesarios»

Como con frecuencia ocurre con los conceptos jurídicos, que no pueden acotar con precisión matemática las realidades de la vida, cabe formular un concepto estricto y un concepto amplio de actos necesarios para la constitución de la sociedad.

A falta de una definición o enumeración legal, en sentido estricto serían «actos necesarios» los «indispensables» (en expresión del art. 8.º del Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas) para la legal constitución de la sociedad como persona jurídica. O sea, los de escritura notarial, Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y derechos u honorarios según arancel de inscripción en el Registro. Téngase en cuenta que la misma expresión del artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas, «gastos necesarios» y no «actos necesarios», es semánticamente restrictiva.

La práctica y la justicia aconsejan, sin embargo, formular un concepto amplio de actos necesarios, que pueda incluir, por ejemplo, el encargo de la redacción de los Estatutos sociales (que GARRIGUES incluye en el concepto legal de «gastos necesarios», denotando ya cierta flexibilidad en su interpretación), así como de dictámenes, estudios y proyectos previos de carácter técnico (supuesto de la sentencia de 28 de enero de 1969, proyecto realizado por un Arquitecto, en el caso de que la sociedad hubiera llegado a constituirse), así como consultas a organismos oficiales y los gastos derivados de ellas: solicitud de beneficios fiscales, solicitud de autorización de prácticas restrictivas de la competencia, solicitud de autorización o licencia administrativa para iniciar una determinada actividad económica, solicitud de autorización para la realización de determinadas inversiones extranjeras cuando lo exija la ley, etc. La propia elaboración de la minuta de escritura y Estatutos por Letrado no constituye, en sentido estricto, «acto necesario», puesto que no viene exigido por la ley, pero sí lo es, en sentido amplio, como lo son todos aquellos estudios que sirvan para preparar la puesta en marcha de una empresa en condiciones jurídicas y económicas satisfactorias. El símil con la actividad de «armar» un buque para hacerlo a la mar nos viene ineludiblemente a la memoria.

La doctrina alemana defiende desde hace tiempo este concepto amplio de «actos necesarios para la constitución de la sociedad», como excepción a la necesidad de «asunción» por la sociedad, y precisamente ante un texto legal que ni siquiera menciona los actos necesarios. Y los define, en líneas generales, como «aquellos actos que, entrando en el objeto social, pueden considerarse dirigidos a poner a la sociedad en condiciones de iniciar su actividad sin perjudiciales pérdidas de tiempo», comprendiendo, pues, los contratos «jurídicamente necesarios» y los «económicamente necesarios» (85).

(85) SCHOLZ, *Haftung der Gründergesellschaft*, Jur. Wochenschrift, 1938, 3149 y siguientes; WIELAND, *Handelsrecht*, 75 y nota 27; TEICHMANN-KOEHLER, *AKG*, 79; GODIN-WILHELMI, *ob. cit.*, 132 ss.; SCHOLZ-FISCHER, *Klein-Komm. zum GmbHG*, 7.ª ed., comentario al artículo 11, párrafos 4 y 5; SCHILLING, en HACHENBURG-

Este concepto de «actos necesarios», en sentido amplio, no se sale del criterio jurídico de «necesidad» para invadir el criterio económico de «conveniencia» (86), y creemos que podría ser defendido en nuestro Derecho con el fin de lograr una interpretación progresiva del artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas y concordantes de otras leyes especiales. Podemos apoyar nuestra tesis en las siguientes razones: 1) En primer lugar, en la propia *ratio legis* de los artículos 7.º y 28 de la Ley de Sociedades Anónimas y concordantes de otras leyes especiales, en el sentido de que se excluyen de la necesidad de la aprobación de la sociedad una vez constituida, no porque la estipulación de contratos en nombre de la sociedad en sí esté prohibida y origine responsabilidad (con respecto a la cual los «actos necesarios serían una excepción»), sino porque los actos necesarios (que pueden consistir tanto en contratos como en otros actos y trámites jurídicos) no sólo han de ser estipulados antes de la inscripción de la sociedad, también tienen que ser ejecutados necesariamente antes de ella. 2) En segundo lugar, en el principio de buena fe, invocado para toda clase de actos mercantiles en el artículo 57 del Código de Comercio, que impide a la sociedad, una vez constituida, ignorar unos gastos realizados para ponerla en funcionamiento de la forma que aconseja la experiencia de los negocios en general, así como la experiencia de la actividad técnica, industrial o comercial, que constituye su objeto. 3) En tercer lugar, en el hecho evidente de que la futura sociedad debe ser contemplada, más que como una persona jurídica, como una empresa, que los gestores, los socios y el Estado legislador quieren ver funcionar lo más inmediata y rentablemente que sea posible, del mismo modo que en atención a las exigencias propias de la liquidación de una empresa, se ha venido ampliando legislativamente el ámbito legal de representación de los liquidadores (contrastar Código de Comercio, Ley de Sociedades Anónimas y Ley de Cooperativas al respecto). 4) En último lugar, en base a la aceptación tácita de la gestión de negocios útil, reconocida en el artículo 1.893 del Código

SCHILLING, *Komm. zum GmbHG*, 6.ª ed., comentario al artículo 11, párrafo 4; KRAFT, *Kölner Kommentar Zum AktG*, comentario al artículo 41, párrafo 49.

Frente a ellos, un sector minoritario defiende la existencia de una mera obligación de asumir tales contratos, jurídica o económicamente necesarios (BAUMBACH-HUECK, *AktG*, 13.ª ed., comentario al artículo 41, párrafo 5, y *GmbHG*, 13.ª ed., comentario al artículo 11, párrafos 3 y 3-B).

La jurisprudencia alemana no se ha pronunciado sobre el tema más que en *obiter dicta* (FLECK, ob. cit., 218, nota 42).

En Italia, la doctrina de los actos económicamente necesarios la encontramos recogida por FRE, ob. cit., 96 y nota 15.

(86) Como afirma GARRIGUES, *Comentario*, 1.ª ed., 181, y 3.ª ed., 196; seguido por VELASCO, ob. cit., 76. Por el contrario, en favor de una interpretación amplia del concepto están LÓPEZ BARRANTES-MEJÍAS GONZÁLEZ, ob. cit., 59; y CÁMARA, ob. cit., 369. Tampoco puede decirse que la enumeración de la S. del T. S. de 4 de abril de 1967 sea «restrictiva».

civil, por el simple hecho de iniciarse las operaciones sociales, aprovechando la nueva sociedad aquellos estudios y gestiones realizados antes de su inscripción registral.

En cuanto a su naturaleza jurídica, los «actos y gastos necesarios para la constitución de la sociedad» constituyen el contenido necesario e implícito del mandato conferido a los gestores en el contrato de sociedad o preparatorio del de sociedad (86 bis). Del mismo modo, en la fundación sucesiva, los suscriptores, al aceptar el Programa de Fundación, designan a los promotores e implícitamente les encargan lo necesario para la constitución de la sociedad (cfr. art. 17 de la Ley de Sociedades Anónimas). No obstante, incomprensiblemente el artículo 28-2.º de la Ley de Sociedades Anónimas establece que «los promotores no podrán exigir estas responsabilidades (y entre ellas, los gastos necesarios, si la sociedad no llega a constituirse) de los simples (*sic*) suscriptores, a menos que éstos hayan incurrido en dolo o culpa». En cuanto a las consecuencias prácticas, y en base a esta calificación jurídica, si los estipulantes han satisfecho los gastos originados («gastos necesarios» del art. 7.º y concordantes) tendrán acción contra sus mandantes para repetirlos, tanto si la sociedad se llega a inscribir como si no. Salvo aprobación expresa de los actos necesarios, sin embargo, no responderán los mandantes si los gestores estipulantes hubiesen incurrido en culpa o negligencia, por ejemplo, asumiendo gastos muy superiores al futuro capital social (cfr. art. 1.729 del Código civil). Los terceros también tendrán acción contra los mandantes si prueban el mandato, pues lo contrario sería fomentar la designación de hombres de paja como gestores o estipulantes.

La imputación de los gastos necesarios a la sociedad, una vez constituida, se justifica bien por el simple mandato de la ley o bien en base a la gestión de negocios útil, aunque resulte dogmáticamente difícil admitir estas figuras de actuación en favor de persona aún inexistente, que difícilmente puede equipararse, como lo hacen algunos autores (86 ter), a un *nasciturus*. Parece claro, según el artículo 7.º, que, una vez constituida la sociedad, si los actos resultaron verdaderamente necesarios para la constitución, los terceros ostentan acción exclusivamente contra ella, cesando en tal caso toda responsabilidad de los gestores. Ello no obstante, el artículo 8.º del Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas, como ya vimos,

(86 bis) De ahí que no sea necesario estipularlos en nombre de la sociedad (frente a la cual estamos ante una gestión oficiosa o sin mandato) y que los gestores puedan estipular los actos necesarios en nombre de los mandantes o (lo que es normal) en nombre propio (en este último sentido, GARRIGUES, *Comentario*, 3.ª ed., 195, y VELASCO ALONSO, ob. cit., 76).

(86 ter) GARRIGUES, *Comentario*, 3.ª ed., 188; simil recogido por la Sentencia del T. S. de 19 de febrero de 1973.

no los exonera tampoco en este caso más que si el patrimonio social cubre el pago de los gastos necesarios. La solución nos parece prudente, pues tiene poco sentido exonerar de responsabilidad por los gastos necesarios a los gestores si, como puede ocurrir, el patrimonio de la sociedad, que ellos mismos han constituido y que, por tanto, conocían bien, no alcanza siquiera a cubrir aquellos gastos. El mantenimiento de dicha responsabilidad es perfectamente lógico, además, si se establece con carácter subsidiario a la que contrae directamente la sociedad frente a los terceros una vez constituida. Por otro lado, si es cierto que no es congruente con los efectos de la aceptación de la gestión de negocios por el interesado o *dominus negotii*, la norma tiene suficiente fundamentación en la presunción de culpa o negligencia de los gestores en tal supuesto. La solución coincide con la que resultaría de aplicar *de lege lata* los artículos 1.892 y 1.729 (éste ya antes invocado), partiendo de que asumir gastos necesarios para la constitución exorbitantes es un claro supuesto de culpa o negligencia.

Con esta construcción del régimen de responsabilidad por los gastos necesarios para la constitución, en sentido amplio, la ley permite reprimir adecuadamente a los desaprensivos que acuden alegremente a los profesionales ingenuos o bienintencionados en demanda de sus estudios y gestiones, que luego dejan sin pagar por entender quizá que el trabajo realizado por aquéllos de algún modo estaba condicionado a la «expectativa» (con su consiguiente «alea» o riesgo) de que la sociedad se constituyera, obteniendo en tal caso segura y generosa retribución con cargo al balance inicial.

5.2.5. *Concepto y régimen jurídico de los contratos estipulados en nombre de la sociedad en constitución*

El concepto de contratos meramente estipulados—y aún no ejecutados—en nombre de la sociedad en constitución, se puede obtener destacando una *nota positiva* (la de ser celebrados en nombre de la sociedad en constitución y para su ejecución por ésta) y otra *nota negativa* (la de no ser actos necesarios ni siquiera en la acepción amplia antes propuesta).

Tales contratos, por tanto, tienen las siguientes características: 1.^a Pueden celebrarse en cualquier momento anterior a la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil, tanto antes como después del otorgamiento de escritura pública. 2.^a Pueden pertenecer o no al objeto social, a diferencia de los actos necesarios, incluso en la acepción amplia de éstos, ya que la capacidad de obrar de la sociedad en nuestro Derecho es ilimita-

da (87) y, en definitiva, quien va a estipular o perfeccionar estos contratos no son los gestores, sino la sociedad una vez constituida. 3.^a Pueden tener por objeto la adquisición por la sociedad de toda clase de derechos y bienes, incluso los inmuebles, pues no existen en nuestro Derecho las exclusiones del párrafo 3.º del artículo 41 de la Ley de Acciones alemana. 4.^a Son contratos estipulados, *pero no ejecutados antes de la inscripción*, pues no pueden confundirse con las «operaciones sociales», como erróneamente hace—ya lo hemos visto—la resolución de 24 de febrero de 1970, consagrando una práctica notarial y registral inadmisibles, así como las sentencias de 28 de enero de 1969 y 12 de febrero de 1976 (87 bis), que, ajenas a este criterio de distinción, aplican el artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas a contratos *ejecutados* antes de la inscripción por parte del tercero. En este caso nos encontraríamos ante un contrato estipulado por los gestores en favor de la sociedad o ante una gestión de negocios en favor de la sociedad, que será útil y vinculante para ella («actos necesarios») o bien sólo obligará a los estipulantes (actuación gestora o representativa sin poder), salvo expresa ratificación por la sociedad.

En cuanto a la naturaleza jurídica de tales contratos, siempre que se reúnan los indicados requisitos y, en especial, la advertencia a los terceros de que contratan con una sociedad en constitución, es la de contratos estipulados, salvo aprobación o aceptación de la sociedad. En caso contrario (silencio sobre el estado de la sociedad) constituyen una actuación ilícita, que origina la responsabilidad antes estudiada. Supuesto que no contemplamos ahora.

En su régimen jurídico positivo hay que tratar dos puntos fundamentales: el de los límites del período de espera o pendency de aprobación por la sociedad y el del órgano social competente y requisitos que debe reunir esta aprobación. El artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas y concordantes de otras leyes especiales, siguiendo a la legislación comparada, en interpretación de la doctrina unánime, parece computar el plazo de tres meses a partir de la fecha de inscripción de la sociedad. Ahora bien, en el supuesto de haber contratado en circunstancias normales, o sea, bien con cláusula expresa de salvo aprobación o confirmación de la sociedad o bien simplemente en nombre de una sociedad «en constitución»,

(87) En este sentido ver el Consid. 1.º de la S. del T. S. de 31 de mayo de 1969. Sobre la capacidad de las sociedades en nuestro Derecho, no limitada a su objeto social, como en la doctrina *ultra vires* del D. inglés, ver la S. del T. S. de 5 de noviembre de 1959 y la Res. de la DGRN de 16 de octubre de 1964.

(87 bis) Rep. Aranzadi, 457, Consid. 7.º En su Consid. 5.º se refiere correctamente a que «la validez de los contratos, o mejor dicho, obligatoriedad patrimonial de aquéllos... queda subordinada a la aceptación de la sociedad... lo que no ha tenido lugar en el caso de autos, dando ello origen al nacimiento (entonces) de la responsabilidad solidaria de los socios fundadores...».

parece que debemos pensar que el tercero queda obligado unilateralmente por el contrato, en espera de la aprobación de éste por la sociedad (88). De interpretar lo contrario, no tendría ningún interés la estipulación anticipada de tales contratos. Ahora bien, si lo interpretamos así, el plazo de tres meses fijado en la ley para la aprobación, que debería ser, obviamente, un plazo tope o límite a la vinculación unilateral del tercero, no protege suficientemente a éste.

En efecto, como advierten la doctrina (89) y la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1969—aun en supuesto no comprendido, en nuestra opinión, en el artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas—, dada la ausencia de plazo legal para inscribir la escritura en la constitución de cualesquiera sociedades y de la anónima en el procedimiento de fundación simultánea, y (añadimos) dada la ausencia de sanción al incumplimiento del plazo de inscripción prescrito en el artículo 26 de la Ley de Sociedades Anónimas para la fundación sucesiva, corremos el riesgo de admitir que el tercero quede vinculado *sine die* si en el contrato no se estipuló un concreto plazo de espera máximo, contado a partir de la fecha de su celebración. Máxime si tenemos en cuenta que la ley no impide estipular estos contratos antes del otorgamiento de escritura, como expresamente admite el Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas. O sea, que el artículo 7.º es aplicable ilimitadamente al supuesto de sociedad «en proyecto» o meramente proyectada, tanto como al de sociedad en constitución, y permite la vinculación del tercero en contratos estipulados en nombre de una sociedad cuya constitución puede demorarse *ad calendas graecas* (90).

(88) GARRIGUES, *Comentario*, 1.ª ed., 179, y 3.ª ed., 193; en contra, CÁMARA, argumentando tan sólo sobre la base de que tal solución le parece «discriminatoria e injusta» por favorecer excesivamente a la sociedad, por lo que aconseja computar el plazo de tres meses desde la estipulación de los contratos (*Estudios*, citado, 138). La doctrina de GARRIGUES, que acogemos, coincide con la solución jurisprudencial de los Estados Unidos frente a la más conservadora del Reino Unido.

(89) CÁMARA, loc. cit., y S. del T. S. de 28 de enero de 1969 (ver nota 74).

(90) El artículo 13 bis «Lois coordonnées» belgas resuelve el problema fijando un doble plazo: «si estos contratos no son asumidos por la sociedad dentro de los dos meses de su constitución (en lugar de los tres meses habituales del Derecho Comparado) o si la sociedad no se ha constituido dentro de los dos años desde el nacimiento de la obligación». Transcurridos cualquiera de ambos plazos será, según un sector de la doctrina, cuando nacerá la responsabilidad personal y contractual del estipulante (SIMONT, *La loi...*, 65), aunque otros autores entiendan que queda obligado desde el principio (RONSE, OMMESLAGHE, cit. por aquel autor), con la incongruencia de que el contrato sería exigible antes que la sociedad pudiera asumirlo. Fuera de tales plazos, la sociedad podría aún asumir las obligaciones, pero sometiéndose al régimen común de asunción de deudas (necesidad de consentimiento del tercero, ausencia de retroactividad), y el tercero contratante tendría ya doble acción contra la sociedad y el estipulante (SIMONT, 73). No se puede decir

Para remediar esta enojosa situación se pueden apuntar diversas soluciones interpretativas. En primer lugar, se puede invocar el principio jurídico general de que nadie podrá quedar vinculado de forma indefinida o de por vida, permitiendo al tercero denunciar el contrato estipulado, siempre que lo haga de buena fe, esto es, de manera oportuna, con el debido preaviso, y sin afán de hacer para sí un lucro, por ejemplo, aprovechando una oferta más ventajosa que la de la sociedad. Así es como creemos debe interpretarse el principio legal contenido en los artículos 224 y 302 del Código de Comercio y 1.705-1.706 del Código civil, extendiéndolo a todos los contratos, no sólo de colaboración, sino también de duración, en la medida en que la duración o tracto sucesivo comporta siempre un ingrediente de «colaboración» (91). Ello no obstante, la reconducción del supuesto a los pactos de duración indefinida parece estar en contradicción con la realidad del supuesto de contratación con una sociedad en constitución, en la que las partes lógicamente han de partir de la idea de que la sociedad se constituye dentro de «algún» plazo. Por ello, otra vía más razonable para resolver el problema planteado sería que los terceros acudiesen al Juez invocando el artículo 1.128 del Código civil, con el fin de que aquél fijara el plazo implícitamente querido por las partes. No nos parece una buena solución al supuesto, por el contrario, que, en base a que «los fundadores insisten en permanecer asociados, pero la sociedad no puede funcionar como Sociedad Anónima o Sociedad de Responsabilidad Limitada, hay que pensar en su conversión en sociedad atípica irregular», como sugiere CÁMARA (92), a no ser que se produzca el presupuesto indispensable de esta última, o sea, la iniciación de la actividad social, por voluntad de todos o parte de los socios.

Por último, podría resolverse la cuestión, como apunta CÁMARA, partiendo de una interpretación del artículo 7.º de la Ley de Sociedades Anónimas distinta a la habitual. Este precepto, si literalmente menciona el requisito de la aprobación a continuación de la inscripción de la sociedad, no dice que el plazo deba computarse a partir de esta última. O sea, que *podría pensarse que el plazo se computa a partir de la celebración de los contratos*. Esta interpretación no es totalmente arbitraria, si se tiene en cuenta que la aprobación de los contratos puede producirse antes de la

que los problemas hayan quedado totalmente resueltos con la reforma belga como con ninguno de los preceptos que se ocupan de esta materia.

(91) Así lo defendíamos en relación con las uniones de empresa en *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*, Madrid, 1971, 404-412.

(92) CÁMARA, ob. cit., 129-130; URÍA, *Las sociedades*, 194, donde anuncia y elogia el criterio adoptado en el Anteproyecto de LSA, de conversión automática de la S. A. en Sociedad colectiva, con el mero transcurso de un plazo legal (en efecto, el art. 9.º del Anteproyecto lo establece así, transcurrido un año desde la firma de la escritura). Ver sobre el tema, en Italia, nota 29.

inscripción, como parece desprenderse del artículo 21, *a*), de la Ley de Sociedades Anónimas, según un amplio sector doctrinal, por parte de la Junta Constituyente, y por parte de todos los socios fundadores en la fundación simultánea, según admitió la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1969 (92 bis). No obstante, hay que reconocer que de este modo no interpretamos el artículo 7.º de acuerdo con la verdadera voluntad del legislador, según nos demuestran los antecedentes, bien conocidos, relativos a su elaboración. Por otro lado, con esta interpretación, el plazo de tres meses resultaría excesivamente corto y obligaría a tenerlo continuamente en cuenta en la contratación para modificarlo. Ahora bien, el tercero contratante, una vez transcurrido el plazo legal y ya desvinculado, por tanto, del contrato, puede esperar y consentir una aprobación retrasada de la sociedad. El transcurso del plazo legal, establecido en favor del tercero, no impide una ulterior perfección del contrato, sin necesidad de tener que renovar ambas declaraciones de voluntad.

La aprobación por la sociedad puede realizarse antes del transcurso de los tres meses a contar de la inscripción (interpretación generalizada, como decimos, del cómputo del plazo), y puede realizarse también después si el tercero consiente o confirma entonces el contrato. Pero también se admite que pueda darse antes de la inscripción de la sociedad, bien mediante el consentimiento o aprobación unánime de todos los socios fundadores (sentencia citada de 31 de mayo de 1969) o incluso antes del otorgamiento de la escritura de constitución de la sociedad, como es el caso de la aprobación expresa y unánime de las «gestiones» realizadas por los promotores por parte de la Junta Constituyente.

Pasemos, pues, ahora al segundo problema enunciado, el del órgano social competente para la aprobación. Antes de la inscripción, la aprobación ha de venir del consentimiento unánime de los socios o de la Junta Constituyente, caso de que se admita que lo haga esta última (93). En

(92 bis) Sobre el tema, el T. S. se ha ocupado de dos recursos en juicios mantenidos por idénticas partes (demandante, don Enrique Tolón de Galí, y demandada y recurrente, «Almoradí, S. A.», de Alicante). En la Sentencia de 7 de junio de 1968 (*Col. Leg.* núm. 455, 138 ss.) el T. S. alega que los tres únicos socios reunidos en Junta general extraordinaria, antes de la inscripción de la sociedad, habían dado un amplísimo poder al Presidente del Consejo de Administración, pero, sobre todo, que la sociedad ratificó tácitamente este poder (Considerando 3.º). En la Sentencia de 31 de mayo de 1969 (*Col. Leg.* núm. 363, 526 ss.) se apoya en el argumento de la Audiencia de que «todos los socios tuvieron conocimiento del contrato celebrado y lo ratificaron» (Consid. 4.º).

(93) A favor de esta solución en nuestra doctrina, RUBIO, *Curso*, 207, quien precisamente refiere la posibilidad de ratificación «principalmente» a la fundación sucesiva y a cargo de la Junta constituyente. En contra, GARRIGUES, *Comentario*, 179, y 3.ª ed., 194, que entiende, sin embargo, que la sociedad queda obligada a la aceptación, bajo responsabilidad de daños y perjuicios frente a los terceros. GIRÓN TENA, *Der. de S. A.*, 169, adopta también una postura intermedia, recono-

ninguno de los dos casos puede hablarse de verdadero órgano social. Después de la inscripción de la sociedad, con la aparición de su personalidad jurídica, puede hablarse ya de órganos sociales. ¿Cuál será el órgano competente para la aprobación?

La jurisprudencia italiana exige que la aprobación sea dada mediante acuerdo de Junta General de Accionistas, en tanto que en Derecho suizo se atribuye esta facultad al órgano de administración (94). En nuestro Derecho, a falta de norma expresa sobre el órgano competente, creemos que puede aprobar los contratos el propio órgano de administración, si los contratos estipulados pertenecen al objeto social, siempre que—podemos añadir, con el fin de salvar la buena fe—no se produzca identidad de personas entre gestores estipulantes de los contratos y administradores que los aprueban (95). En otro caso sólo podrá aprobarlos la Junta General. También será necesario el acuerdo de Junta General expreso, y previo informe escrito de los administradores, en el supuesto contemplado en el artículo 32-5.º de la Ley de Sociedades Anónimas, o sea, adquisiciones de bienes a título oneroso, cuyo importe exceda de la décima parte del capital social, realizadas dentro del primer año (que, evidentemente, incluye las realizadas en base a contratos estipulados en nombre de la sociedad antes de su inscripción).

Con respecto a la forma de la aprobación, las doctrinas alemana y suiza desde siempre han admitido que la aprobación de los contratos por la

ciendo a la aprobación por la Junta constituyente meros efectos internos, si bien se refiere expresamente sólo a los actos necesarios. En Derecho comparado la tendencia es admitir la aprobación por la Junta constituyente: C. civile italiano, artículo 2.238-2.º, y Decreto francés de 23 de marzo de 1967, artículo 67, que exige que los actos objeto de aprobación figuren en una relación que se adjunta a los estatutos. El problema *de lege ferenda* aparece resuelto en el Anteproyecto de LSA, artículos 25 y 32, que admiten la aprobación por la Junta constituyente.

(94) *Casi e materiali* ..., cit., 121. En Derecho francés, en base al artículo 5.º de la Ley de 1966, se admite la «reprise» por la Junta General, posterior o incluso anterior a la inscripción, aunque el Decreto de 1967 sólo se ha ocupado expresamente de otras formas de asunción (por la Junta constituyente, por mandato expreso y concreto, etc.). Ver HOUIN, *RTDC*, 1973, 803. HOUIN deduce la la S. Cass. Comm. de 3 de abril de 1973 que no sería suficiente el acuerdo de Consejo de Administración (*RTDC*, 1972, 638-639, y 1973, 806); por contra, Mlle. BERNARD, en relación con la S. Cass. Comm. de 12 de febrero de 1974, opina que debería bastar la aprobación del órgano de administración (ver MERLE, ob. cit., 25).

En Derecho alemán, el órgano competente es en principio el «Vorstand», aunque la doctrina no se plantea en general este problema.

En Derecho suizo puede asumir las obligaciones el órgano de administración (ver STEIGER, *Le droit des S. A. en Suisse*, cit., 144-145).

(95) GIRÓN TENA, *Derecho de S. A.*, 167; CÁMARA, ob. cit., 136 ss.; GARRIGUES, *Comentario*, 3.ª ed., 193. Por el contrario, habían defendido la competencia exclusiva de la Junta General LÓPEZ BARRANTES-MEJÍAS GONZÁLEZ, ob. cit., 59; y GAY DE MONTELLÁ, R., *Tratado de S. A.*, 80.

sociedad pueda ser tácita (96), solución aceptada también por la doctrina española y que ha sido consagrada por las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1967, de 7 de junio de 1968, de 31 de mayo de 1969 y de 5 de junio de 1972 (97). Acertadamente, sin embargo, el artículo 9.º del Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas exige la «aceptación expresa», con el fin de dar la mayor seguridad a este extremo tan importante, si bien sigue sin pronunciarse sobre el órgano competente para ella, por lo que, caso de convertirse en norma positiva, creemos que podría valer la interpretación amplia propuesta.

5.3. RÉGIMEN DE LAS APORTACIONES SOCIALES DURANTE EL PERÍODO DE SOCIEDAD EN CONSTITUCIÓN

Durante el período de sociedad en constitución, el contrato de sociedad tiene unos efectos limitados a lograr la constitución legal o regular de la sociedad en las condiciones óptimas. Como afirma la doctrina, el contrato de sociedad se otorga bajo condición presunta por el legislador (*conditio juris*) de que la sociedad se incriba (98), a no ser—añadimos—que aparezca como voluntad manifiesta de los socios iniciar la explotación del objeto social sin haber observado los requisitos de regular constitución. Como consecuencia de esta premisa hemos de convenir en que el contrato de sociedad, aun válidamente estipulado, no es título suficiente para constituir un fondo común o copropiedad, integrado por las aportaciones realizadas por fundadores y suscriptores (99). Esto es así cualquiera que

(96) GODIN-WILHELMI, 196, comentario 11; BAUMBACH-HUECK, 108, comentario 10, quienes, aun teniendo en cuenta la necesaria notificación al tercero de la asunción de las obligaciones, admiten la asunción tácita, en especial en los contratos de duración, en los que en su opinión la buena fe exige a la sociedad una pronta decisión antes del transcurso del plazo legal de tres meses. GESSLER, 41, comentario 3. En Suiza el Tribunal Federal ha admitido la asunción tácita (STEIGER, 145). También, respecto del Derecho belga, SIMONT, ob. cit., 73.

(97) *Col. Leg. Jur. Civil*, núm. 230, 15 y ss.; núm. 455, 138 ss.; núm. 363, 526 ss. (estas últimas ya citadas en nota 92 bis), y núm. 319, 79 ss. En doctrina, VELASCO ALONSO, *La LSA. Anotaciones y concordancias*, cit., 75. GARRIGUES, *Comentario*, 3.ª ed., 194.

(98) FRE, *Società per azioni*, 85-86. En Francia, antes de la Ley de 1966, lo afirmaba así la doctrina con respecto al contrato de aportación en caso de constitución de sociedad anónima (mientras que en las sociedades personalistas y SRL consideraban la aportación simultánea a la perfección del contrato y al nacimiento de la personalidad jurídica, que se producía antes de la inscripción). Ver LYON-CAEN y RENAULT, núm. 684; HOUPIIN-BOSVIEUX, núm. 654, cit. por CABBASSÈDES, M. J., «La nature et le régime juridique de l'opération d'apport», *Rev. des sociétés*, 3/1976, 450 ss.

(99) GARRIGUES, *Tratado*, I, 1.º, 442 ss., y «Teoría general», *RDM*, núms. 132-133, 215. En el mismo sentido, MARTÍNEZ ALMEYDA, en *AAMN*, vol. V, 222 ss. En contra estaría la tesis de ROCA SASTRE y de CÁMARA de que la aportación social no es una enajenación a la sociedad (ver CÁMARA, *Estudios*, 178 ss.).

sea el tipo social proyectado, y en el caso de fundación de una Sociedad Anónima, tanto en el procedimiento de fundación simultánea como en el de fundación sucesiva. La consecuencia lógica es que el objeto de las aportaciones sigue siendo propiedad del socio, con todo lo que deriva de ello. En especial, los acreedores del socio podrán embargar y ejecutar tales aportaciones, pues no es de aplicación el artículo 174 del Código de Comercio, que contempla una sociedad ya constituida.

Las aportaciones que se entregan de inmediato (las dinerarias), se realizan a título de depósito y no de propiedad, tanto si se entregan a los gestores o promotores como si se entregan a una entidad depositaria (régimen éste necesario en la Ley de Sociedades Anónimas, según se desprende de los arts. 17 y 19-2.º de la misma) (100). En caso de entrega de las aportaciones a los gestores o administradores nombrados en el contrato, se entenderá realizada a nombre o en favor de la futura sociedad. Será aplicable al supuesto el artículo 309 del Código de Comercio (101), que prevé el otorgamiento por el depositante al depositario de la facultad de disponer de la cosa depositada a los fines estipulados (aquí, el cumplimiento de la comisión de constituir una sociedad). En caso de entrega a una entidad depositaria, sólo los órganos sociales podrán disponer de ellas una vez constituida la sociedad, y acreditando este hecho y su condición de administradores mediante la oportuna certificación registral. Por otro lado, la estipulación del contrato de servicios de ventanilla y de depósito, generalmente instrumentado mediante apertura de una cuenta corriente bancaria, deberá calificarse como «acto necesario», a los efectos de que la sociedad satisfaga los «gastos necesarios» derivados del mismo una vez constituida, puesto que su estipulación viene impuesta por la ley. El Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas, acertadamente, prevé en su artículo 14 que se haga constar la constitución del depósito a nombre de la sociedad en la misma escritura de fundación y, por tanto, también en la simultánea. Y el artículo 23, 2.º, en la sucesiva, declara indisponibles las aportaciones hasta que la sociedad quede inscrita en el RM.

En todo caso, a la **restitución** de las aportaciones a los socios, liberándolas del régimen especial de depósito a que han quedado sometidas, no es aplicable el régimen de liquidación social. En nuestra opinión, procede simplemente la *rendición de cuentas* por parte de los gestores ante sus mandantes y la *liquidación de los gastos necesarios*, en concepto de

(100) Ver en especial CABBASSÈDES, cit., 450 ss

(101) Sobre el artículo 309 del Código de Comercio, ver en especial GARRIGUES, *Curso*, cit., II, 135. BROSETA, *Manual*, 418, destaca el importante papel del depósito, no como contrato principal, sino accesorio de otros. En el caso que nos ocupa lo sería del contrato de sociedad, del que deriva el encargo a los gestores de cumplir las formalidades de constitución.

provisión de fondos, que hayan anticipado aquéllos. Los gastos necesarios, en tal caso, correrán a cargo de los fundadores en la fundación simultánea de Sociedades Anónimas o en la de cualquier otro tipo de sociedad, o de los «promotores» de la Cooperativa. O bien, a cargo de los promotores de la Sociedad Anónima, en caso de fundación sucesiva, a no ser que la Junta Constituyente haya aprobado expresamente las gestiones realizadas por ellos, pues, en tal caso, en aplicación del artículo 28, último párrafo, parece que los suscriptores deberán asumir ya tales gastos necesarios. En todo caso, es indudable que deberán correr con los gastos los suscriptores que votaron en favor de la aprobación en dicha Junta.

Con respecto a las aportaciones *in natura* hay que distinguir entre el efecto obligacional (la suscripción) y el efecto real (la adquisición de su propiedad por la sociedad inscrita) (102).

5.4. LA TRANSMISIÓN DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES EN PERÍODO DE SOCIEDAD EN CONSTITUCIÓN

Antes de su inscripción, la sociedad en constitución existe tan sólo como contrato, cuyos efectos aún no se han producido en su totalidad porque falta la intervención pública, consistente en la calificación e inscripción registral. No habiendo surgido la nueva persona jurídica, aún no se ha producido la transmisión de la titularidad de las aportaciones de los socios, que no constituyen un fondo común o copropiedad previa, como podría inducir a pensar el artículo 1.674 del Código civil (103). En consecuencia, la aportación de los socios aún no se ha consumado, y en sustitución de ella aún no ha aparecido la «participación» del socio en la sociedad. Existe tan sólo la condición subjetiva de parte en un contrato de sociedad en constitución, cuya transmisión exigirá siempre el consentimiento unánime de todos los socios.

Con respecto a los negocios de transmisión de las futuras participaciones estipulados en período de sociedad en constitución, hay que estar al especial grado de *intuitus personae* que la ley o el propio acto constitutivo o estatutos establezcan. Con respecto a la participación en una sociedad personalista (colectiva y comanditaria) sería necesario también el consentimiento de los demás socios (art. 143 del Código de Comercio, coincidente con el 1.696 del Código civil). Con respecto a la Sociedad de Responsabilidad Limitada, el compromiso de transmisión de participaciones será válido, quedando su ejecución sometida al régimen previsto en el artícu-

(102) CABBASSÈDES, 452 ss.

(103) Así lo advierte GARRIGUES, *Teoría general...*, 216.

lo 20 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada una vez constituida la sociedad. Con respecto a la Cooperativa, el compromiso de transmitir las futuras participaciones sociales será válido, y exigible tras la constitución, si se estipula en favor de otro socio (art. 15 de la Ley de Cooperativas). Por último, con respecto a la Sociedad Anónima, la prohibición de transmitir las acciones en período de sociedad en constitución (artículo 14 de la Ley de Sociedades Anónimas) intenta evitar el fraude a terceros, con respecto a la imposible transmisión de cosa aún inexistente (las acciones). Y no puede impedir el contrato de venta de las futuras acciones, de efectos puramente obligacionales, y sometido a la *conditio juris* de la inscripción de la Sociedad Anónima o, lo que es lo mismo, del nacimiento de las acciones, como cosa futura objeto del contrato. En caso de existir restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de las acciones, a la citada *conditio juris* se añadirá la condición de que se reúnan las circunstancias exigidas (cualidades del cesionario, aprobación del órgano de administración social, etc.) (104).

6. CONCLUSIONES

1.^a Los artículos 117 a 120 del Código de Comercio, así como los 7.º y 28 de la Ley de Sociedades Anónimas, 6.º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 41 de la Ley de Cooperativas, regulan la sociedad en constitución, si bien de manera imperfecta e incompleta, que ha originado grandes discrepancias de interpretación en la doctrina y jurisprudencia.

2.^a Con respecto a los actos estipulados por los gestores en nombre de la sociedad en constitución, la doctrina debe aportar soluciones prácticas que atiendan debidamente a todos los intereses en presencia: de los terceros, de los socios, de los gestores estipulantes y, en relación con estos últimos, el de la futura empresa. De acuerdo con este planteamiento, hay que interpretar las normas que históricamente han impuesto la responsabilidad personal por estos actos a sus estipulantes, motivadas por un afán de impedir los fraudes a terceros.

3.^a En este sentido, los artículos 120 del Código de Comercio, 7.º y 28 de la Ley de Sociedades Anónimas, 6.º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 41 de la Ley de Cooperativas establecen una responsabilidad extracontractual o por culpa en la estipulación de tales

(104) BROSETA, M., y VICENT, F., *La prohibida transmisión de acciones..*, 48 ss.

actos; pero esta presunción de culpa debe ser susceptible de prueba en contrario. Fuera del supuesto de estas normas está la contratación, en la que el tercero es debidamente advertido de la situación en que se encuentra la sociedad (contratación bajo condición suspensiva, salvo aprobación o confirmación, o bien simplemente «en nombre de la sociedad X, en constitución»). Cuando se da el supuesto de nacimiento de dicha responsabilidad, tendrá las características propias de la responsabilidad extra-contractual.

4.^a Fuera del supuesto de dicha responsabilidad, los gestores pueden estipular actos necesarios para la constitución de la sociedad, que ésta asume automáticamente una vez constituida. Las exigencias de la práctica aconsejan extender la noción de estos actos a los «económicamente necesarios».

5.^a También fuera del supuesto de dicha responsabilidad, los contratos estipulados y pendientes de ejecución por ella se han de calificar como ofertas de contrato que vinculan unilateralmente a los terceros y que la sociedad aprobará o no en su día. Este tipo de actuación, lícita y conveniente para ambas partes, no puede ser impedida por la ley. Es más, deben removerse algunas deficiencias normativas en orden a su regulación.

6.^a Antes de la inscripción de la sociedad, las aportaciones o no han salido de la propiedad y posesión del socio o bien han sido transmitidas a los gestores o a entidades depositarias a título de depósito. Su restitución al socio, si no se constituye la sociedad, no precisa de previa liquidación social, sino de una mera rendición de cuentas y liquidación de gastos necesarios dentro de las normas del mandato o comisión.

7.^a Antes de la inscripción de la sociedad, la condición de fundador o suscriptor sólo puede transmitirse con el consentimiento de los demás contratantes. La transmisión de la futura participación social puede pactarse válidamente, pero su ejecución exigirá tener en cuenta los requisitos legales y estatutarios. En este sentido debe interpretarse también el artículo 14 de la Ley de Sociedades Anónimas.

8.^a El Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas, en elaboración por la Comisión de Codificación, perfecciona el actual régimen de la sociedad en constitución; pero, como hemos visto, en algunos puntos su actual redacción podría mejorarse: señalando el momento del comienzo de las operaciones sociales; estableciendo con claridad el supuesto de prohibición de estipular actos en nombre de la futura sociedad y de la consiguiente responsabilidad, así como de la transmisión de acciones; regulan-

do mejor los supuestos de actuación lícita (ampliación del concepto de «actos necesarios», contratación salvo aprobación de la sociedad, etc.); dando una mejor solución al problema de escrituras de constitución de Sociedades Anónimas no inscritas dentro de un determinado plazo legal, etcétera. En el caso de que en punto a obligaciones contraídas en nombre de la futura sociedad, se estimara preferible seguir la solución del artículo 7.º de la Primera Directriz de la CEE, habría que introducirla con su expresa admisión del pacto en contrario, con el fin de evitar posibles interpretaciones absolutistas de la responsabilidad impuesta a los estipulantes, que van en contra del interés de la sociedad en constitución.

FRANCISCO VICENT CHULIÁ

Profesor agregado de Derecho mercantil
de la Universidad de Valencia

Elementos comunes, procomunales y anejos: caracteres diferenciales y disposición de los mismos

Conferencia pronunciada dentro del ciclo sobre
Propiedad Horizontal, organizado por las Cámaras
Oficiales de la Propiedad Urbana de la Zona Cuarta
en diciembre de 1975

I. INTRODUCCIÓN

Estimados señores: Como ya sabrán por los programas que obran en su poder, esta conferencia va a tratar, dentro del contexto general de la Propiedad Horizontal, del tema:

ELEMENTOS COMUNES, PROCOMUNALES Y ANEJOS: CARACTERES DIFERENCIALES Y DISPOSICION DE LOS MISMOS.

• Su contenido es quizá demasiado ambicioso y extenso, pero deben ustedes tener en cuenta que no pretendo agotar los posibles problemas que pueden plantearse, porque muchos de ellos son objeto específico de estudio en otras conferencias de este mismo ciclo.

Por ello, y sin perjuicio de abarcar en lo posible, con carácter general, los epígrafes señalados en el título, voy a detenerme de una manera especial en esos elementos llamados PROCOMUNALES, porque su configuración en nuestra normativa española puede decirse que está aún insuficientemente desarrollada.

Inevitablemente tendré que hacer mención a los elementos privativos, no incluidos expresamente en el título, como referencia y necesario apoyo para el mejor entendimiento de todos los demás.

II. PREMISAS

Como se dice muy acertadamente en el acta de las sesiones de trabajo, celebradas con ocasión del Primer Simposio sobre Propiedad Horizontal, organizado por las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana de la Zona de Levante en 1972, la Propiedad Horizontal tiene por objeto una UNIDAD ORGANICA DE EDIFICACION, en la que tienen cabida los elementos privativos y comunes, que deben considerarse como ordinarios, y los procomunales y anejos, que deben calificarse como extraordinarios o especiales porque no siempre existen en aquélla.

Y en esta Propiedad Horizontal debemos tener en cuenta, antes de entrar directamente en el objeto de esta conferencia, las dos siguientes premisas:

Primera: Normativa aplicable o fuentes

Conviene precisar que la Propiedad Horizontal en España se rige, por orden preferente, por las siguientes normas:

1. Ley especial de 21 de julio de 1960.
2. Artículo 396 del Código civil, según el texto dado al mismo por la ley antes relacionada.
3. Ley Hipotecaria en la materia específica que es de su competencia.
4. Estatutos y reglamentos de régimen interior aprobados, en su caso, en cuanto respeten las normas imperativas de las anteriormente relacionadas.
5. Preceptos contenidos en el Código civil referentes a la comunidad de bienes.

Además, y aun sin tener carácter de fuente formal, hemos de tener en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo con la fuerza complementaria que el artículo 1 reformado del Código civil le asigna cuando constituye jurisprudencia, así como la extraordinaria aportación de la Dirección General de los Registros y del Notariado a través de sus razonadas resoluciones.

Tampoco debemos olvidar la eficaz experiencia de los Notarios, ma-

nifestada a través de libros y revistas, quienes continuamente se ven obligados a resolver en sus despachos los innumerables problemas que esta materia hoy día presenta.

Segunda: Carácter especialmente imperativo de sus normas

De la jerarquía de fuentes anteriormente relacionadas resulta que la voluntad de los particulares solamente podrá actuar respetando las normas imperativas o de derecho necesario contenidas en aquéllas.

Así lo dice expresamente el artículo 396 del Código civil en su último apartado, disponiendo que: «Esta forma de propiedad se rige por las disposiciones legales especiales y, *en lo que las mismas permitan*, por la voluntad de los interesados.»

Y tal principio ha sido reiteradamente ratificado por el Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Concretamente, la sentencia de 10 de mayo de 1965 de nuestro más Alto Tribunal destaca en el actual ordenamiento sobre Propiedad Horizontal, su carácter de *derecho necesario*, frente al cual la voluntad particular ha de adoptar una posición de sumisión y complemento.

Determinar en cada caso qué es lo imperativo o lo dispositivo en esta materia tiene una importancia esencial y tendré que referirme a tal cuestión a lo largo de mi conferencia, pero de momento no insistiré más en este punto, que ha sido objeto específico de la conferencia del compañero Manuel Serrano, que con tanta brillantez ha expuesto.

* * *

Y una vez sentadas las anteriores premisas entro directamente en el desarrollo específico de mi conferencia.

Por razones de orden, primero haré un estudio separado de cada elemento componente de la Propiedad Horizontal, señalando sus caracteres específicos diferenciadores, para después referirme a los actos de disposición otorgables sobre los mismos.

III. ELEMENTOS PRIVATIVOS: CARACTERES

El elemento privativo en la Propiedad Horizontal es el primordial o básico y se encuentra suficientemente configurado en la ley, por cuya razón no ofrece problemas importantes en su caracterización.

El artículo 396 del Código civil dice que «los diferentes pisos o locales de un edificio o las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento

independiente, por tener salida a un elemento común de aquél o a la vía pública, podrán ser objeto de propiedad separada...».

Y el artículo 3 de la Ley especial de 1960, completando más el texto anterior, dispone que: «En el régimen de propiedad establecido en el artículo 396 del Código civil corresponde al dueño de cada piso o local:

a) El derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado de aprovechamiento independiente...»

Poniendo en relación ambos preceptos vemos que los caracteres diferenciadores de esos elementos privativos son:

1) Espacio suficientemente delimitado:

Cualquier espacio del inmueble suficientemente delimitado y que, por su propia naturaleza, no tenga la condición de elemento común, puede constituir elemento privativo. La noción del Código civil se ensancha en la Ley especial para comprender recintos que no sean un piso o local, en el sentido estricto que habitualmente se ha empleado.

Tal delimitación debe ser cúbica y no exige cerramiento, como parece reconocer la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 1973 en su considerando 2.º. Pero en todo caso tal delimitación ha de estar claramente establecida.

2) Susceptible de aprovechamiento independiente:

Para ello ha de tener salida a un elemento común o a la vía pública. De ahí que sea una propiedad separada.

3) Haber sido constituido como tal en el título o en los Estatutos.

Ya veremos que los caracteres anteriores pueden darse en otros elementos distintos de los privativos, por lo que en muchos casos la determinación del título constitutivo o de los Estatutos es esencial. En caso de duda, la presunción se da en favor de la comunidad.

4) Se inscribirá en folio separado abriendo número de finca registral, pero relacionada con la inscripción matriz, en donde se reflejan las normas comunes de la Propiedad Horizontal.

* * *

Pues bien, como ya he dicho, la determinación de tales elementos privativos apenas sí presenta problemas de importancia. Únicamente pueden surgir las siguientes cuestiones:

a) Si la delimitación del espacio exige que el elemento o departamento privativo haya de estar situado en el mismo plano horizontal.

La respuesta estimo que debe ser negativa, ya que el departamento puede estar delimitado en diferentes alturas siempre que estén comunicadas entre sí y haya cierta unidad funcional. Este parece el criterio de

la Dirección General de los Registros y del Notariado en la resolución de 16 de septiembre de 1967.

Tal supuesto se presenta en los departamentos llamados «dúplex».

b) Si el departamento puede ser discontinuo:

La respuesta es claramente positiva siempre que también exista unidad funcional. En esa discontinuidad se funda normalmente, como veremos, la existencia de los «anejos», reconocidos expresamente en la ley.

IV. ELEMENTOS COMUNES: CARACTERES

El artículo 396 del Código civil continúa diciendo cómo esa propiedad separada sobre las partes privativas «llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los demás elementos del edificio NECESARIOS para su adecuado uso y disfrute...».

Y el artículo 3 de la Ley especial dice que el dueño de cada piso o local, además del derecho sobre la parte privativa, tendrá «la copropiedad, con los demás dueños de pisos o locales, de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes».

Pues bien, antes de entrar en la determinación de sus caracteres diferenciadores voy a hacer una referencia a las varias clases de elementos comunes que pueden presentarse:

a) Generales y particulares:

En los grandes edificios, y no digamos en las Propiedades Horizontales formadas de varios de aquéllos, es factible que el uso o disfrute de algunos elementos comunes no alcance a la totalidad de sus componentes. Pensemos, como expresión sencilla, en un edificio en donde haya dos escaleras con acceso respectivo para distinto grupo de viviendas. En tal caso, dicha escalera, ascensor, etc., serán comunes particulares para cada grupo, sin perjuicio de los elementos comunes generales para todo el edificio.

b) Elementos, pertenencias y servicios comunes:

Frente al criterio general del Código, la ley hace la distinción anteriormente referida.

El concepto de pertenencia no está recogido en nuestra legislación. El Código civil alemán, al estudiar las relaciones de accesoriedad en las cosas, distingue entre PARTES INTEGRANTES, como «aquellos elementos componentes de un todo que teniendo cierta autonomía están coligados entre sí para formar aquél» (art. 93), y PERTENENCIAS, como «cosas por sí mismas que, conservando su individualidad y autonomía, son puestas en relación duradera de subordinación respecto de la

cosa principal para servir a los fines de ésta» (art. 97). A su vez, las partes integrantes son esenciales o no esenciales.

MARTÍN-GRANIZO incluye dentro de las partes integrantes los elementos y servicios comunes, y como pertenencias, siguiendo el criterio de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de junio de 1929, suelen considerarse los llamados inmuebles por destino.

c) Esenciales y convencionales:

Más importancia para mi objeto tiene la distinción entre elementos comunes esenciales o por naturaleza y elementos comunes accidentales, convencionales o por destino.

Según la conocida sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1965, ya citada, los primeros son los «*inherentes* al derecho singular de propiedad sobre cada uno de los espacios delimitados susceptibles de aprovechamiento independiente, que son objeto de enumeración *ad exemplum* en la propia ley», mientras los segundos son «aquellos que se *adscriben* especialmente al servicio de todos o algunos de los propietarios singulares».

La distinción concreta de cuándo estamos ante un elemento común por naturaleza o cuándo ante uno accidental o por destino no resulta normalmente tarea fácil.

En principio habría que pensar que los relacionados en el artículo 396 del Código civil son siempre esenciales, aunque no solamente ellos, por cuanto dice que «son elementos del edificio NECESARIOS para su adecuado uso y disfrute». Pero si profundizamos un poco en tal relación veremos que no es así porque:

1. Se han adicionado en la última reforma dos elementos que no figuraban anteriormente, concretamente «vuelo» y «porterías», y se han eliminado otros dos de la anterior relación, a saber, «sótanos» y «desagües».

2. Pues bien, mientras parece acertada la eliminación del sótano, que, como luego veremos, puede o no ser elemento común, no lo es la inclusión del vuelo y de las porterías e incluso del suelo, que ya figuraba en la anterior relación.

El vuelo puede configurarse como elemento privativo a los efectos establecidos en el artículo 16-2 del Reglamento Hipotecario.

El suelo puede no incluirse en la Propiedad Horizontal mediante la ejecución a través del derecho de superficie, según los artículos 157 y siguientes de la Ley del Suelo, reformados en mayo del presente año.

Y en cuanto a las porterías hay que distinguir entre el servicio prestado ordinariamente en el pequeño espacio situado a la entrada del

portal y el piso dedicado a la vivienda del portero. Y ni uno ni otro pueden considerarse como elemento común esencial o por naturaleza. El servicio de portería puede o no existir. Y el piso del portero es un típico elemento común accidental o por destino, y por ese carácter puede configurarse como tal o como elemento procomunal, actuando en su determinación libremente la voluntad de los interesados. Así parece deducirse, entre otras, de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de diciembre de 1971 y 15 de junio de 1973.

Por todo lo cual he de concluir que no hay un criterio legal de distinción de ambas clases de elementos comunes y que, por tanto, habrá de tenerse en cuenta cada edificio en particular. Evidentemente, existen elementos comunes naturales o esenciales, pero ni son todos los relacionados en el artículo 396 del Código civil ni solamente ellos.

Y con estas consideraciones previas paso a determinar los caracteres de los elementos comunes:

1) Son dependencias necesarias o simplemente útiles para el adecuado uso y disfrute del elemento privativo.

Serán necesarias cuando se trate de los que hemos llamado elementos esenciales o por naturaleza. Y serán útiles los llamados elementos accidentales, convencionales o por destino.

2) Como resultado de la característica anterior, tienen una finalidad de servicio o accesoriedad con el correspondiente elemento privativo.

3) Mientras mantengan su consideración de elementos comunes son inseparables de la parte privativa.

4) El derecho o participación del titular del elemento privativo sobre los elementos comunes se concreta a través de la cuota, que se configura así como módulo de proporcionalidad.

5) Existen en un número indeterminado y no es precisa su relación en el título por cuanto, como principio general, se considera que todo elemento del edificio que no tenga expresamente señalada otra naturaleza es elemento común.

6) Su inscripción en el Registro de la Propiedad, materializada en la cuota de participación, se practica en el mismo folio y número que el elemento privativo correspondiente.

V. ELEMENTOS ANEJOS: CARACTERES

A estos elementos se refiere también el artículo 396 del Código civil, que en su párrafo segundo, con referencia a los elementos comunes, dice que éstos son «anejo inseparable» de la parte determinada privativa.

Indudablemente, no utiliza el Código la palabra en su sentido técnico, sino en el puramente gramatical, para constatar la relación accesorio que tales elementos comunes tienen, como hemos visto, con la parte privativa. No olvidemos que, según nuestro *Diccionario de la Lengua*, anejo es igual a «unido, agregado, dependiente, accesorio».

Es la Ley especial de 1960 la que ya precisa el concepto en su estricto sentido. Y así, el artículo 3.º determina que corresponde al dueño de cada piso o local:

«a) El derecho singular y exclusivo sobre..., etc. (aquí delimita el departamento o elemento privativo)..., así como el de LOS ANEJOS que expresamente hayan sido señalados en el título, AUNQUE SE HALLÉN SITUADOS FUERA DEL ESPACIO DELIMITADO.»

Por último, el artículo 5.º de la misma ley, dentro de la descripción que el título constitutivo señala para cada piso o local, dispone que se expresen «LOS ANEJOS, tales como garaje, buhardilla o sótano».

A la vista de lo anterior, podemos considerar como caracteres de los elementos anejos los siguientes:

- 1) Son espacios delimitados susceptibles de aprovechamiento independiente.
- 2) Son accesorios del elemento o departamento privativo a cuyo fin sirven, formando parte integrante no esencial del mismo.
- 3) Han de determinarse expresamente en el título constitutivo como tales, pues en caso contrario se considerarán elementos comunes. En el mismo título se señalará el piso o local del que son accesorios, bastando una simple referencia y no siendo necesaria, aunque sí conveniente, su descripción total.
- 4) No tienen cuota especial de participación en los elementos comunes por aprovecharles la del elemento privativo base.
- 5) Deben tener acceso independiente desde algún elemento común o desde la vía pública.
- 6) Se inscriben en el mismo folio y número del departamento privativo base.

* * *

Puede surgir el problema en cuanto a la exigencia o no de que tales anejos estén situados *fuera* del espacio delimitado constitutivo del piso o local del que son accesorios.

Normalmente, el anejo está situado fuera de ese espacio, y así ocurre con las plazas de garaje cuando se configuran como tales, los llamados

trasteros, etc.; pero no podemos ignorar la posibilidad de que estén dentro del mismo, pues así parece admitirlo el propio artículo 3 de la Ley especial, que al referirse a ellos dice expresamente: «aunque se hallen situados fuera del espacio delimitado». A *sensu contrario* reconoce la ley que puedan estar dentro.

En este caso, los supuestos son reducidos. Se me ocurre pensar en esos armarios situados dentro del piso con entrada por el pasillo, elemento común.

En tales excepcionales supuestos de situación del anejo dentro del piso o local, entiendo que su entrada o acceso ha de realizarse a través de un elemento común o de la vía pública, de acuerdo con la característica número 5, que he señalado anteriormente. En otro caso, estimo que no sería un anejo, sino el propio piso o local.

Por último, he de decir que ISIDORO DELGADO ROLLÁN plantea, en trabajo publicado en 1971 de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, la posibilidad de que los anejos estén incluso situados fuera del edificio. Pero esta situación anómala envuelve numerosos problemas, que no podemos ni siquiera relacionar, por lo que me limito a esta cita.

VI. ELEMENTOS PROCOMUNALES: CARACTERES

Ya dije al principio que iba a detenerme especialmente en el estudio de estos elementos especiales o extraordinarios de la Propiedad Horizontal. Me temo, sin embargo, que voy a tener que resumir para no resultarles demasiado pesado. Lo intentaré.

Ni en el Código civil, ni en la Ley especial de 1960, ni, por supuesto, en las demás normas subsidiarias, al principio señaladas, encontraremos la palabra «elemento procomunal».

Su apoyo legal se asienta en el artículo 4.º de la Ley de Propiedad Horizontal, y su desarrollo doctrinal se debe especialmente a los Notarios, quienes, sobre todo en la zona de Levante, acuden a la configuración del departamento procomunal como medio más adecuado para regular situaciones de difícil solución a través de los elementos que hemos estudiado. Creo que lo bautizó así el Notario MONET.

Su utilidad es evidente, bien para cubrir una conveniencia económica (como en los departamentos procomunales para renta o venta posterior), bien para llenar necesidades transitorias o de frecuencia dudosa (como la vivienda del portero) o bien para solucionar situaciones de encaje discutible entre lo privativo y lo común que exigen fórmulas intermedias (como los garajes, que, según estamos viendo, pueden configurarse en alguna de estas normas: 1) Cada plaza de garaje es un de-

partamento privativo del edificio. 2) Todo el sótano o planta destinado a garaje es un departamento procomunal, sin perjuicio de delimitar de una u otra forma las plazas o «jaulas». 3) Cada plaza de garaje es un anejo de todos o algunos de los departamentos privativos. 4) El sótano o planta destinado a garaje es un estricto elemento común, etc.).

La Dirección General de los Registros y del Notariado, como iremos viendo, ha reconocido la existencia legal del elemento «procomunal», utilizando tal nombre, que se puede ya considerar consagrado, sobre la base de dicho artículo 4.º de la Ley de 1960.

Vayamos, pues, al artículo 4.º Dice así:

«La acción de división no procederá para hacer cesar la situación que regula esta ley. Sólo podrá ejercitarse por *cada* propietario proindiviso sobre un piso o local determinado, circunscrita al mismo, y SIEMPRE QUE LA PROINDIVISION NO HAYA SIDO ESTABLECIDA DE INTENTO PARA EL SERVICIO O UTILIDAD COMUN DE *TODOS* LOS PROPIETARIOS.»

Como consecuencia de la escasez normativa en torno a los elementos procomunales hay muchos puntos discutibles en los mismos, que, al menos, quiero ir apuntando al señalar sus caracteres. Anticiparé que han sido considerados como un *tertius genus* entre los privativos y los estrictamente comunes, y en esa naturaleza híbrida es donde radica su especial interés y dificultad.

Veamos, pues, sus caracteres diferenciadores:

1) Es un departamento de un edificio en Propiedad Horizontal susceptible de aprovechamiento independiente.

Frente a las opiniones de los que han visto en él un elemento común, es preciso defender su naturaleza privativa. Y ello especialmente porque:

a) El artículo 4.º habla de piso o local.

b) Si se tratara de un elemento común no tendría razón de ser el pacto de indivisión, ya que la misma existiría por ley.

2) Como consecuencia de su carácter de elemento privativo nace la exigencia de determinación en él de la cuota de participación. Esto además tiene un interés práctico porque si se desafecta de su destino procomunal, se convierte en elemento privativo *strictu sensu* con todas sus consecuencias.

3) Pertenece a sus dueños en proindiviso.

Estos cotitulares pueden ser todos o parte de los componentes de la Propiedad Horizontal. Aunque el artículo 4.º habla de «todos los propietarios», tal generalidad puede quedar limitada exclusivamente a «todos» los titulares del departamento procomunal.

4) Tal comunidad debe regirse, especialmente por lo referente a su administración y disposición, por las normas de la misma establecidas en el Código civil, ya que entiendo que se trata de una comunidad ordinaria o romana, con la particularidad del pacto de indivisión, dentro de la propiedad especial que constituye la Propiedad Horizontal.

Esta afirmación no es unánimemente admitida, y así he visto que muestra un criterio contrario la Comisión respectiva del I Simposio de Propiedad Horizontal de las Cámaras de la Propiedad Urbana de Levante, expresado en el acta a que he hecho mención, pero estimo que es la más acertada a la luz de la normativa aplicable y la que mejor soluciona las cuestiones que el departamento procomunal puede suscitar.

5) No es precisa la conexión o inherencia de la cotitularidad del departamento procomunal con la titularidad de otro piso o local del edificio.

Tampoco se muestra de acuerdo con esta solución la Comisión anteriormente referida. Ya me extenderé en esta materia al tratar de los actos de disposición.

6) No cabe ejercitar en el proindiviso la acción de división.

Aun configurando la comunidad del departamento procomunal como ordinaria o romana, la ley excepcionalmente permite el pacto de indivisión de manera indefinida y, por tanto, más allá del plazo de diez años señalado por el artículo 400 del Código civil.

Entiendo que es ésta la principal o quizá la única característica especial del elemento procomunal, comparándolo con el típico elemento privativo en régimen de cotitularidad y con pacto de indivisión indefinida. Ahora bien, para que la ley permita esta excepción al juego normal del artículo 400 del Código civil es preciso que se cumpla el siguiente requisito o carácter del elemento procomunal.

7) La indivisión debe estar constituida de *intento* y con la *finalidad* de servicio o utilidad de todos los cotitulares.

La constatación expresa resulta necesaria por su régimen excepcional. Así lo ha venido a reconocer la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 21 de enero de 1966.

A su vez, y por la misma razón, se exige, de conformidad con el artículo 4.º de la ley, que tal indivisión sea PARA EL SERVICIO O UTILIDAD COMUN DE TODOS LOS PROPIETARIOS. De otra forma carecería de fundamento y podrían surgir casos de fraude legal.

Desaparecida esa finalidad cesa el elemento procomunal como tal.

8) Su inscripción en el Registro no presenta particularidades importantes en relación con las de los demás elementos privativos en régimen de cotitularidad, pues el departamento se inscribirá en un solo folio

y número a favor de todos los cotitulares. Para que el pacto de indivisión tenga efectos *erga omnes* habrá de hacerse constar en el título constitutivo o en los Estatutos, de conformidad con el apartado 3.º del artículo 5.º de la ley, para su constancia en dicha inscripción registral.

Si, a su vez, se pacta la conexión o relación *ob rem* de la cuota del departamento con la titularidad de un piso o local, relación que no es precisa, pero sí frecuente, podrá hacerse constar en la inscripción de aquél como derecho anejo.

Tal posibilidad, como veremos, ha sido reconocida por la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 1973, en un supuesto en el que se configuraba el sótano destinado a garaje como elemento procomunal.

* * *

Y con esto entramos ya en la parte segunda de la conferencia.

VII. DISPOSICIÓN DE LOS ELEMENTOS COMPONENTES DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

En nuestras leyes se habla muchas veces de los actos de disposición, pero ni en el Código civil ni en las demás se da un concepto preciso de los mismos.

En la doctrina española, siguiendo sobre todo la normativa alemana, se habla de actos de disposición en dos sentidos:

a) Como contrapuestos a los de obligación.

En este sentido, actos de disposición serían aquellos por los que inmediatamente se transmite, grava, modifica o extingue un derecho, mientras actos de obligación serían aquellos que se limitan a preparar los anteriores mediante la constitución de un deber de transmitir, gravar, etc.

b) Como actos de extraordinaria administración, en contraposición a los de ordinaria administración.

Los segundos miran únicamente a la conservación, disfrute y mejoramientos del patrimonio, mientras los primeros disminuyen la sustancia y la entidad económica del patrimonio. Y en éstos se distinguen: 1) los de enajenación (como venta, permuta, donación); 2) los de constitución de derechos reales (como servidumbres, hipotecas, etc.), y 3) los de constitución de derechos de obligación de larga duración que se equiparan a los reales (como los arrendamientos inscribibles).

El artículo 396 del Código civil se refiere expresamente, en su párrafo segundo, a los actos de ENAJENACION, GRAVAMEN y EMBARGO, típicos de disposición, y a los de DIVISION, cuya consideración como actos de administración ordinaria o de disposición es discutida.

Yo voy a referirme especialmente a la enajenación como acto de disposición típico y sólo de pasada a los demás.

Pero tampoco el concepto de enajenación está definido en nuestra legislación, y así puede adoptarse un criterio amplio (acto en virtud del cual se produce la desvinculación de un derecho de su titular y el traslado o constitución del mismo en un tercero) que casi se equipara al propio acto genérico de disposición, pudiendo ser *inter vivos* o *mortis causa*, oneroso o lucrativo, etc., o bien un criterio restringido referente a la TRANSFERENCIA TRASLATIVA *INTER VIVOS*, que es a la que me referiré. Dentro de tal concepto se recogen especialmente los actos de venta, permuta y donación, es decir, ONEROSOS o LUCRATIVOS.

VIII. DISPOSICIÓN DE ELEMENTOS PRIVATIVOS Y COMUNES

Es un principio general en nuestra Propiedad Horizontal que el elemento privativo, piso o local, y el elemento común, esencial o accidental, quedan unidos de tal forma que la disposición del uno supone la del otro.

El principio está claramente determinado en los textos legales básicos:

Así, el propio artículo 396 del Código civil nos dice que la propiedad separada llevará INHERENTE el derecho de copropiedad sobre los elementos comunes. Y más adelante, en el apartado 2.º, dispone más claramente que «las partes en copropiedad SOLO PUEDEN SER ENAJENADAS, GRAVADAS O EMBARGADAS JUNTAMENTE CON LA PARTE DETERMINADA PRIVATIVA».

Y el artículo 3 de la Ley especial, después de señalar que al dueño de cada piso o local le corresponde un derecho singular y exclusivo sobre el elemento privativo y la copropiedad sobre los comunes, dispone claramente que «CADA PROPIETARIO PUEDE DISPONER LIBREMENTE DE SU DERECHO, SIN PODER SEPARAR LOS ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN».

Por otro lado, este principio, característico de la Propiedad Horizontal, se establece en casi todas las legislaciones extranjeras en términos similares. Concretamente, el artículo 6.º de la Ley alemana de 15 de marzo de 1951 ordena que sólo se puede disponer de la propiedad singular juntamente con la parte de copropiedad que le corresponde al titular

en los elementos comunes. Y lo mismo los artículos 20 y siguientes de la Ley de Costa Rica de 21 de marzo de 1966 (arts. 3.º de la Ley argentina, 25 de la portuguesa, etc.).

Y este principio, al menos en nuestro Derecho, es de carácter necesario y no admite pacto en contrario. Incluso nuestro Tribunal Supremo ya había plasmado esta solución con anterioridad a la Ley de 1960 en sus sentencias de 23 de abril y 26 de noviembre de 1956.

Ahora bien, esto es así en cuanto a «cada propietario y su cuota», pero ¿rige la misma norma para la actuación global de todos los componentes de la Propiedad Horizontal? O lo que es igual, ¿se puede enajenar por separado algún elemento común si así se acuerda por unanimidad en la Junta?

Entiendo que no cabe tal posibilidad cuando se trata de los elementos comunes esenciales o por naturaleza, por ejemplo, las escaleras, la fachada, etc., pero que no habrá inconveniente cuando se trate de los elementos que hemos llamado comunes accidentales o por destino, que por naturaleza pueden ser o no comunes y que lo son solamente por designio de los interesados, quienes pueden acordar que pasen a ser privativos, procomunales o anejos, siendo entonces su disposición regida por las normas referentes a su nuevo carácter.

El acuerdo debe tomarse por unanimidad, por cuanto la determinación de tales elementos como comunes habrá sido establecida en el título constitutivo o en los Estatutos y habrá de tenerse en cuenta lo señalado en el artículo 16, regla primera, de nuestra Ley de Propiedad Horizontal.

Esta solución es la que defiende la mayor parte de la doctrina (MARTÍN-GRANIZO, NAVARRO AZPEITIA, BATLLE, etc.), y se recoge en la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de junio de 1973, dictada en un caso de porterías. En su considerando 5.º dice que «entre las facultades que corresponden a la Junta de condueños se encuentra, según declaró este Centro Directivo en resolución de 5 de mayo de 1970, la de poder desafectar un elemento común y proceder o bien a adjudicarlo a todos los propietarios del edificio, que lo adquirirían en proindivisión y podrían inscribirlo a nombre de todos ellos en el Registro de la Propiedad, o bien a enajenarlo a un extraño...».

IX. DISPOSICIÓN DE LOS ELEMENTOS ANEJOS

En principio, no parece que pueda ofrecer problemas.

Como accesorio del departamento privativo y parte integrante, no esencial, del mismo, su disposición, mientras conserve tal naturaleza de

anejo, se hará juntamente con dicho elemento privativo, provocando la oportuna inscripción conjunta en el folio registral correspondiente abierto al mismo.

Así resulta claramente de la ley, al decir su artículo 3.º, en su apartado último, que «cada propietario puede libremente disponer de su derecho, SIN PODER SEPARAR LOS ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN...».

Concretamente, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1967 resolvió la imposibilidad de disponer por separado de un anejo, «por ser inherente a la propiedad privativa».

Sin embargo, no debemos olvidar que el anejo es un elemento especial o extraordinario de la unidad orgánica de la Propiedad Horizontal, que puede existir o no existir y que, incluso una vez constituido como tal en el título o en los Estatutos, puede ser objeto de disposición *separada*, previa desafectación.

Tal *disposición separada operaría*, teniendo en cuenta, sobre todo, el artículo 8.º de la ley, bajo los siguientes requisitos:

1) Segregación del departamento base. Además, podrá agregarse a otro elemento del propio edificio.

2) Consentimiento del titular o titulares afectados.

3) Aprobación por la Junta de Propietarios. Entiendo que el acuerdo ha de tomarse por unanimidad, de conformidad con la regla primera del artículo 16 de la ley, por implicar modificación del título o de los Estatutos.

4) Determinación por dicha Junta de la cuota de participación que el nuevo departamento independiente ha de tener en los elementos comunes del edificio. Tal determinación se hará teniendo en cuenta los criterios del artículo 5.º, haciendo el reparto de la existente entre el departamento base, del que se ha segregado el anejo, y éste, pero sin variar las cuotas de los demás.

5) En orden al Registro de la Propiedad, el anejo separado, que ha pasado a ser departamento independiente, se reflejará en el mismo, teniendo en cuenta especialmente los artículos 45 a 48 del Reglamento Hipotecario en alguna de las formas siguientes:

a) Si se opera una simple segregación, con o sin enajenación, se abrirá folio y número independiente.

b) Si, además, se practica la agregación de la finca segregada a otra también inscrita, caben dos posibilidades:

1') Que la segregada no exceda de la extensión de la quinta parte de la finca a la cual se agrega. En tal caso, aquélla se registrará bajo el mismo número que la absorbente.

2') Que exceda de la quinta parte. Entonces ambas, es decir, finca segregada y finca a la que se agrega, se agruparán bajo un nuevo número o finca registral.

X. DISPOSICIÓN DE LOS ELEMENTOS PROCOMUNALES

La naturaleza híbrida del elemento procomunal plantea problemas en orden a los actos de disposición que voy a examinar.

Sin embargo, tales problemas estimo que dependen casi exclusivamente del planteamiento en orden a su naturaleza. Como yo ya me he manifestado al señalar sus caracteres, las soluciones ahora quedan simplificadas.

Para mejor entendimiento puedo señalar un supuesto, que llamaré ordinario, y otro, que denominaré especial.

1) *Supuesto «ordinario»:*

Un señor X es titular o dueño de un piso y además cotitular, en unión de algunos componentes de la Propiedad Horizontal del edificio, de un departamento procomunal también situado en el mismo: por ejemplo, un sótano destinado a garaje.

Pues bien, en este supuesto ordinario, dicho señor X enajena su derecho complejo en el edificio, como un *todo*, a otro señor cualquiera. No existirá entonces problema alguno ni de Derecho sustantivo ni registral, ya que si el departamento procomunal se ha inscrito como independiente, con su cuota en los elementos estrictamente comunes, a favor de sus respectivos cotitulares, afecto al servicio común de garaje, con o sin determinación de espacios o «jaulas» delimitadas, y, por otro lado, se ha inscrito también el piso o departamento estrictamente privativo a nombre del mismo señor, la enajenación se reflejará sencillamente en el Registro de la Propiedad, por voluntad exclusiva del transmitente manifestada en el documento público otorgado, en virtud del cual se practicarán las correspondientes inscripciones en ambos folios o fincas registrales a favor del adquirente.

2) *Supuesto «especial»:*

El señor X, titular del piso y cotitular del departamento procomunal, pretende enajenar **EXCLUSIVAMENTE** su participación en dicho elemento procomunal, conservando la propiedad del piso, a otro señor que

NO ES TITULAR DE PISO O LOCAL EN EL PROPIO EDIFICIO O UNIDAD ORGANICA DE EDIFICACION.

Para dar respuesta a este caso he de recordar que es preciso tener en cuenta las premisas o caracteres que dejé señalados para el elemento procomunal en la primera parte de este trabajo, ya que de ellos depende la solución a adoptar, habida cuenta de que ni la doctrina, ni la jurisprudencia, ni la Dirección General de los Registros y del Notariado, se muestran de acuerdo en algunos de aquéllos.

Me atrevo a repetir que yo estimo, entre tales caracteres, para el elemento procomunal, los de ser de naturaleza privativa, regirse la comunidad específica nacida por el Código civil con la excepción del plazo indefinido de indivisión y no ser esencial la vinculación o relación de inherencia entre la participación en el departamento procomunal y un piso o local del propio edificio o unidad orgánica de edificación.

Teniendo en cuenta estas premisas paso a contestar al supuesto que yo mismo he planteado distinguiendo:

a) Posibilidad de *separación* de la titularidad del piso de la participación en el departamento procomunal, como consecuencia de la enajenación independiente del derecho al último.

Es muy corriente que se vincule «convencionalmente», a través del título constitutivo o de los Estatutos, la titularidad del piso con la participación en el departamento procomunal mediante el establecimiento de una titularidad *ob rem* o la constitución del derecho al segundo como anejo del primero. Tal posibilidad, que podría suscitar problemas, a la vista del artículo 27 de la Ley Hipotecaria, por establecimiento de una prohibición o limitación a la facultad de disponer, sobre todo en los actos de disposición a título oneroso, ha sido admitida expresamente por la Dirección General de los Registros y del Notariado en la resolución de 20 de diciembre de 1973, basándose en la especialidad que la Propiedad Horizontal presenta frente al régimen general.

Pero esto no quiere decir, a mi entender, que tal vinculación haya de ser necesaria por ley. Y, por tanto, si la misma no ha sido expresamente constituida, estimo que no hay inconveniente en disponer separadamente del piso y de la participación en el elemento procomunal, entendido éste en los términos ya reseñados.

De antemano reconozco que esta solución es discutible. Así, por ejemplo, los Notarios SAPENA y DE LA CÁMARA la defienden, mientras que el también Notario MONET, al menos anteriormente, y la Comisión del Simposio de Levante, tantas veces citada, defienden el carácter imperativo de esa vinculación, basándose especialmente en el último párrafo

del artículo 3.º de la ley. En cuanto a ese apoyo legal, yo estimo que no es aplicable a los elementos procomunales, sino solamente a los estrictamente comunes y anejos con relación a los privativos, pues solamente ellos están recogidos en dicho precepto.

b) Posibilidad de enajenación separada de la participación en el elemento procomunal a un *EXTRAÑO* a la Propiedad Horizontal originaria o anterior.

La respuesta a esta cuestión se vincula también a la propia naturaleza que se asigne al elemento procomunal.

Por ello, si, como yo defiendo, el elemento procomunal es un departamento privativo con la única especialidad esencial de su indivisión indefinida, la suerte de dicho departamento correrá el mismo camino que cualquier piso o local y, por tanto, su disposición podrá hacerse a favor de cualquier persona. El adquirente de la respectiva participación en el departamento procomunal pasará a formar parte de la Propiedad Horizontal con idénticos derechos y deberes que si hubiera adquirido una participación indivisa en un piso o local, respetando el pacto de indivisión en las relaciones con los cotitulares del elemento procomunal.

c) Para tales actos de disposición, ¿debe mediar acuerdo de la Junta de Propietarios?

Por las mismas razones apuntadas y teniendo en cuenta especialmente que, según he manifestado, la comunidad específica que nace en el elemento procomunal se rige por el Código civil, serán sus normas las que regulen tales actos. Por ello y por tratarse, como estoy reiteradamente repitiendo, de un departamento de carácter privativo, cada cotitular dispondrá libremente de su participación sin necesidad de contar para nada con la Junta de Propietarios, por tratarse de un acto ajeno a su competencia. Y si la disposición se refiriera a la totalidad del departamento procomunal serían todos los cotitulares del mismo los que por unanimidad la acordaran, también sin necesidad de dicha Junta.

d) Por último, acabo manifestando que, como consecuencia de todo lo anteriormente dicho, la enajenación de una parte indivisa del elemento procomunal dará derecho a los demás cotitulares al retracto en los términos del artículo 1.522 del Código civil, no siendo en tal caso aplicable la excepción del párrafo 3.º del artículo 396 del mismo, la cual ha de interpretarse con carácter restrictivo y, por tanto, aplicarse solamente al supuesto por aquél contemplado. Siempre, claro está, que no se haya constituido expresamente la vinculación a cada piso o local de

cada una de las participaciones del elemento procomunal en los términos que he expuesto y que ha contemplado especialmente la importante resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de diciembre de 1973, ya citada.

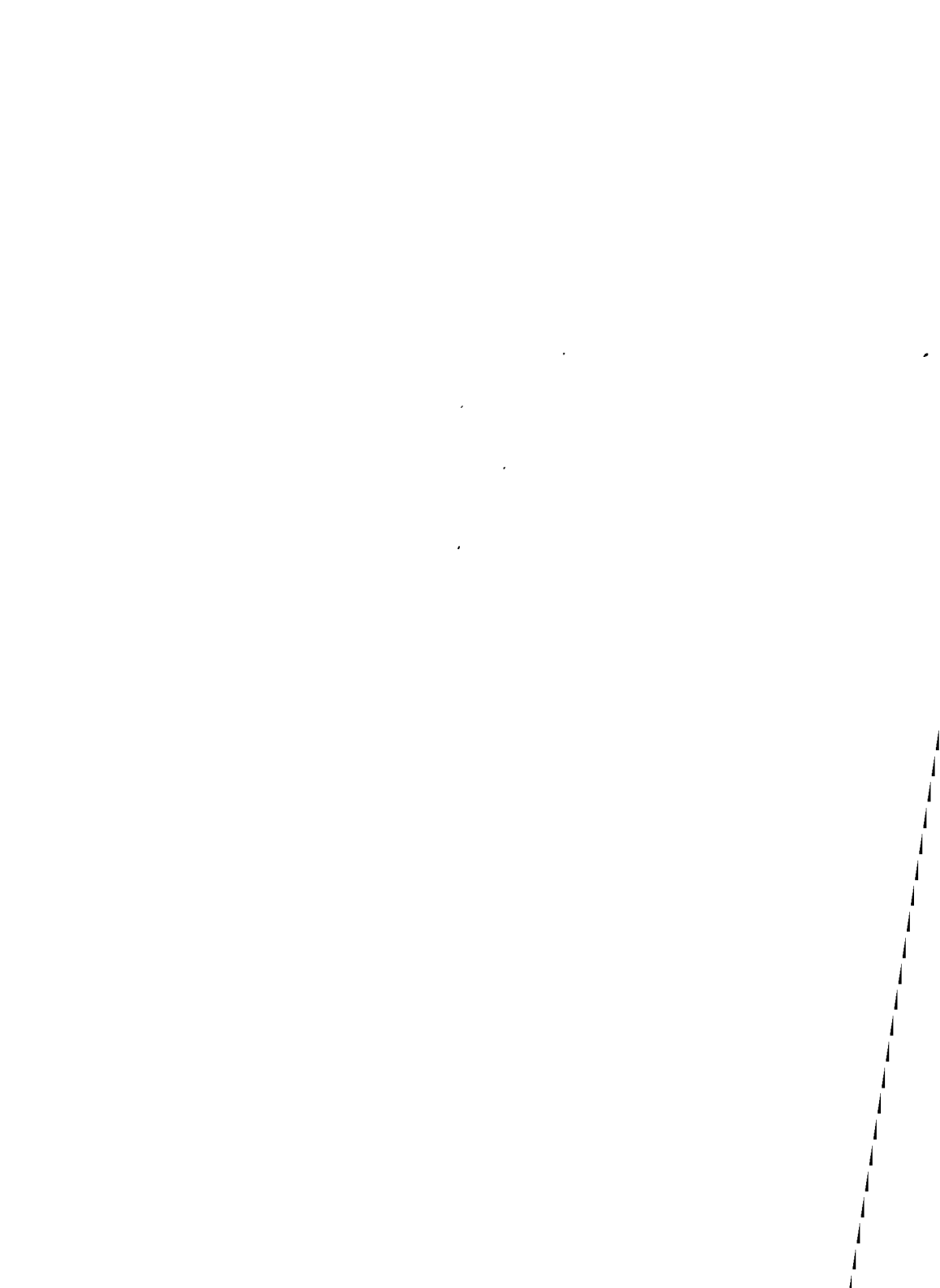
MARTÍN MARCOS JIMÉNEZ
Registrador de la Propiedad
Salamanca, diciembre 1975

PRINCIPAL BIBLIOGRAFIA UTILIZADA

- ALVAREZ ALVAREZ: «La cuota de participación en la Propiedad Horizontal», *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre 1963.
- *El título constitutivo de la Propiedad Horizontal*. Centenario de la Ley del Notariado: Estudios de Derecho Notarial, vol. II, Editorial Reus, Madrid, 1965.
- BATALLA GONZÁLEZ: «La Ley de Propiedad Horizontal y el Registro», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio 1961.
- BATLLE VÁZQUEZ: *La propiedad de casas por pisos*, Ed. Marfil, S. A., Alcoy, 1960.
- «Las casas divididas por pisos y el Registro de la Propiedad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril 1961.
- BONET CORREA: «La propiedad de pisos en la legislación española», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, abril 1971.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y C.: *La comunidad de bienes en el Derecho español*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.
- DE LA CÁMARA, GARRIDO CERDÁ y SOTO BISQUERT: «Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana», *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio 1969.
- DE LA CÁMARA ALVAREZ: «Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal». Curso de Conferencias sobre Propiedad Horizontal y Urbanizaciones Privadas, publicadas por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, Madrid, 1975.
- DELGADO ROLLÁN: «Finca independiente, elemento común de otras», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero 1971.
- ESCRIVÁ DE ROMANÍ: «Lo imperativo y lo dispositivo en la Ley de Propiedad Horizontal», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre, 1967.
- FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO: *La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973.
- FUENTES LOJO: *Suma de la propiedad por apartamentos*, Librería Bosch, Barcelona, 1969.
- LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA: *Derecho Inmobiliario Registral*, Librería Bosch, Barcelona, 1968.
- LINO SALIS: *El condominio en los edificios*. Traducción de Fuentes Lojo. Librería Bosch, Barcelona, 1968.
- MONET ANTÓN: *Problemas de técnica notarial ante la nueva Ley de Propiedad Horizontal*. Centenario de la Ley del Notariado: Estudios de Derecho Notarial, volumen I, Madrid, 1962.
- «Estatutos de propiedad horizontal», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XII, Madrid, 1961.
- NAVARRO AZPEITIA: *Naturaleza y regulación de las casas divididas por pisos o departamentos*. Cuestiones de Derecho Privado de nuestra posguerra, Barcelona, 1942.

- NAVARRO AZPEITIA: «Aspectos civil y notarial de la propiedad de casas por pisos en España», *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre 1957.
- ROCA SASTRE y MOLINA JUYOL: *Jurisprudencia registral*, Casa editorial Bosch, Barcelona, 1967.
- RUBIO, ENRIQUE: «Consideraciones en torno al departamento procomunal», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril 1975.
- SAPENA, TOMÁS: «Inscripción de Estatutos de Copropiedad Horizontal», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1956.
- «Estatutos de propiedad horizontal», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XII, Madrid, 1961.
- SOTO NIETO: «Derecho vivo. Jurisprudencia comentada», *Revista de Derecho Judicial*, Madrid, 1971.
- SANTOS BRIZ: «La propiedad horizontal en la jurisprudencia», *Revista de Derecho Privado*, mayo 1969.
- I SIMPOSIO SOBRE PROPIEDAD HORIZONTAL: Organizado por las Cámaras de la Propiedad Urbana de la Zona de Levante. Edita Sucesor de Vives Mora, Valencia, 1972.
- VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ: *Derecho de propiedad horizontal*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1966.

JURISPRUDENCIA



II. Resoluciones y sentencias

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

POR MANUEL AMORÓS GUARDIOLA,
TIRSO CARRETERO GARCÍA y
EUGENIO FERNÁNDEZ CABALEIRO

REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA—EN GARANTÍA DE UN CRÉDITO QUE EN LA MISMA SE RECONOCE—OTORGADA POR LOS DOS ÚNICOS SOCIOS DE UNA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, QUE ADEMÁS SON LOS GERENTES O ADMINISTRADORES MANCOMUNADOS DE LA MISMA, A FAVOR DE UNO DE ELLOS COMO ACREEDOR HIPOTECARIO, POR NO HABER AUTOCONTRATACIÓN NI SER OBSTÁCULO LA PROHIBICIÓN DEL ARTÍCULO 1.459, 2.º, DEL CÓDIGO CIVIL, EN EL EVENTUAL SUPUESTO DE ADJUDICACIÓN A FAVOR DEL SOCIO ACREEDOR HIPOTECARIO, EN CASO DE EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA.

Resolución de 1 de julio de 1976 (B. O. del E. de 16 de septiembre).

Antecedentes de hecho.—Por escritura pública autorizada por el Notario de Murcia don José Julio Barrenechea Maraver, el 1 de marzo de 1974, don José Bautista Frutos y don Leandro Moreno Abellán, interviniendo como únicos socios que integran la Compañía Mercantil «Resinol, S. L.», y constituidos en Junta Universal, reconocieron que la Sociedad adeudaba al citado don Leandro Moreno Abellán 1.400.000 pesetas, constituyendo como garantía de devolución de la cantidad adeudada una hipoteca a fa-

vor del acreedor sobre el pleno dominio de una finca de 2.000 metros cuadrados propiedad de la Sociedad.

Presentada en el Registro de la Propiedad de Murcia número 1 primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: «No admitida la inscripción del presente documento, nuevamente presentado el 23 de junio pasado, asiento número 900, diario 187, en unión de un acta de subsanación de aquél autorizada con arreglo al artículo 146 del Reglamento Notarial, el 3 del mes expresado, por el mismo Notario, señor Barrenechea Maraver, y los demás documentos que se dirán:

Primero.—Porque don José Bautista Frutos y don Leandro Moreno Abellán, administradores mancomunados y socios únicos de la Compañía Mercantil 'Resinol, S. L.', no constan expresamente autorizados para en nombre y representación de la misma constituir la hipoteca a que el documento contrae como administradores, conforme al artículo 39 de los Estatutos; como únicos socios por la Junta General, en la que según el acta referida se constituyeron en la cláusula primera del otorgamiento del documento, cuya cláusula se contrae a la declaración de la deuda existente entre la Sociedad y el señor Moreno Abellán y al plazo para hacerla efectiva, por lo cual tampoco aparece expresamente autorizado éste, dada la contradicción de intereses existentes entre el mismo y la Sociedad deudora para intervenir en el documento con el doble carácter con que lo hace.

Segundo.—Porque siendo la hipoteca un derecho real de garantía que vincula la finca hipotecada al cumplimiento de la obligación, limita las facultades dominicales del deudor y atribuye al acreedor, entre otras, la de instar, caso de impago, la enajenación del inmueble hipotecado y la de solicitar la adjudicación del mismo a su favor, como mejor postor o por falta de ellos en la correspondiente subasta, no puede ser el señor Moreno Abellán, por su carácter de administrador—mancomunado—de la Sociedad y, por ende, de la finca hipotecada, adquirir el mentado derecho real sobre la misma, conforme al artículo 1.459, 2.º, del Código civil, sin que obste al efecto apuntado la existencia del otro administrador.

Es insubsanable el segundo defecto. No se ha solicitado ni procede anotación preventiva. Se han tenido en cuenta la escritura de constitución de la Sociedad y la modificación de Estatutos y nombramientos de administradores, al efecto aportadas.»

El Procurador don Trinidad Cantos Galdamen, en representación de don Leandro Moreno Abellán, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que el primer defecto señalado por el Registrador está redactado con notoria oscuridad; que la interpretación que hace declarando que los dos únicos socios actuaron en Junta Universal para reconocer la deuda (1.ª cláusula de la escritura) y sólo como administradores para constituir la hipoteca (cláusula 2.ª) carece de rigor jurídico y va contra el principio de la unidad de acto y el artículo 1.281 del Código civil; que la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de octubre de 1933 señala que cuando en un negocio jurídico comparecen todos los socios que tiene en ese instante la Sociedad, el órgano de actuación es perfecto, pues a ellos compete por excelencia la representación de la misma; que el artículo 1.459, 2.º, del Código civil no se puede alegar, como lo hace el Registrador, para señalar el 2.º defecto—insubsanable—de la nota, ya que este precepto no puede interpretarse de forma extensiva, sino que las incapacidades a que se refiere son sólo las taxativamente enumeradas, conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de marzo de 1911, que prohíbe la aplicación de las disposiciones de carácter restrictivo a otros casos y personas que los comprendidos en ellas.

El Registrador informó: que no es aplicable a la cuestión debatida, como pretende el recurrente, la doctrina sentada por la Dirección Gene-

ral de los Registros y del Notariado en la resolución de 20 de octubre de 1933, que se refiere a la enajenación realizada por los dos únicos socios de una Sociedad colectiva, de cuyo carácter no participa la Sociedad recurrente, que tiene el carácter de limitada, aunque esté formada por dos únicos socios; que el acuerdo adoptado por estos dos únicos socios de la Sociedad limitada citada constituidos en Junta General, conforme a la cláusula 1.ª de la escritura, subsanada por el acta de rectificación, sólo puede referirse a lo que resulta de la lectura de dicha cláusula, o sea, a la declaración de la deuda existente entre la Sociedad y el señor Moreno Abellán y al plazo para hacerla efectiva, quedando fuera de tal acuerdo el contenido de la cláusula 2.ª de la escritura, que se refiere a la voluntad social de hipotecar los bienes de la Sociedad, al apoderamiento de los socios para constituir la hipoteca en representación de la Sociedad y a la autorización al socio acreedor para intervenir en el doble concepto en que lo hace en la escritura y que daría lugar a la figura jurídica de la autocontratación, todo lo cual produce la consecuencia de que los comparecientes carecen de la capacidad de obrar que justifique su intervención en el patrimonio ajeno, que implica toda representación careciendo del poder o mandato, requisito imprescindible de la representación voluntaria (resolución de 20 de octubre de 1933); que al ser el acreedor hipotecario gerente o administrador de la Sociedad deudora a la que representa, es indudable que existe, en cuanto a la referida hipoteca, la prohibición a que se refiere el número 2 del artículo 1.459 del Código civil; que las prohibiciones contenidas en dicho precepto tienen un fundamento moral y la violación de las mismas hace nulo de pleno derecho al acto o negocio jurídico que se celebre contravieniéndolas, siendo éste la doctrina mantenida en la sentencia de 11 de junio de 1966; que en el caso controvertido es muy acusada la contraposición de los intereses de la Sociedad y los del acreedor de la misma por la existencia innegable del autocontrato o contrato entre las diferentes personas de un solo sujeto (resolución de 30 de mayo de 1930), y que son improcedentes las alegaciones del recurrente en cuanto a la aplicación del artículo 1.281 del Código civil y al concepto de «unidad de acto».

El Notario autorizante de la escritura calificada informó: Que el conflicto de intereses entre la Sociedad y los administradores en un negocio jurídico determinado se regulará por lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y 79 de la de Sociedades Anónimas, que obligan a los administradores a responder frente a la Sociedad, los accionistas y acreedores del daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave, y si el conflicto es susceptible de perdurar más tiempo nos encontramos con el supuesto del artículo 83 de la Ley de Sociedades Anónimas, que establece que los administradores que tengan intereses opuestos a los de la Sociedad cesarán en su cargo a petición de cualquier socio, por acuerdo de la Junta General; que el artículo 12 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada permite también la separación de los administradores; que no existe en nuestro Derecho positivo ninguna norma que prohíba con carácter general la autocontratación; que el conflicto de intereses o autocontratación desaparece cuando la Sociedad representada conoce ese interés contrapuesto y aprueba el acto por unanimidad de sus socios en Junta General; que dicha figura jurídica se produce cuando una sola persona reuniendo un doble carácter, como representante de una Sociedad, por un lado, y como particular, por el otro, realiza unas operaciones en provecho propio, pero que esta figura desaparece cuando la parte representada da su aprobación, pues al haber dos personas cesa el autocontrato; que «Resinol, S. L.», estaba perfectamente representada por sus dos únicos socios, que acordaron por unanimidad reconocer la deuda, constituyendo acto seguido,

y en su calidad de tales socios y no de gerentes, la hipoteca a favor del acreedor; que es inexplicable el criterio del Registrador de considerar que los otorgantes intervinieron en el doble concepto de socios y gerentes, y que como gerentes no estaban autorizados por los Estatutos y como socios en Junta General sólo actuaron en el reconocimiento de deuda contenida en la 1.ª cláusula, pero en la cláusula 2.ª actuaron como gerentes sin facultades; que según el artículo 14 de la Ley de Sociedades Limitadas, la voluntad de los socios rige y representa la Sociedad, y que en la escritura calificada no aparece en ningún sitio que los otorgantes comparecieran como gerentes, sino como únicos socios; que el acuerdo social es plenamente válido, tanto para el reconocimiento de deuda como para la constitución de hipoteca, estando perfectamente determinada la voluntad de los dos únicos socios en la escritura, que, como es natural, fue leída y aprobada por los comparecientes.

El Presidente de la Audiencia Territorial de Albacete revocó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por el recurrente y declarando, además, que en el caso debatido no existe conflicto de intereses ni autocontratación al concurrir en la escritura dos personas distintas: la Sociedad, que exteriorizó correctamente su deseo mediante su órgano deliberante, y el acreedor, que aceptó por sí la hipoteca constituida a su favor; que aun cuando el acreedor hubiese intervenido en la cláusula 2.ª de la escritura como gerente de la Sociedad y no como socio reunido en Junta Universal, sería inoperante a efectos de autocontratación, ya que su intervención, junto con el otro socio gerente—único que podría alegar perjuicio para la constitución de la hipoteca—, lo sería, en definitiva, como órgano administrador de la Sociedad, pero en ningún caso como su mandatario.

Interpuesta apelación por el Registrador contra el auto presidencial, la Dirección General acuerda confirmar el auto apelado, que revoca la nota del Registrador (1) en base a la siguiente:

Doctrina de la Dirección.—El primero de los defectos de la nota de calificación hace referencia a si es posible inscribir una escritura de reconocimiento de deuda con garantía hipotecaria, otorgada en nombre de la Sociedad deudora por sus dos únicos socios, y tras acuerdo unánime de ambos, dado que el acreedor hipotecario es uno de estos mismos socios, lo que se traduce en una contradicción de intereses entre la Sociedad y el socio titular del crédito.

Al haber sido adoptado el acuerdo por los dos únicos socios que forman parte de la Sociedad, se salvan los problemas que pudieran plantearse acerca de la facultad de los mismos para actuar en nombre del ente social para la ejecución de un acto aislado, ya que en nuestro Derecho, según reiterada jurisprudencia de este Centro Directivo, el objeto social no limita la capacidad de la Sociedad, sino sólo la esfera de actuación de los administradores, por lo que de no existir otro obstáculo, lo que a continuación se examinará, es adecuada la intervención de los dos únicos socios de la escritura calificada, que a la vez son gerentes mancomunados, y en la que, como Sociedad de Responsabilidad Limitada, pueden concluir sus acuerdos, de conformidad con el artículo 14 de la ley, por cualquier medio que garantice la autenticidad de la voluntad declarada, lo que ha tenido lugar en este caso en forma tan directa como su propia comparecencia personal en la escritura, en donde, como órgano supremo de la Sociedad, asumen a la vez las funciones propias del órgano deliberante—Junta Universal y acuerdo unánime—y del órgano de administración y representación.

(1) Vistos los artículos 1.459 y 1.713 del Código civil; 286 del Código de Comercio; 76, 82 y 83 de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951; 11, 12, 13 y 14 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953.

Cuestión más delicada es la relativa al posible conflicto que pudiera existir entre la Sociedad, como sujeto de Derecho con un patrimonio autónomo y unos intereses diversos de los dos socios que la componen, y estos dos mismos socios, como podría suceder en este caso, en donde por los últimos se declara que la Sociedad adeuda a uno de ellos—como tercero acreedor, distinto del ente jurídico de la Sociedad—una determinada cantidad, y en garantía de ese pago constituyen en nombre de ésta una hipoteca sobre una finca de su propiedad, que es aceptada por el otro socio en calidad de acreedor.

A diferencia de otras legislaciones, la española no contiene una completa y detallada regulación de esta importante materia, lo que no quiere decir que no existan preceptos aislados que se ocupen de la cuestión, como son, para las Sociedades de Responsabilidad Limitada, los artículos 12-2.º y 13-1.º de la ley que las regula, y más ampliamente, la Ley de Anónimas, en su artículo 82 y especialmente el 83-2.º, que establece el cese del administrador que bajo cualquier forma tenga un interés opuesto al de la Sociedad, y siempre a petición de cualquier socio y por acuerdo de la Junta General.

Al haberse formado la voluntad social por el acuerdo de los dos únicos socios, y haber sido consentido el acto por el que no estaba interesado, no se está ante un supuesto de autocontratación prohibida, y es correcta la autorización de la escritura, en cuanto que en la misma comparecen, de una parte, la Sociedad, a través del órgano correspondiente, y de otra, el acreedor, que acepta la hipoteca constituida, todo ello sin perjuicio de que con arreglo al artículo 66 de la Ley Hipotecaria se pueda acudir a los Tribunales de Justicia para ventilar acerca de la validez o nulidad del título, pues las posibles implicaciones de un levantamiento del velo de la Sociedad o de un fraude a terceros son propias de la autoridad judicial y quedan fuera del marco del recurso gubernativo.

En cuanto al 2.º defecto, que hace referencia a la imposibilidad que tiene el acreedor, como actual administrador de la Sociedad, de adquirir la finca hipotecada en subasta judicial caso de impago del crédito—artículo 1.459-2.º del Código civil—, es de advertir que tal circunstancia habrá de ser tenida en cuenta en el momento en que la situación se produzca, con una gama de posibilidades tan diversas que pueden dar lugar a que no se origine el supuesto concreto de prohibición, como, por ejemplo, por no ser ya el acreedor administrador de la Sociedad, o incluso siéndolo, acudir postores extraños a la subasta y adjudicársele a uno de ellos, o se satisfaga normalmente el crédito, por lo que la calificación de esta circunstancias habrá de realizarse—caso de que se diera—en el título o documento que en su día se presentara en el Registro y contuviera el posible acto discutido, y sin olvidar, además, que en este supuesto concreto el poderdante ha autorizado al apoderado expresamente la compra del referido inmueble.

COMENTARIO.—A) *El recurso*.—En el recurso interpuesto contra la calificación del Registrador de la Propiedad de Murcia número 1, forman triángulo tres figuras jurídicas que gustan de plantear dificultades y problemas allí donde aparecen: la personalidad jurídica, la autocontratación y los derechos reales de propietario. Nada tiene de extraño que por ello el comentarista naufrague en este trágico triángulo de las Bermudas, cosa que, en cierto modo, le ha ocurrido al recurso también, naufragio del que a duras penas se salva su resolución.

La nota de calificación, en su apartado o defecto 1.º (si su texto es el que aparece en el *B. O.*) (2), está redactada con cierta oscuridad, como dice el recurrente. Aun completándola con el informe, queda poco claro

(2) Posiblemente el confuso texto provenga de error de imprenta en el *Boletín Oficial del Estado*.

si el defecto 1.º es la autocontratación, por faltar acuerdo social eximente de tal autocontratación, o es simplemente la falta de acuerdo social relativo a la constitución de hipoteca, porque la cláusula 1.ª se refiere sólo al reconocimiento de deuda. Parece que el primer defecto es de carácter formal o más bien formulístico y que si las cláusulas de la escritura se hubiesen redactado más cuidadosamente, incluyendo tanto la declaración o reconocimiento de deuda, como la constitución de la hipoteca, no sólo en una cláusula en la que ambos socios actuaran como constituidos en Junta Universal, sino en otra en que actuaran como únicos administradores mancomunados, el Registrador no hubiese acusado defecto. Pero creo que en este caso no es muy razonable que la validez del negocio se haga depender de una mayor o menor corrección formulística. Había autocontratación o no la había, porque no cabía poner en duda el consentimiento de don José y don Leandro para la hipoteca en garantía de la deuda reconocida a favor de éste.

El segundo defecto está expuesto con más claridad: Si la hipoteca confiere el derecho de instar la venta de la finca en caso de impago e incluso el de adjudicársela como mejor postor, o a falta de postor, el acreedor, administrador también de la sociedad hipotecante, es la hipoteca misma y no sólo la futura y eventual adjudicación lo que vulnera la prohibición del artículo 1.459 del Código civil. El Registrador se limita a hacer un paralelo en este supuesto con el resuelto por la doctrina del Centro Directivo, según la cual, como la hipoteca puede desembocar en venta, la prohibición de vender lleva ínsita la de hipotecar (3).

Las alegaciones del recurrente son: a) que la unidad del acto y el artículo 1.281 del Código impiden la interpretación del Registrador, según la cual los otorgantes actúan como Junta para el reconocimiento y sólo como administradores (sin acuerdo de Junta) para la hipoteca, y b) la doctrina jurisprudencial restrictiva del artículo 1.459 del Código.

El Notario autorizante, además de coincidir con el recurrente en lo que acabamos de sintetizar, dedica la mayor parte de su informe a rechazar la existencia de autocontratación, por quedar ésta excluida al desaparecer el conflicto de intereses, en cuanto la sociedad conoce ese interés contrapuesto y aprueba el acto por unanimidad de sus socios. Completa la argumentación con la cita de los únicos preceptos que regulan la contraposición de intereses entre Sociedad y administradores: artículos 12 y 13 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, 79 y 83 de la Ley de Sociedades Anónimas.

El Presidente de la Audiencia revoca la nota, entre otras razones, por estimar: a) No hay conflicto de intereses ni, por tanto, autocontratación, pues concurren dos personas distintas: la Sociedad mediante su órgano deliberante y el acreedor que acepta la hipoteca. b) Que aun cuando don Leandro hubiese concurrido a la cláusula de constitución de hipoteca sólo como gerente y no como socio en Junta General, su intervención junto con el otro socio gerente sería, en definitiva, como órgano administrador y no como mandatario (4).

(3) Ver Resoluciones de 18 de abril de 1952 y 18 de enero de 1963.

(4) La Resolución de 20 de octubre de 1933, que el recurrente alega en su favor y el Registrador estima no aplicable porque se trataba de una sociedad colectiva, declaró inscribible una escritura de venta otorgada conjuntamente, como parte vendedora, por los dos únicos socios de una sociedad colectiva en liquidación en la que el Notario manifestaba habérsele exhibido una escritura de reforma y reconstitución de la sociedad. Se presentó en el Registro certificación del Mercantil acreditativa de que los otorgantes vendedores eran los únicos socios y tenían el uso indistinto de la firma social, pero el Registrador exigió la presentación de la escritura de constitución y de la de reforma y reconstitución. La Dirección partió de la distinción entre capacidad jurídica y de obrar, de que sólo en cuanto a ésta se da la representación y de que aquélla no descansa en los pactos sociales restrictivamente interpretados; para concluir que, concurriendo los dos únicos socios, no son racionalmente posibles dudas ni sobre la representación ni en cuanto a extralimitaciones del mandato conferido en los Estatutos.

No es necesario analizar todos los considerandos de la resolución, y solamente vamos a detenernos a enumerar los puntos en los que estos considerandos pueden ser objeto de discusión o de desarrollo interpretativo:

a) El considerando segundo combina la, que dice reiterada, doctrina del Centro Directivo, según la cual el objeto social limita sólo la esfera de actuación de los administradores (no la capacidad de la Sociedad) (5), con el texto del artículo 14 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, para salvar todo problema acerca de las facultades de los intervinientes en la escritura para actuar en nombre de la Sociedad. El considerando es impecable, pero retengamos de su final que dichos comparecientes asumen la función de órganos de la Sociedad (deliberante y de representación a la vez).

b) Los considerandos tercero al quinto entran de lleno en el problema de la autocontratación y con argumentación habilísima concluyen que no hay autocontratación prohibida. Tan hábil es la argumentación que consigue confundir este otro, más sencillo, planteamiento: autocontratación, al menos, parcial, desde luego, existe; el que sea prohibida por existir, además, posible conflicto de intereses es lo que se trata de averiguar.

B) *El autocontrato en la representación orgánica.*—Imposible entrar aquí en el estudio, por somero que fuese, del autocontrato, figura en la que la abundancia de literatura está en razón inversa de la claridad conseguida. Prueba de esta falta de claridad son los considerandos de la resolución, que al no disponer de una doctrina sedimentada y pacífica sobre autocontratación tienen que abrirse su propio paso, partiendo, además, del pie forzado de los dos defectos de la nota, ambos relacionados con la prohibición del autocontrato, aunque en ninguno de los dos aparezca como defecto la vulneración de esta prohibición acaso por la idea simplista de que nuestra jurisprudencia admite el autocontrato.

De esta manera vemos cómo la Dirección deja el defecto segundo, consistente en la prohibición del artículo 1.459, para un considerando, el sexto, independiente de aquellos en los que ha hecho referencia a la autocontratación. Es cierto que obligaba a esto el principio de congruencia, ya que la nota había separado dos defectos y el primero de ellos, aunque confuso, parecía consistir también en la contradicción de intereses producida por la «autoentrada»; pero acaso haya influido en tal sistematización la exposición de DE CASTRO, que tratando de evitar la excesiva extensión de la nulidad no ratificable y del *odiosa restringenda* en el campo de dicho precepto y del autocontrato en general (nulidad e interpretación restrictiva que serían obligadas consecuencias del carácter de norma prohibitiva del texto del artículo, en relación con el 6.º, 3, del Código), tiende a separar excesivamente la autocontratación y las prohibiciones de dicho artículo 1.459 (6).

Observamos que quedaban dos puntos oscuros en el recurso por qué se alegaban los grandes dispendios que ocasionaría la presentación al Registro de unos documentos que se habían exhibido poco antes al Notario autorizante, y si la adquisición de la casa por la sociedad vendedora había sido antes o después de la escritura de reforma y reconstitución social. Pero lo principal es que el caso presenta escaso parecido con el de nuestro recurso.

(5) No es necesario aquí detenerse en este problema, ya que en el recurso en ningún momento se duda que «Resinol, S. L.», tenía capacidad jurídica para reconocimientos de deuda y constituciones de hipoteca. No obstante, debemos observar que posiblemente en nuestra doctrina no se hayan calibrado suficientemente las serias razones que, en cierto sentido, tiene la ya antigua teoría *ultra vires* inglesa, el principio francés de *specialité* y los autores que, como VON THUR, mantuvieron la posibilidad de que el objeto estatutario venga a limitar el área de actuación de la persona jurídica.

(6) FEDERICO DE CASTRO: *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, págs. 70 y 72. Damos por conocida las evoluciones un tanto dispares de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina de la Dirección sobre la autocontratación. La Sentencia de 8 de julio de 1968 sigue considerando los difíciles contornos de esta figura. Sobre la interpretación restrictiva, la imposibilidad de la analogía y la consecuencia de producir nulidad no ratificable cita CASTRO las Sentencias de 27 de mayo de 1957, 3 de mayo de 1960, 11 de junio de 1966, 14 de octubre de 1966 y 15 de febrero de 1967. Ver también Sentencias de 6-3-1909, 10-3-63, 5-11-56 y 30-9-68. CASTRO estima que no es extraño que exista cierta confusión entre las prohibiciones del 1.459 y los supuestos de autocontratación, pero mantiene que son

Creo preferible considerar ese y otros preceptos como elementos para la construcción de una doctrina general del autocontrato, que tuviese en cuenta las variedades que, en cuanto a consecuencias y efectos, impongan no sólo la variedad de los negocios en que la autocontratación incida, sino también, y ante todo, la variedad que el régimen del autocontrato ha de presentar en los diversos tipos de representación (legal, voluntaria y orgánica), pues tanto la transigencia previa del poderdante como la ratificación posterior del mismo presentan distinto aspecto en cada supuesto de representación, según pueda existir o no un órgano de control o a nivel superior del representante que contrata consigo mismo (defensor judicial respecto al padre o madre, consejo de familia respecto del tutor, Junta General respecto al administrador o Consejo de Administración, etc.). En la representación voluntaria de la persona física siempre puede el poderdante, o bien excluir en el poder la prohibición del autocontrato expresa o implícitamente, o ratificar posteriormente; pero en los diversos casos de representación legal y orgánica, la cuestión varía.

Los autores alemanes colocan el problema del autocontrato dentro de la teoría general de la representación, y no parece discutirse que aquél puede aparecer cualquiera que sea la base del poder de representación (representación legal, orgánica o voluntaria). Respecto a la orgánica, el B.G.B. dice expresamente, en varios párrafos, que la Dirección de las personas jurídicas tiene la posición de un representante legal y le son aplicables sus disposiciones, y aunque es cierto que las discusiones entre los partidarios de la teoría del órgano y los de la teoría del representante no han terminado, también lo es que tales discusiones tenían como razón práctica fundamental el problema de la responsabilidad por acto ilícito y que en lo demás apenas median diferencias entre órgano y representante en la relación externa. La prohibición del autocontrato aparece en el párrafo 181, que después de una regla general de prohibición del mismo establece dos excepciones. Pues bien, una de ellas es la de que se le haya permitido al representante autocontratar, y ENNECCERUS incluye en esta excepción (al parecer, sin oposición ninguna) el caso de que los estatutos de una persona jurídica contengan tal permiso (7).

El considerando cuarto critica a la legislación española por no contener—á diferencia de otras—una completa y detallada regulación de la importante materia objeto de la controversia. No aclara bien la laguna legislativa observada, pues cita como preceptos aislados que se ocupan de la cuestión los artículos 82 y 83 de la Ley de Sociedades Anónimas y 12.2.º y 13.1.º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y lo cierto es que estos artículos regulan cuestiones próximas (incapacidades, incompatibilidades, responsabilidad por conducta desleal, prohibición de concurrencia, etc.); pero ni ellos ni otras disposiciones especiales se refieren concretamente a la autocontratación de los administradores de las socie-

cosas distintas aunque la jurisprudencia las confunda a efectos del *odiosa restringenda* y de producir nulidad absoluta no ratificable. Afirma que en los casos de autocontratación, más que de nulidad por el artículo 4.º (hoy 6.º, 3, del Código) se trata de ineficacia por falta de poder de representación susceptible de ratificación. Estamos conforme con esto, pero no tanto con que autocontratación y prohibiciones del artículo 1.459, 2.º, sean cosas distintas y con que todos los códigos extranjeros sigan soluciones menos seguras que las que él deduce para el derecho español de los principios generales y de una separación de los casos del 1.459 y de otros de autocontrato.

(7) La otra excepción no nos interesa aquí (la de que el negocio jurídico a celebrar por el representante consista exclusivamente en el cumplimiento de una obligación). Pero sí queremos recordar las discusiones que ocasionó (*) el determinar si el negocio celebrado contra la regla prohibitiva era nulo en absoluto o podía ser ratificado por el representado. Fue uno de los casos de discusión en torno al «dürfen» (ser lícito) y el «können» (poder) en el B. G. B. El 181 dice «kann nicht» y no «darf nicht», de lo cual PLANK y otros dedujeron la sanción de nulidad absoluta. Los oponentes entendieron el giro del párrafo como ineficacia (no necesariamente nulidad) hacia el exterior. Prevalció el criterio de que la ratificación puede convalidar el negocio viciado de autocontratación igual que otro caso cualquiera de falta de poder de representación. (Suponemos que sería decisivo el giro dado por el Cosack en su 5.ª edición.)

(*) La discusión surge ya en la segunda Comisión redactora del B. G. B.

dades, que es, sin duda, la omisión que observa el considerando. En efecto, a una incompleta normativa general de la autocontratación, se une una carencia de normas específicas referidas a los órganos de representación de sociedades u otras personas jurídicas.

En el Derecho alemán, la norma general sobre autocontratación del párrafo 181 del B.G.B. se completa con normas particulares en materia de personas jurídicas y sociedades. Así, por ejemplo, en materia de asociaciones, el B.G.B. establece, tanto para los acuerdos de la Asamblea como para los de la Dirección, que ningún miembro de una u otra tiene voto en ellas para decidir sobre un negocio que haya de concluirse con él mismo o sobre un pleito que haya de llevarse contra él. No obstante, es válido el acuerdo tomado con la intervención y voto del miembro de la Asamblea o de la Dirección, que a la vez sea contratante o pleitante con la Sociedad, si de todas maneras hubiese habido mayoría sin su voto.

En el Código civil italiano, además de los dos artículos que regulan, respectivamente, el contrato concluido por el representante en conflicto de intereses con el representado y el autocontrato en sentido estricto (8), encontramos en materia de Sociedad el artículo 2.391, que dice: «Los administradores (de la Sociedad Anónima) que en una operación determinada tengan por cuenta propia o de un tercero intereses en conflicto con la Sociedad deben ponerlo en conocimiento de los demás administradores y del colegio sindical (consejo de vigilancia) y abstenerse de participar en los acuerdos referentes a tal operación. El acuerdo del Consejo del que pueda derivarse daño para la Sociedad puede ser impugnado, dentro de los tres meses de su fecha, por los administradores ausentes o disidentes o por los síndicos, cuando sin el voto del administrador, que debió abstenerse, no se habría obtenido la mayoría exigida. En todo caso, quedan a salvo los derechos adquiridos de buena fe por tercero en base a actos realizados en ejecución del acuerdo. El artículo 2.391 se aplica también a la Sociedad de Responsabilidad Limitada, conforme al artículo 2.487.

En el Derecho francés, cuya regulación general del autocontrato es muy similar a la nuestra y tan incompleta como ella, encontramos, en cambio, una regulación muy detallada de los posibles conflictos de intereses entre la Sociedad y los contratantes con ella, cuando éstos son, a la par, sus órganos de representación o simplemente socios que han de contribuir a formar la voluntad social mediante su intervención en los órganos deliberantes. Esta normativa francesa presenta, además, una particularidad, en virtud de la cual, los préstamos, reconocimientos de deudas, aperturas de crédito, etc., tienen un trato más riguroso que otros contratos, en materia de representación orgánica que incida en autocontrato (9).

(8) Conforme al artículo 1.394 el contrato concluido por el representante en conflicto de intereses con el representado puede ser anulado por éste si el conflicto era conocido o debido conocer por el tercero.

En el 1.395 se viene a definir el autocontrato como el contrato que el representado concluye consigo mismo en nombre propio o como representante de otra parte. También lo estima anulable por el representado (sólo por él), salvo que le haya autorizado específicamente o que el contenido del contrato esté determinado de tal modo que excluya la posibilidad de conflicto de intereses.

(9) En materia de sociedades de responsabilidad limitada dispone el artículo 50 de la Ley de Sociedades Mercantiles de 24 de julio de 1966 que el Gerente, o el Comisario de cuentas si existe, presentarán a la Asamblea, o unirán a los documentos comunicados a los socios en caso de consulta escrita, un informe sobre los contratos a celebrar, directamente o por persona interpuesta, entre la sociedad y alguno de sus gerentes o socios. Previo este trámite decide la Asamblea y el Gerente o socio interesado ni puede tomar parte en la votación ni sus participaciones se toman en cuenta para el cómputo de los *quorums* ni de las mayorías. Los contratos no aprobados produce el efecto, contra el Gerente y en su caso contra el socio contratante, de soportar individual o solidariamente según los casos las consecuencias del contrato perjudiciales para la sociedad. Lo mismo se aplica a los contratos celebrados con una sociedad cuyo socio ilimitadamente responsable, Gerente, Administrador, Director general, miembro del Directorio o del Consejo de vigilancia sea simultáneamente Gerente o socio de la sociedad de responsabilidad limitada.

El artículo 51 dispone que bajo pena de nulidad del contrato se prohíbe a los Gerentes o socios contratar en cualquier forma préstamos con la sociedad, hacerse consentir por ella un descubierto en cuenta corriente o de otra forma, así como hacerse afianzar o avalar por ella obligaciones hacia terceros.

También el Proyecto de Sociedad Anónima Europea contiene una disposición relativa al autocontrato, en la que se separa el régimen de los préstamos y similares (prohibición absoluta) y el de los contratos en general (control del consejo de vigilancia a la directiva cuando un miembro de ésta sea parte en un contrato a celebrar). En la misma disposición (artículo 69) se incluyen otras normas de incompatibilidades de miembros del directorio (10).

Basta esta incompleta ojeada al Derecho comparado para que no nos resulte tan segura la afirmación que encabeza el quinto considerando, al estimar suficiente la intervención del otro socio, señor Bautista, no interesado, para sanar el vicio de autocontratación, que, desde luego, en cuanto al señor Moreno, existía. Y no resulta tan segura porque, ya consideremos a ambos como componentes únicos de una Junta Universal de la Sociedad, o como únicos administradores mancomunados, si la voluntad del señor Moreno la consideramos inservible, por incidir en autocontratación con clara colisión de intereses, la voluntad sola del otro no es suficiente para conseguir la mayoría exigida por el artículo 14, apartado 3, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Por cuanto no resulta que la participación del señor Bautista fuese mayor que la del señor Moreno, el acuerdo social no obtenía más que el 50 por 100 de los votos. De todas maneras, hace dudar la ley francesa cuando afirma que el socio interesado no puede tomar parte en la votación y sus acciones no son tomadas en cuenta para el cálculo de *quorums* y de la mayoría (11).

C) *El levantamiento del velo de la personalidad jurídica.*—Otro vértice del triángulo en el que se mueve el recurso está determinado por las inacabables polémicas sobre la esencia y naturaleza de la persona jurídica. Desde las teorías negativas de su realidad hasta la moderna doctrina del *to lift the veil*, pasando por la tesis que no ve en la persona jurídica más que una perspectiva nueva de la vieja institución de la propiedad colectiva, la persona jurídica es una figura oscilando continuamente entre el entusiasmo y el recelo de los juristas; siempre convencidos de su innegable utilidad en todos los campos del Derecho, pero siempre temiendo el abuso de la institución. No es preciso que estos abusos conduzcan a casos límites y espectaculares para que el velo de la personalidad jurídica haya de levantarse dejando al descubierto los reales intereses de las personas físicas que se pretendían enmascarar.

Pero si la sociedad explota un establecimiento financiero esta prohibición no se aplica a las operaciones corrientes de este comercio concluidas en condiciones normales. Esta prohibición se aplica igualmente a los cónyuges, ascendientes y descendientes de las personas mencionadas en el apartado primero, así como a toda persona interpuesta.

En materia de sociedades anónimas se encuentra regulada aún más detalladamente la tramitación necesaria para salvar los diversos supuestos de autocontrato de órganos sociales, pero en forma bastante similar y con idéntico régimen más riguroso en materia de préstamos, reconocimientos de deuda, etcétera (arts. 101 a 105 y 106 de la Ley).

(10) El artículo 69 del Proyecto dice: 1. Ningún miembro de la Directiva puede formar parte del Consejo de vigilancia. 2. Tampoco puede ejercer ninguna otra actividad profesional ni aceptar ser nombrado por el Consejo de vigilancia de otra sociedad, salvo que haya sido autorizado especialmente por el Consejo de vigilancia. 3. Queda prohibido a los miembros de la Directiva contratar, en cualquier forma que sea, préstamos con la sociedad o con sus sociedades dependientes, hacerse reconocer por las mismas una deuda en cuenta corriente u otra forma, así como hacerse garantizar o avalar por las mismas sus compromisos hacia terceros. La misma prohibición se aplica al cónyuge, a los ascendientes y descendientes de los miembros de la Directiva, así como a toda persona interpuesta. 4. Todo convenio en el que sea parte la sociedad y en el que uno de los miembros de la Directiva tenga un interés, incluso indirecto, debe ser previamente autorizado por el Consejo de vigilancia. A tal fin el miembro de la Directiva interesado debe dar aviso escrito del convenio a dicho Consejo. La falta de esta autorización no se puede oponer a terceros, salvo que la propiedad pruebe que el tercero sabía que no había sido dada la autorización.

(11) Hemos de tener en cuenta los inconvenientes del escaso número de socios con los que se conforma nuestra legislación de sociedades anónimas (3) y de responsabilidad limitada (2). Los inconvenientes de la sociedad de un solo socio apenas desaparecen y se complican con otros en la de dos socios. El caso del recurso nos demuestra que en la sociedad de tan escaso número de socios el levantamiento del velo es más fácil y frecuente.

Unas veces es más fácil levantar el velo que otras, y así el velo tiende a caer, casi solo, en nuestro caso de una Sociedad de Responsabilidad Limitada de dos socios que reconoce deber una cantidad a uno de ellos. Al menor contratiempo, en interés de cualquiera, cabe entender que este reconocimiento se estime hecho por uno de los socios a favor del otro en cuanto a la mitad de aquella cantidad, desapareciendo por confusión la otra mitad de la deuda reconocida. Es la misma facilidad para el levantamiento del velo que encontramos en la Sociedad de Responsabilidad Limitada o Anónima de un solo socio.

Aunque el Registrador de Murcia no plantease la cuestión en el resbaladizo terreno del levantamiento del velo de la personalidad jurídica, creemos que por este camino marchaban sus recelos: evitar que sobre una finca que, en definitiva, era de ambos socios y de nadie más, pudiesen constituir una hipoteca de 1.400.000 pesetas, cuando sólo existía una deuda de 700.000 pesetas de uno al otro, porque en cuanto a las restantes 700.000 pesetas se trataba de hipoteca de propietario o en garantía de crédito extinguido por confusión o imposible por autocontrato puro. Levantado el velo de esta manera, la hipoteca de propietario, sus inconvenientes y su inadmisión por nuestra legislación, salen a la luz en nuestro caso y su inscripción, en cuanto puede venir a perturbar, por ejemplo, los derechos de un eventual embargante, fue considerada improcedente por el Registrador.

Pero ¿tiene éste facultades para levantar en algún caso el velo de la personalidad jurídica? El problema se ha planteado en materia de calificación del Registrador Mercantil de los actos de la Sociedad de un solo socio, y en alguna ocasión se admitió que pueda oponer reparos cuando la Sociedad, sus órganos deliberantes y de gestión, los acuerdos de unos y otros y, en general, todo el mecanismo social desaparezcan y, de hecho, queden sustituidos por una persona física y una serie de actos simbólicos de la misma (12). Distinto criterio ha seguido el quinto considerando de la resolución que comentamos, el cual, después de la discutible afirmación de que no se está en un supuesto de autocontratación prohibida, en cuanto comparecen, de una parte, la Sociedad a través del órgano correspondiente y, de otra, el acreedor que acepta la hipoteca, deja a salvo el recurso judicial (art. 66 de la ley) para ventilar acerca de la validez o nulidad del título porque quedan fuera del marco del recurso gubernativo y son propias de la autoridad judicial las posibles implicaciones de un levantamiento del velo de la Sociedad o de un fraude a terceros. Incluso a esta última parte del considerando se pueden oponer reparos (13), pero su doctrina de que el levantamiento del velo de la persona jurídica no es tarea propia del Registrador al calificar y sí de los Jueces y Tribunales en vía contenciosa, es suficientemente diáfana y no parece hacer distinguos en razón a la mayor o menor ligereza del velo a levantar.

Los hipotecaristas suelen estudiar esta doctrina del descorrimiento del velo (el *disregard of legal entity* de los americanos) en materia de la protección por la fe pública para excluir ésta, cuando la contraposición de adquirente y transmitente resulta aparente y ficticia por la identidad

(12) Ver la Resolución de 3 de octubre de 1972 que sigue la doctrina de la S. del T. S. de 19 de abril de 1960 que rechazó la Junta de un solo accionista, ya que pugna abiertamente no sólo con el sentido gramatical de la palabra Junta, sino con lo que es esencial en un órgano deliberante, porque sin la asistencia de un número plural de socios, aunque sólo sean los dos a que se refiere el artículo 51 (de la Ley de S. A.), no es admisible que un socio mayoritario se erija en definidor de una declaración vinculante que no es precisamente un acuerdo para una interpretación que pugna con las palabras de la misma y sobre todo con un recto sentido. Ver comentario a la reseñada Resolución de don EUGENIO F. CABALEIRO en esta Revista, núm. 494, enero-febrero de 1973, pág. 195.

(13) El procedimiento judicial idóneo para levantar el velo de la personalidad jurídica sería difícilmente el recurso judicial previsto en el artículo 66 de la Ley, pues éste piensa en los mismos interesados que podrían entablar el recurso gubernativo (art. 112, 1.º del R. H.) y a éstos ya se les vio el escaso interés en levantar el velo. Igual puede decirse en cuanto al posible fraude a terceros, pues si la calificación no detiene el acto fraudulento en vía cautelar, las cosas pueden ponerse difíciles al tercero defraudado.

personal o de intereses de ambos. Pero es innecesario decir que en otros múltiples casos debe entrar en cuestión si la personalidad jurídica debe desaparecer dejando al descubierto las personas físicas (u otras personas jurídicas) de los asociados, socios o destinatarios de la persona jurídica, para evitar que la personalidad moral sirva como instrumento de fraude.

SERICK (14) describe entre los casos de perjuicio ilícito a terceros con ayuda de la forma de persona jurídica, el del mutuo a favor de la Sociedad de un solo socio: se constituye una persona jurídica cuyo capital sea insuficiente para los negocios planeados, y luego el socio único o «quasi único» entrega el capital necesario a título de préstamo, con lo cual se atribuye el papel de acreedor para el caso de fracasar el negocio; como socio quedaría pospuesto a los auténticos acreedores, pero como acreedor concurriría con ellos, acaso con preferencia. Con razón, el Tribunal del Reich, en constante jurisprudencia, entra entre bastidores de la persona jurídica para examinar las circunstancias de hecho y el supuesto préstamo queda calificado como inversión de socio encubierta (15).

D) *Derechos reales en cosa propia*.—El tercer punto determinante del triángulo en el que se mueve el caso del recurso es también un tanto mortificante: el de los derechos reales en cosa propia. En ningún momento del recurso aparece, ni las partes hacen la menor referencia al mismo, ni la Dirección tampoco. Sin embargo, apenas levantado el velo de la persona jurídica nos aparece en toda su plenitud, hasta el punto de hacer desaparecer el del autocontrato. Si a los señores Bautista y Moreno les privamos del manto social, nos aparecen inmediatamente como dueños de una finca constituyendo una hipoteca a favor del segundo de ellos; estamos, pues, ante una hipoteca de propietario en cuanto a una mitad.

Cuando hace ya cuarenta años PÉREZ y ALGUER traducen y anotan el *Tratado* de ENNECCERUS, sólo encuentran como casos de derechos reales de propietario los que pueden surgir de la herencia aceptada a beneficio de inventario (el dueño hereda un derecho real limitado sobre su cosa o viceversa) y el del nacimiento (¿continuación?) de servidumbre por destino del padre de familia (art. 541 del Código). El Derecho alemán admite los derechos reales de propietario con más generosidad. El B.G.B. los admite, en general, como consecuencia de no extinguirse los gravámenes por reunirse en una misma persona el dominio y el derecho real limitado o la propiedad de los predios dominante y sirviente; pero también los admite *ab origine*, aunque con mayor cautela (16), en algunos casos, como el del gravamen de la cosa común en favor de los copropietarios.

(14) ROLF SERICK: *Apariencia y realidad en las Sociedades Mercantiles*, Barcelona, 1958, páginas 237 y ss., y 256 y ss.

(15) SERICK estudia dentro de un mismo capítulo dos problemas de interpretación de dos preceptos del B. G. B. en relación con la persona jurídica. Uno el indicado sobre el juego del principio de fe pública registral (parágrafo 892 del B. G. B.) cuando o transmitente o adquirente (tercero protegido por dicha norma) es una persona jurídica de la que forma parte el otro contratante persona física. El otro caso es el referente al autocontrato (parágrafo 181 del B. G. B.) del órgano de la persona jurídica consigo mismo como persona física: el socio único y único administrador de una sociedad de responsabilidad limitada prestó a ésta 64 000 marcos de su patrimonio particular, la sociedad cae en quiebra y el Tribunal del Reich falló que el socio único no podía contratar consigo mismo como gerente de la sociedad y que no cabe estimar permitida en este caso la autocontratación, porque al autorizar la operación la sociedad estaba representada por la misma persona, por lo que la prohibición del autocontrato (parágrafo 181) afecta también a dicha autorización, autorización para el préstamo y préstamo constituyen un negocio jurídico unitario. SCHREIBER se opuso a la sentencia por faltar la contraposición de intereses; pero hay que tener en cuenta que la contraposición de intereses no aparece en el texto literal del precepto. De todas maneras lo que ocurre es que si el parágrafo 181 no es suficiente para estimar ineficaz el préstamo y por ello fuese preciso acudir a levantar el velo de la persona jurídica, nos encontraríamos no con un caso de autocontratación en sentido estricto, sino con el autocontrato puro en que hay un solo contratante y una sola parte (A. presta a A.).

(16) ENNECCERUS sólo cita tres casos. El citado en el texto, la deuda inmobiliaria de propietario (Eigentümergrundschild) y el de que coincida en una misma persona la condición de *versus dominus* de una cosa y de adquirente de buena fe de un gravamen sobre la misma, en virtud de la fe pública registral o de la adquisición de muebles por la posesión de buena fe. Pero según dicho autor los derechos reales sobre cosa propia deben admitirse siempre que exista un interés jurídico en su naci-

El párrafo 1.009 dispone que la cosa común puede ser gravada a favor de un copropietario. También puede gravarse una finca con una servidumbre predial, aunque el predio dominante o el sirviente correspondan en propiedad a un copropietario de la otra finca. Esta norma, aunque aplicable a la copropiedad romana del B.G.B. (*Miteigentum*), es una de las concesiones hechas en él a la tradicional propiedad germánica en mano común. La pura tradición romanista consistía en que el gravamen de la cosa en condominio a favor de uno de los condueños ha de limitarse a las participaciones indivisas de los otros y nunca gravar la cosa entera. La diferencia es importante en cuanto al rango de los gravámenes anteriores y en el caso de cesión del gravamen.

La solución en nuestro Derecho, aunque acaso no sea la más conveniente desde un punto de vista práctico, parece ser la romana si tenemos en cuenta que la regulación de la comunidad de bienes en nuestro Código no parece haber hecho muchas concesiones a la comunidad germánica en mano común, y nuestra legislación hipotecaria se ha resistido a admitir las figuras germánicas de hipotecas y deudas inmobiliarias de propietario. Siendo así, en cuanto el velo de la persona jurídica «Resinol, S. L.», se levantase, don José Bautista podía constituir hipoteca sobre su mitad indivisa a favor de don Leandro Moreno, pero la totalidad de la finca a favor de uno de ellos no podían hipotecarla ni siquiera juntos.

E) *En resumen*, en cualquier dirección que recorramos el triángulo (levantamiento del velo, autocontratación, hipoteca parcialmente de propietario), la solución apropiada dentro del Derecho positivo español nos resulta muy dificultosa en caso de posible controversia judicial, pero aún más para decidir su trato en vía de jurisdicción voluntaria registral. El Centro Directivo ha creído encontrar la solución fácil partiendo de que el Registrador no es quien para levantar el velo, y sin levantar el velo no hay autocontratación, porque hay dos personas diferentes—la Sociedad y el socio—, la primera actuando en base a un acuerdo social unánime, necesariamente excluyente de la autocontratación. Aún antes y más claramente que la autocontratación ha de excluirse la posibilidad de plantearse problema ninguno de derecho real sobre cosa propia, pues la cosa es de la Sociedad y el derecho real se constituye a favor de un socio.

Pero creo que el razonamiento de la resolución resulta tan sencillo únicamente partiendo de una idea que se prodiga a lo largo del recurso y que consiste en creer que en cuanto hay dos partes, dos personas, ya no

miento y concretamente al tratar de la servidumbre estudia *in extenso* las razones que abonan la servidumbre de propietario *ab initio*, frente a las opiniones contrarias de otros autores que no consideran permitida la constitución de la servidumbre predial de propietario, aunque sí su inscripción (GIERKE), o que aconsejan la corruptela iniciada en Berlín, de transmitir a un amigo una milésima (por ejemplo) de una de las fincas, constituir con él la servidumbre (posible conforme al párrafo 1.009), retransmitiéndose después dicha milésima sin que la servidumbre se extinga por confusión (ENNECERUS-WOLF *Derecho de cosas*, Barcelona, 1937, vol. 1. págs. 11 y 17, y vol. II, págs. 39 y 40).

Útil decir los inconvenientes prácticos que se derivan de la resistencia de la doctrina española a la servidumbre de propietario, resistencia más incomprensible cuando nuestra jurisprudencia ha admitido la constitución de servidumbre, aunque intervenga en lugar del dueño del fundo dominante el titular de cualquier otro derecho sobre el mismo. Es cierto que esta tenacidad en rechazarla se funda en que el romano *nulli res sua servit* aparece incluida en la definición del artículo 530 del C. C.; pero es extraño que sean los Registradores quienes más se resisten a la admisión de la servidumbre de propietario cuando la inscripción registral puede ser el mejor signo aparente establecido por el propietario de ambas fincas para que la servidumbre «continúe» activa y pasivamente si se enajenare una (art. 541 del Código) (17), y cuando la mecánica de los asientos registrales demuestra mejor que nada que la servidumbre predial es ante todo una relación jurídica entre dos predios que transitoria o incidentalmente pueden pertenecer al mismo dueño (18).

Por todo ello creo preferible que mediante la inscripción sea posible la servidumbre constituida entre predios del mismo dueño, sin necesidad de acudir a la corruptela de constituirla e inscribirla bajo la condición suspensiva de que pase a distinto dueño la propiedad de uno de los fundos, que nos recuerda la corruptela berlinesa de la venta y reventa de la milésima.

(17) Confróntese con los artículos 692 a 694 del Código francés, aún más expresivos.

(18) Demostración que nada supone naturalmente contra la tesis de que verdaderas relaciones jurídicas en sentido propio sólo deban admitirse entre persona y persona.

hay autocontrato. La verdad es que en el autocontrato siempre hay dos personas, lo que ocurre es que una de ellas esta representada por quien es a la vez la otra parte o el representante de la otra parte. El autocontrato puro con una sola parte es otra cuestión diferente estudiada por otros lugares (voluntad unilateral como fuente de obligación, constitución de derecho real sobre cosa propia, etc.). Los considerandos de la Dirección no incurren en el desconocimiento de esta diferencia entre autocontrato (auto-entrada del representante) y el autocontrato puro o gramatical, pero tampoco dejan de encontrarse un tanto influidos por este confusionismo al encontrar tan indudable que el autocontrato desapareciese simplemente por «haberse formado la voluntad social por el acuerdo de los dos únicos socios y haber sido consentido el acto por el que no estaba interesado».

Este planteamiento tan elemental desconoce las particularidades del autocontrato en la representación orgánica, en todo supuesto en el que la voluntad del órgano superior que ha de asumir el papel de representado, a los efectos de salvar el obstáculo de autocontratación del representante, está total o parcialmente constituido por el mismo representante o acaso por la otra parte contratante.

Ya hicimos mención de las dificultades interpretativas de las disposiciones de otras reglaciones, encaminadas a salvar la eficacia de acuerdos de órganos colectivos a pesar de que forme parte de ellos el contratante con la Sociedad. Esas dificultades interpretativas se van haciendo mayores a medida que el número de socios de la Asamblea o de miembros del Consejo se reduce, y llegan a su punto máximo cuando se trata de sólo dos con participación igualitaria. La Dirección ha estimado que la voluntad única del socio no interesado implica un acuerdo unánime en favor de la exclusión de contradicción de intereses. La falta de normas específicas en la legislación mercantil la autorizaban a llenar la laguna en esta forma, y por ello creemos que no proceden especulaciones encaminadas a averiguar si tendrían igual o mejor fundamento otras soluciones distintas del problema, a saber:

- Reducido el órgano social a un solo socio por la incidencia en autocontratación del otro, no cabe acuerdo ni a favor ni en contra del contrato a celebrar.
- Reducida la Sociedad, por la autocontratación de uno de los socios, a Sociedad de un solo socio, se está en un caso de descorrimiento automático del velo, y la imposibilidad de gravar la totalidad de la cosa común a favor de uno de los condueños impide la inscripción de la hipoteca.

T. C. G.

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
JOSÉ QUESADA SEGURA,
JAVIER SÁENZ VILLAR,
FRANCISCO QUIROGA RAMIRO,
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

TERCERIA DE DOMINIO ANTE ANOTACION DE EMBARGO A FAVOR DE LA HACIENDA PUBLICA POR DEBITOS DEL IMPUESTO DE TRANSMISIONES. PREVALECE LA ADQUISICION ANTERIOR, AUNQUE NO ESTE INSCRITA, SOBRE LA ANOTACION DE EMBARGO DE LA HACIENDA PUBLICA (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Hechos.—Los resume así el primer «considerando»: «*Primero:* Por escrituras públicas de 15 y 17 de febrero y 13 de marzo de 1967, que tuvieron acceso al Registro de la Propiedad en los meses de octubre y noviembre de 1968, doña Matilde Moreno Hernández vendió al demandante, don Fernando Taramelli García, y restantes compradores, que en las mismas se relacionan, trece dieciochoavas partes indivisas del edificio número 17 de la calle Virgen del Mar, de Almería, quedándole a la propietaria vendedora cinco dieciochoavas partes del inmueble.—*Segundo:* Surgidas ciertas dificultades urbanísticas en la construcción, en régimen de comunidad, que había sido proyectada en el solar resultante del derribo de aquel edificio, la vendedora, por documento privado de 5 de mayo de 1967, adquirió de los distintos comuneros, anteriores compradores, las trece dieciochoavas partes, con lo que volvió a ser propietaria única del edificio, ya solar, antes referido.—*Tercero:* Por nuevo acuerdo entre compradora y vendedores, nuevamente, por documento privado de 9 de enero de 1968, estando ya el proyectado edificio en construcción, doña Matilde Moreno vendió la totalidad del inmueble a los anteriores adquirentes, y luego vendedores, con lo que quedaron propietarios de sus primitivas participaciones, y las que proporcionalmente les correspondieron en aquellas dieciochoavas partes, que en la primitiva venta se reservó dicha doña Matilde, en cuyo documento, entre otros extremos, se comprometía

doña Matilde Moreno a otorgar la correspondiente escritura de venta de esas cinco dieciochoavas partes, rehabilitándose las primeras escrituras públicas de venta de aquellas trece dieciochoavas partes.—*Cuarto*: El citado documento de 9 de enero de 1968 fue presentado, con fecha 6 de octubre de 1969, en la Oficina Liquidadora de Almería, a efectos de su liquidación, y como en el mismo se hacía referencia al de 5 de mayo de 1967, dicha Oficina exigió su presentación, para su correspondiente liquidación.—*Quinto*: La Abogacía del Estado giró las respectivas liquidaciones de uno y otro documento a los sujetos pasivos del impuesto, y mientras los comuneros hicieron efectiva la correspondiente tributación en razón al documento de 9 de enero de 1968, doña Matilde Moreno, sujeto pasivo del débito respecto al documento de 5 de mayo de 1967, dejó de hacerlo efectivo, ascendente a la cantidad de 241.563 pesetas, lo que determinó el pase del cargo, por la Abogacía del Estado, al Agente Recaudador para su efectividad por la vía de apremio administrativo, procediéndose al embargo de las cinco dieciochoavas partes del edificio, que en el Registro de la Propiedad figuraban a nombre de la deudora, anotándose dicho embargo el 19 de febrero de 1972, a virtud de mandamiento del Agente Recaudador de 15 de diciembre anterior.»

Ante estos hechos, don Fernando Taramelli García, accionando a su vez en beneficio de la Comunidad de Propietarios del edificio, interpone demanda de tercería de dominio contra la Hacienda Pública, como ejecutante, y contra doña Matilde Moreno Hernández, como ejecutada, suplicando se dicte sentencia por la que se declare que las cinco dieciochoavas partes indivisas embargadas por la Hacienda son de propiedad de la Comunidad demandante, debiendo alzarse el embargo trabado.

El Abogado del Estado, en representación de la Hacienda Pública, se opone a la demanda y formula reconvencción porque, aunque los bienes hubieren estado inscritos ya a nombre de los demandantes, de todos modos vendrían obligados a satisfacer el impuesto correspondiente a doña Matilde Moreno por la finca que les transmitió, por lo que reconviene de pago a don Fernando Taramelli García por la cantidad embargada, como adquirente de los bienes de dicha señora, según el documento de 9 de enero de 1968.

El Juez de Primera Instancia número 1 de Almería desestimó la demanda.

Apelada dicha sentencia por la parte demandante, fue revocada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada, que estimó la demanda de tercería de dominio, mandando alzar el embargo. No se dice qué suerte corre la reconvencción formulada por el Abogado del Estado ni en Primera ni en Segunda Instancia.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González Alegre y Bernardo, declara no haber lugar al recurso, destacando los «considerandos» 4.º y 5.º, pues los demás señalan como cuestiones nuevas las planteadas en otros motivos del recurso:

«Considerando que en contra de la declaración que se hace en la recurrida sentencia de haber quedado probado por el actor el dominio del bien que reivindica, en su nombre y demás copartícipes, mediante título suficiente, que la sentencia lo centra en el documento de 9 de enero de 1968; perfectamente identificada la cosa objeto de reivindicación, al tratarse de las cinco dieciochoavas partes del edificio en construcción, cedidas por la que fuera su propietaria, doña Matilde Moreno, mediante el otorgamiento del expresado documento, así como la tradición o entrega de la cosa, todo lo que, como se afirma en la sentencia, ha sido admitido por la parte demandada, y, por último, y no menos, la detentación por tercero, determinada en el caso de autos por aquella traba adminis-

trativa, a la que se hace relación en los hechos declarados probados, sin que a nada de ello afecte, como con acierto se justifica en la sentencia, que la realidad registral no sea conforme a la extrarregistral; cuando ésta, por la prueba practicada, ha de prevalecer sobre aquélla; al no ser de aplicación lo previsto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, se alza el tercero de los motivos, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusando la violación de los artículos 609, párrafo segundo, y 1.281, párrafo primero, del Código civil, y la aplicación indebida del artículo 348 del propio Código; mas claro es que para ello tiene el recurrente que conexionalo con los motivos precedentes y hacer supuesto de la cuestión, negando la tradición o entrega de la cosa, extremo éste que se da por probado en la recurrida sentencia, y volviendo a denunciar la violación del artículo 1.281, como si tal tradición tuviera que desprenderse de la literalidad del documento privado de venta, tantas veces señalado, olvidando que la misma no solamente puede resultar de los términos en los que el documento de venta aparezca redactado, sino de cualquier otro medio de prueba, siempre que lo declare probado el Juzgador de instancia; supuesto de la cuestión en el que vuelve a incidir al denunciarse la última de las infracciones, para lo que el recurrente libre y arbitrariamente señala una fecha, que le es favorable, como determinante de esa adquisición, para que conjugada con la de la anotación de embargo, dar a ésta carácter prioritario, con lo que en verdad intenta hacer prevalecer su criterio en la valoración de las pruebas sobre el del Juzgador, por todo lo que este tercer motivo también ha de ser desestimado.»

«Considerando que el cuarto, último motivo del recurso, formulado al amparo del número primero del artículo 1.692 de la ley procesal, acusa la violación de los artículos 1.089 y 1.090 del Código civil, 71 y 73 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963; preceptos del Código civil que por su generalidad, el primero enumerando las fuentes de las obligaciones, y el segundo descartando la prueba de presunciones de las obligaciones derivadas de la ley, no son traídos al recurso, sino en cuanto pueden justificar o proteger la infracción de los preceptos de orden administrativo, que son los que en realidad sirven de fundamento al motivo; mas aparte de ser cuestión nueva, al no haber sido planteada en la fase expositiva de la litis, es que dichos preceptos nunca serían de aplicación al supuesto de autos, puesto que los bienes embargados no son los que dieron lugar al débito a la Hacienda, por lo que no había de afectar cualquiera que fuere la fecha en que dicho crédito surgiese, lo que hace que, al igual que sus anteriores, sea también desestimado.»

COMENTARIO.—La sentencia sigue en el fondo, aunque no lo dice expresamente, la doctrina general existente en materia de anotaciones preventivas de embargo, es decir, que éstas no prevalecen frente a adquisiciones anteriores a ellas, aunque no hayan sido inscritas en el Registro.

Pero lo discutible es si tal doctrina general, resultante del Código civil y de la Ley Hipotecaria, es aplicable o no a las anotaciones de embargo a favor de la Hacienda Pública, como era la de este supuesto, pues el artículo 71 de la Ley General Tributaria ha establecido una normativa que parece suponer un mayor efecto para los créditos de la Hacienda Pública.

Dicho precepto establece que «la Hacienda Pública gozará de prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concorra con acreedores que no lo sean de dominio, prenda, hipoteca o cualquier otro derecho real debidamente inscrito en el correspondiente Registro con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública...».

De este texto se desprende, y así lo entendió el Abogado del Estado

recurrente, que la anotación de embargo a favor de la Hacienda afecta a los adquirentes de los bienes que, aunque su título sea de fecha anterior, no hayan inscrito el mismo al tiempo de la anotación. Por tanto, opera aquí el principio de prioridad registral y el de inoponibilidad de una forma absoluta, a diferencia de lo que resulta del artículo 1.923, número 4.º, del Código civil en relación con el artículo 44 de la Ley Hipotecaria.

Pero el Tribunal Supremo ha entendido que no procedía aplicar a este caso el artículo 71, señalando dos razones o argumentaciones que no parecen convincentes.

Una de las razones para rechazar la aplicación del artículo 71 de la Ley General Tributaria la expresa diciendo que se trata de una «cuestión nueva al no haber sido planteada en la fase expositiva de la litis». Sin embargo, en la demanda el tercerista plantea un problema de prevalencia o prelación de su título de dominio (acreedor de dominio, en términos del art. 71), y en la contestación, el Abogado del Estado se opuso a la misma y, además, formuló reconvencción pidiendo que se declarase que el crédito de la Hacienda estaba también obligado a pagarlo el adquirente de los bienes. Todo esto demuestra que no se trata en realidad de una cuestión nueva, pues el problema que resuelve el artículo 71 es justamente el que se había planteado en la fase expositiva de la litis.

Pero no contento el Tribunal Supremo con tal argumentación, que expone quizá de pasada («aparte de ser cuestión nueva...»), añade una segunda razón que nos deja en perplejidad absoluta, pues no la acabamos de comprender. Dice la sentencia que dichos preceptos de la Ley General Tributaria «nunca serían de aplicación al supuesto de autos, puesto que los bienes embargados no son los que dieron lugar al débito a la Hacienda, por lo que no había de afectar cualquiera que fuese la fecha en que dicho crédito surgiese». Decimos que nos quedamos perplejos porque entendemos que los bienes embargados (es decir, las cinco dieciochoavas partes indivisas de la finca) sí son los que dieron lugar al débito a la Hacienda, pues el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales se produjo precisamente por la transmisión de esa finca. Y si se pensase que en ese Impuesto no es el bien lo que da lugar al débito, sino el acto transmisorio del mismo, aun así debe afectar al adquirente, pues el artículo 74 dice que «los bienes y derechos transmitidos quedarán afectos a la responsabilidad del pago de las cantidades, liquidadas o no, correspondientes a los tributos que graven tales *transmisiones*...».

Por tanto, no nos convence la tesis de esta sentencia.

Otro punto que nos extraña es que no se diga en los antecedentes de la misma el curso que ha seguido la reconvencción formulada por el Abogado del Estado para que se declarase la obligación de los adquirentes de pagar el débito fiscal.

TERCERIA DE DOMINIO ANTE EMBARGO NO ANOTADO. PROTECCION DEL TITULAR REGISTRAL POR LOS ARTICULOS 1.º Y 38 DE LA LEY HIPOTECARIA. DOCUMENTO PRIVADO DE ADQUISICION DE BIENES MUEBLES INCORPORADO EN EL REGISTRO DEL GOBIERNO CIVIL POR FOTOCOPIA COTEJADA: TIENE FECHA FEHA-CIENTE, CONFORME AL ARTICULO 1.227 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Hechos.—Don Rufino Vega Otero, en representación de su esposa, doña María del Rosario Burgo Lorenzo, promovió juicio declarativo de mayor cuantía, sobre tercería de dominio, contra don Miguel Escobar Díaz y don Dictino Pérez Sáez, en referencia al juicio ejecutivo tramitado

en dicho Juzgado, en el que se habían embargado, como bienes de propiedad del señor Pérez Sáez, por parte del señor Escobar Díaz, un local-restaurant y los bienes muebles instalados en el mismo. Se alega en la demanda que tales bienes pertenecían a la parte actora, que los había adquirido de la entidad mercantil «Montebel, S. A.», por documento privado, cuya fotocopia fue incorporada en el Gobierno Civil después de cotejada, habiéndose otorgado respecto al local la escritura pública debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, sin que constara anotado el referido embargo. Suplica se dicte sentencia por la que se declare que los bienes y derechos embargados en el juicio ejecutivo a que se contrae la tercería son de la propiedad de la actora, alzándose, en consecuencia, el embargo.

El Juez de Primera Instancia número 1 de Marbella desestimó la demanda, siendo confirmada la sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la parte demandante, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, declara haber lugar al recurso en su primera sentencia, en la que casa la de la Audiencia, destacando los siguientes «considerandos»:

«Considerando que la sentencia recurrida fundamenta su tesis desestimatoria de la acción reivindicatoria principalmente en lo siguiente: a) en cuanto a los bienes muebles embargados, en 'que la tercería no acredita la realidad de la fecha 21 de enero de 1969, que determinaría la preferencia de su título de dominio en relación al embargo trabado sobre los bienes objeto de la acción', conforme a lo dispuesto en el artículo 1.227 del Código civil, respecto a la fecha de los documentos privados con relación a terceros, y b) por lo que hace referencia al local litigioso, fundamenta la desestimación de la tercería, en que la escritura pública de compraventa de él, de fecha 17 de febrero de 1969, es posterior a la traba de su embargo, que tuvo lugar el día 12 de dicho mes.»

«Considerando que... la parte recurrente alega: a) que la propia sentencia impugnada reconoce, de manera terminante, que si se hubiese acreditado por la tercerista la realidad de la fecha 21 de enero de 1969, sería viable su acción; b) que el documento obrante a los folios 125 y 126 de los autos es un documento privado que tiene aquella aludida fecha, y por él la entidad 'Montebel, S. A.', vende a la demandante todos los elementos instalados en el local comercial litigioso que integran el restaurante; c) que los documentos obrantes a los folios 22 y 23 del rollo de apelación, que obran testimoniados en el Registro del Gobierno Civil de Málaga, son: 1.º, una solicitud presentada en 20 de enero de 1969 por doña Rosario Burgo, pidiendo autorización para explotar, a su nombre, el referido negocio de restaurante; 2.º, una fotocopia, que se cotejó con su original, del documento en que doña Divina Suárez Martínez, con autorización de su esposo, el demandado don Dictino Pérez Sáez, que tenía solicitada, a su nombre, la autorización gubernativa para la explotación de ese negocio, manifieste que lo ha transferido a la mencionada demandante en 1.º de noviembre de 1968, y 3.º, una fotocopia del documento privado de fecha 21 de enero de 1969, que fue entregada en dicho Registro ese mismo día para su cotejo, por el que la entidad 'Montebel, Sociedad Anónima', vende a doña Rosario los bienes muebles que en tal documento se relacionan, correspondientes a restaurante y cafetería; d) que como dicho documento ha sido incorporado al Registro del Gobierno Civil, a medio de fotocopia, que se cotejó con el original, en ese mismo día adquirió perfecta eficacia su fecha con referencia a terceros, y al no entenderlo así la Sala sentenciadora ha infringido el artículo invocado, al no darle la valoración preestablecida en dicho precepto.»

«Considerando que, efectivamente, la sentencia recurrida ha infringido, por no aplicación, el mencionado precepto, pues éste vinculaba al Juzgador a concederle eficacia, respecto a terceros, a ese documento privado desde la fecha en que ha sido incorporado, por medio de xerocopia y cotejo, a un Registro público, y pese a tan terminante precepto, no se la ha concedido.»

«Considerando que la parte recurrente, frente a la desestimación de su pretensión reivindicatoria relativa al local litigioso, levanta el motivo cuarto, en el que, amparándose en el número primero del artículo 1.692 de la referida ley, imputa a la sentencia recurrida infracción de ley, por violación de los artículos 34 y 38 de la Ley Hipotecaria; en tesis de dicha recurrente, se violan esos preceptos al desestimar su tercería, pues se le priva del dominio del inmueble, que adquirió de quien en el Registro aparecía con facultades para transmitírselo, y se viene a desconocer la presunción *juris tantum* que le otorga aquella ley respecto a su posesión y dominio, sin que se hubiere declarado la nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente que lo proclama.»

«Considerando que, efectivamente, la desestimación de esa pretensión reivindicatoria de la tercerista, respecto al inmueble que en el Registro figura inscrito a su favor, comporta en realidad la ineficacia de la inscripción registral, que proclama que el titular del dominio del local litigioso es la demandante, doña Rosario Burgo, y, en consecuencia, permitiría la prosecución del procedimiento en que se decretó el embargo hasta su enajenación a tercero, con lo que vendría a resultar que el que lo adquiriese tendría la correspondiente protección de los Tribunales, y, a la vez, resultaría también que doña Rosario Burgo podría invocar igualmente al amparo de los mismos Tribunales, invocando en su apoyo el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, que dispone que los asientos registrales están bajo la salvaguarda de aquellos organismos y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud, así también como el párrafo correspondiente del artículo 38 de la referida ley, para que se sobreesa el procedimiento; situación contradictoria y anómala, que los preceptos invocados por la recurrente pretenden evitar.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo estima la demanda de tercería de dominio.

COMENTARIO —El Tribunal Supremo aplica en esta sentencia el principio de legitimación registral en el aspecto procesal, manifestado en el párrafo tercero del artículo 1.º y en el párrafo tercero del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

En este sentido, la sentencia es importante para el Derecho Hipotecario, máxime si se tiene en cuenta que a veces la Ley Hipotecaria aparece, por una u otra razón, como la gran ausente o la gran desconocida, al ser objeto de aplicación restrictiva.

En este caso, la sentencia de la Audiencia había dado prioridad al que obtuvo diligencia judicial de embargo a su favor contra quien no era el titular registral, sin haberse demandado la nulidad o rectificación de la inscripción ni haberse tampoco decretado en la sentencia. Con ello se produce el contrasentido que destaca la presente sentencia del Tribunal Supremo: que como el asiento sigue vigente y está bajo la salvaguarda de los Tribunales, según el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, el titular registral podría oponerse en su día al resultado del procedimiento de embargo que la Sala de Instancia mantiene. Precisamente para evitar ese contrasentido está, dice el Supremo, el «párrafo correspondiente del artículo 38 de la referida ley», que no es otro que el párrafo tercero del mismo, que responde a idéntica finalidad que el segundo, es decir, es una manifestación del principio de legitimación registral o presunción de exactitud.

El recurrente, además de la violación del artículo 38, apunta la del artículo 34, como tercero protegido por el Registro. Sin embargo, parece que la sentencia no contiene doctrina sobre el principio de fe pública registral, pues, a pesar de que acepta el motivo, al desarrollar el razonamiento (y aunque dice «efectivamente») sólo alude al contrasentido que resulta de no aplicar los artículos 1.º y 38 de la Ley Hipotecaria, sin referirse al artículo 34.

Nosotros creemos que todavía puede advertirse otro contrasentido en la sentencia recurrida, y es que, al parecer, se apunta la prioridad del embargo atendiendo a la diligencia judicial, en lugar de atender a la anotación preventiva del mismo, que, como en este caso no se había producido, no podía afectar al titular inscrito, conforme al artículo 32 de la Ley Hipotecaria. Pero la violación de este precepto no se planteó en el recurso y, lógicamente, el Tribunal Supremo no se ocupa del mismo.

En definitiva, consideramos plenamente acertada la doctrina de esta sentencia y aprovechamos la ocasión para criticar las posturas restrictivas o desconocedoras de la existencia de la Ley Hipotecaria, que, a la larga, sólo pueden ocasionar perjuicios para una regulación acertada de la propiedad privada, creando un ambiente de inseguridad jurídica que va desde la Pragmática de 1539, y sobre todo desde 1861, se ha tratado insistentemente de evitar por el legislador.

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

PROPIEDAD HORIZONTAL. ACUERDO DE MODIFICACION DE ESTATUTOS Y CUOTAS DE PARTICIPACION. EL LLAMADO CONSENTIMIENTO TACITO POR NO IMPUGNACION DEL ACUERDO DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS (SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Hechos.—Los resume así el primer «considerando» de la sentencia:

«La Comunidad de Propietarios de la casa número 8 de la calle General Queipo de Llano de la ciudad de Valladolid se rigió, en primer lugar, por los Estatutos, aprobados por unanimidad de los entonces copropietarios, de 14 de febrero de 1957. En Junta General de Copropietarios de 6 de abril de 1972 se acordó: 1.º Redactar nuevo Reglamento para adaptarlo a la Ley de Propiedad Horizontal, comisionando para su estudio a uno de los copropietarios. 2.º Mantener las cuotas de porcentaje aprobadas en el Estatuto anterior, las cuales servirán de base para el reparto de todos los gastos de la comunidad; particular innovado este último, que es el objeto de impugnación en el pleito, pues en el Reglamento anterior a los comuneros de los bajos comerciales se les eximía 'de contribuir a los gastos de escalera y revocos o reparaciones de la fachada', cosa que ahora no se decía. Aunque a la citada reunión no concurrió el señor Pérez Gaibar, dueño de dos tiendas o locales comerciales, le fue notificado el acuerdo, firmó el 'enterado', no manifestó su protesta en los treinta días siguientes a la notificación, si bien cuando, conforme a las bases acordadas en la reunión de 6 de abril anterior, el 8 de mayo de 1973 se presentó a la Junta el nuevo Reglamento, dicho señor, entonces debidamente representado en ella por otra persona, no sólo manifestó su voto en contra por medio de ésta, no obstante ajustarse a las bases previamente aprobadas, extremo que ni siquiera se discutió, sino que en acta notarial de 24 del mismo mes hizo constar su oposición. La Junta de Copropietarios acordó pedir al Juzgado Municipal que supliese la falta de voto del actor, por no hacer uso de las facultades de impugnación que la ley le concede

en el plazo de un mes, aprobándose por sentencia de dicho Juzgado los Estatutos nuevamente redactados.»

El citado dueño de las tiendas del edificio interpuso demanda contra la Comunidad de Propietarios, suplicando se dictara sentencia por la que se declarase que era nulo el acuerdo de la Comunidad demandada de 8 de mayo de 1973, la sentencia del Juzgado Municipal y la inscripción practicada en el Registro de la Propiedad respecto a los nuevos Estatutos, pues no se podía modificar lo atinente a la contribución de los propietarios a los gastos de la Comunidad que constaba en los anteriores Estatutos.

El Juez de Primera Instancia número 2 de los de Valladolid estimó la demanda declarando nula la adaptación de los Estatutos de 14 de febrero de 1957 a la Ley de Propiedad Horizontal, en cuanto deroga las normas sobre el reparto de gastos contenidas en el artículo 6.º de aquéllos, que deben ser subsistentes, sin que la sentencia del Juzgado Municipal convalide la nulidad declarada, siendo nula también la inscripción en el Registro de la Propiedad de los Estatutos de 8 de mayo de 1973 en esa materia de reparto de gastos.

Apelada la anterior sentencia por la Comunidad demandada, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid dictó sentencia revocando la del Juzgado y absolviendo de la demanda a los demandados.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el demandante, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al recurso, por lo que se establece en los «considerandos» 2.º y 3.º:

«Considerando que en el primer motivo, al amparo del número primero del artículo 1.692, se alega la violación del artículo 16, párrafo primero, de la Ley de Propiedad Horizontal, y hay que desestimarlos, pues, en primer lugar, no se puede hablar 'de inaplicación' cuando sobre el mencionado precepto argumentó la Sala; pero es que, además, el precepto fue correctamente aplicado, ya que es fundamental para legitimar la vigencia del Estatuto presentado el 8 de mayo de 1973, el acuerdo de 6 de abril de 1972, en el que se plasmaron las modificaciones fundamentales respecto al anterior y que ganó la unanimidad, por el consentimiento tácito del hoy recurrente, al no haber mostrado su disconformidad dentro de los treinta días siguientes a su notificación, precisamente por aplicación del precepto invocado como violado.»

«Considerando que en el segundo motivo, con apoyo en el artículo 1.692 de la ley procesal civil, sin mencionar el párrafo de dicho artículo, se alega la aplicación indebida del párrafo cuarto del citado artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, y también tiene que ser desestimado por no estar formulado con arreglo a lo prescrito en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

COMENTARIO.—Quizá convenga hacer alguna puntualización acerca de la expresión «consentimiento tácito», utilizada por esta sentencia para aludir a la actitud del copropietario disidente que no impugna el acuerdo de la Junta en el plazo marcado en el párrafo 1.º del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal.

Dicha expresión había sido criticada ya por LA CÁMARA acertadamente: «No es necesario decir que el silencio del propietario durante los treinta días siguientes a la notificación no equivale a un consentimiento tácito o presunto. No es, por tanto, que la ley «presuma» el consentimiento del copropietario, sino que le impone el acuerdo como si efectivamente lo hubiese consentido» (1).

(1) LA CÁMARA, *Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal*, en el «Curso de Conferencias sobre Propiedad Horizontal y Urbanizaciones Privadas», editado por el Centro de Estudios Hipotecarios, pág. 146, Madrid, 1973.

Esta precisión terminológica podría tener importancia práctica y, en todo caso, evita discusiones inútiles acerca de si se prestó o no consentimiento. He aquí, al menos, estas dos consecuencias: 1.ª Si se tratase de consentimiento tácito o presunto, «el copropietario—continúa diciendo LA CÁMARA—podría oponerse al acuerdo demostrando que la notificación no llegó efectivamente a su poder o que, en cualquier caso, no estaba conforme con la decisión adoptada». Algo de esto hay en el escrito de recurso, en que el recurrente se esfuerza inútilmente en demostrar que no hubo por su parte consentimiento, ni expreso ni tácito, porque basta, como indica el repetido autor, la «cuasi-unanimidad», sin exigirse la unanimidad o consentimiento de todos los copropietarios. Pero la sentencia de la Audiencia, al emplear las expresiones de «consentimiento expreso y tácito», dio pie a que se intentara demostrar que no había habido consentimiento. 2.ª Pero es que, además, supóngase que se trata de un acuerdo de la Junta nulo por nulidad absoluta, debido a que no hayan prestado su consentimiento todos los copropietarios en casos en que es exigible la unanimidad, no bastando la cuasi-unanimidad o pasividad procesal de alguno de ellos (2). Si en estos supuestos excepcionales, en que se exige *consentimiento unánime* y directo de los copropietarios, se dijera que la pasividad procesal de uno de ellos equivale a consentimiento tácito, ya no podría impugnarse en cualquier tiempo (por inexistencia o nulidad absoluta del acuerdo) lo acordado por la Junta, prescindiendo de ese requisito esencial de su consentimiento. Es decir, se equipararían dos casos distintos, a saber: aquellos en que la Junta ha de actuar por unanimidad y aquellos en que se admite la cuasi-unanimidad (estos últimos son los del párrafo 1.º del art. 16 de la ley). En el presente caso se trataba de un acuerdo de modificación de Estatutos y contribución a los gastos comunes, y el recurrente, partiendo, al parecer, de que se debe exigir para ello el consentimiento unánime, alegaba que él no había prestado su consentimiento. No obstante, nosotros creemos que sobre el punto debatido basta la cuasi-unanimidad, por ser de los acuerdos en que no se exige consentimiento unánime y es aplicable la regla general del párrafo 1.º del artículo 16. Por tanto, no es que estemos conformes con la opinión del recurrente, sino que criticamos la presente sentencia sólo por la terminología utilizada, al hablar de «consentimiento tácito» donde sólo hay una mera pasividad procesal temporal que determina sea suficiente la «cuasi-unanimidad», lo que puede dar lugar a confusionismos y discusiones inútiles.

RETRACTO DE ABOLORIO EN ARAGON. FACULTAD DE LOS TRIBUNALES PARA MODERAR EQUITATIVAMENTE DICHO DERECHO. ABUSO DEL DERECHO DE RETRACTO POR FALTA DE INTERES LICITO Y DE PRETENSION NORMAL (SENTENCIA DE 9 DE ENERO DE 1976).

Hechos.—El Procurador don Fernando Alfaro Gracia, en representación de don José Mayoral Arruga, formula demanda contra don Mariano Poc Tolosa, en ejercicio de su derecho de abolorio, alegando que el citado demandado había comprado una finca sita en San Mateo de Gállego a doña Felisa Mayoral Arruga, hermana del actor, la que, a su vez, la adquirió por herencia de sus padres, y que de la citada venta tuvo conocimiento por el examen del Registro de la Propiedad, ejercitando el retracto dentro de plazo, por lo que suplicaba se dictara sentencia dando lugar al retracto.

(2) Véase lo que dice LA CÁMARA sobre estos casos en *ob cit.*, pág. 147.

El demandado se opone a la demanda negando que el actor haya tenido noticia de la venta por el Registro, pues con anterioridad el mismo Procurador había interpuesto contra el demandado acción de retracto en representación de unos sobrinos del actor, hijos de la propia vendedora, de la que fue absuelto. Y ahora el demandante, que no reside en San Mateo ni es labrador y que ha enajenado todas las fincas que tenía en dicho pueblo procedentes de su familia, pretende retraer en connivencia con sus sobrinos.

El Juez de Primera Instancia número 3 de Zaragoza estimó la demanda en lo sustancial, dando lugar al retracto de abolorio del Derecho

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza revocó la sentencia del Juzgado, desestimando la demanda y absolviendo de la misma al demandado.

El recurso de casación.—El actor interpone recurso de casación basándose en los siguientes cuatro motivos:

1.º Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.—Interpretación errónea del párrafo 2.º del artículo 149 de la Compilación de Aragón, pues al conceder a los Tribunales la facultad de moderar equitativamente el retracto de abolorio, ello no significa que haya que admitirlo de modo restringido y cauteloso, sino dentro de los límites del ejercicio de todo derecho de acuerdo con su fin, que aquí es retraer para la familia los bienes raíces.

2.º Al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.—Error de derecho en la apreciación de la prueba, con violación por inaplicación del artículo 1.253 del Código civil, pues la Sala deduce que el actor tenía conocimiento anterior de la venta, con todas sus condiciones, por el hecho de estar representado por el mismo Procurador que llevó otro pleito de retracto de abolorio en nombre de los sobrinos del actor, lo que es una simple conjetura.

3.º Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.—Aplicación indebida del artículo 1.258 del Código civil, en relación con el 1.709 y siguientes del mismo Código, confundiendo la Sala los conceptos de mandato y representación: el Procurador representa al actor, tiene un poder del mismo, pero no está vinculado con él por contrato de mandato, por lo que no cabe deducir como consecuencia del artículo 1.258, consistente en que el actor conocía la enajenación y condiciones esenciales de la venta al conocerlas el Procurador.

4.º Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.—Aplicación indebida de la doctrina legal sobre el abuso de derecho sentada por reiterada jurisprudencia (sentencias, entre otras, de 21 de febrero, 8 de mayo y 30 de junio de 1970; 23 de enero de 1971, y 1.º de febrero de 1972), pues no puede considerarse como abusivo o antisocial el ejercicio del retracto por el actor, ya que defiende el interés familiar, sin que pueda afectar al interés legítimo con que actúe el hecho de no residir habitualmente en el pueblo de sus ascendientes ni el que haya vendido la totalidad de los bienes procedentes de la herencia de sus padres. En realidad, no hay abuso de derecho, sino colisión de dos titulares de derechos legales de adquisición preferente: el de abolorio, ejercitado por el actor, y el de colindantes, que ampara al demandado; pero en este caso, la Compilación de Aragón da prioridad al retracto de abolorio.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que al desarrollar el recurrente el primer motivo del recurso, que articula por interpretación errónea del párrafo segundo del

artículo 149 de la Compilación de Derecho civil de Aragón, argumentando en el sentido de que dicho párrafo no concede a los Tribunales la facultad de moderar el derecho de abolorio, incide en error, puesto que *moderar equitativamente* es sinónimo de examinar en cada caso las circunstancias que en él concurren, impidiendo que la institución sirva a otros fines que aquellos para los que fue establecida, y ello es precisamente lo que ha efectuado el Tribunal de Instancia, que, en consecuencia, no interpretó erróneamente el precepto legal, procediendo por ello la desestimación del motivo.»

«Considerando que al atacarse por la vfa del ordinal séptimo la conclusión sentada en una presunción, se siguió, en contra de lo reiteradamente sentado por esta Sala, un cauce equivocado, puesto que debió serlo por el número primero, causa por la que el motivo debe perecer.»

«Considerando que permaneciendo inalterada la declaración de que el actor conoció con más de tres meses de antelación la venta y sus circunstancias, el tercer motivo hace supuesto de la cuestión al sentar hecho contrario atacando una declaración que aun cuando no fuera cierta no modificaría el fallo, procediendo por ello la desestimación del motivo.»

«Considerando que al denunciarse en el cuarto motivo la aplicación indebida de la doctrina legal sobre el abuso del derecho, se olvida por la parte recurrente que las sentencias que cita exigen todas ellas un interés perfectamente lícito y una pretensión normal, condiciones que en modo alguno se dan en la pretensión contenida en la acción ejercitada, debiendo, en consecuencia, perecer el motivo y el recurso, con condena del recurrente al pago de las costas causadas, según dispone el artículo 1.748 de la ley procesal.»

COMENTARIO.—En esta sentencia destacan dos aspectos:

a) La declaración referente a la doctrina del abuso del derecho, considerando que no se ha aplicado indebidamente dicha doctrina, ya que en modo alguno existía interés lícito y pretensión normal, condiciones éstas que si se hubieran dado en el retrayente hubiesen impedido aplicar la teoría del abuso del derecho.

Por de pronto, nos parece curioso que se aplique la doctrina del abuso del derecho a un supuesto retracto, pues aunque se trata de una doctrina general aplicable a cualquier tipo de derecho, en principio, los retractos no se prestan demasiado, por su esquematismo y rigidez legal de presupuestos o requisitos, a la extralimitación determinante de abuso, sino que en ellos la alternativa que se suele plantear es simplemente si existe o no derecho de retracto en el caso concreto, no si se abusa o no de él en su ejercicio. Por ejemplo, si se trata de finca rústica vendida que no excede de una hectárea, el colindante tiene derecho de retracto dentro del plazo legal de ejercicio.

Ahora bien, el retracto de abolorio del Derecho aragonés, objeto de esta sentencia, no tiene unos presupuestos determinados de modo rígido o matemático por la Compilación, pues, como ahora veremos, se concede a los Tribunales la facultad de «moderarlo equitativamente». Y si esto es así, no debe extrañar la aplicación de la doctrina del abuso del derecho al mismo en aquellos casos en que el que lo ejercita no actúa de acuerdo con los fines perseguidos por la institución. Téngase, además, en cuenta, a pesar de lo que antes hemos dicho sobre la infrecuencia de abuso de derecho en la institución del retracto, que, en el fondo, es perfectamente posible imaginar la existencia de derecho de retracto, pero que no se ejercita adecuadamente por darse un supuesto de abuso, pues, como dice ALBALADEJO, «el derecho de adquisición preferente existe sobre la cosa desde que se establece», por lo que «no es que tal derecho surja cuando aquélla se enajena (como parece entender cierta opinión doctrinal y jurisprudencial), sino que existiendo desde antes (desde que se

constituyó por negocio jurídico o por disposición de la ley), permite que se le haga valer cuando tal enajenación se realiza (o se prepara)» (3). Por tanto, cabe compatibilizar la afirmación de que se tiene derecho de retracto con la de que en un caso concreto se ha abusado de él. En cambio, si dijéramos que el derecho de retracto nace desde que se enajena la cosa, parece que no cabe otra alternativa que la de señalar la existencia o inexistencia del mismo en cada supuesto, no la de existencia de retracto con abuso o sin abuso, en su ejercicio.

Aparte de esta aplicación curiosa de la teoría del abuso de derecho, destaca la sentencia dos condiciones señaladas ya por la jurisprudencia anterior para enervar el concepto de abuso, a saber: la actuación *lícita* y la *normalidad* en la pretensión que se ejercita. Como en el caso el Tribunal Supremo entiende que *en modo alguno* se dan en el retrayente, no ha habido aplicación indebida de la doctrina del abuso del derecho. No obstante, creemos que no hubiera sobrado alguna explicación sobre si tales condiciones se daban o no en el caso concreto: por un lado, hubieran sido de utilidad para parte recurrente, pues, en su opinión, no había actuado con abuso de derecho, sino atendiendo un interés legítimo familiar, por lo que parece que la sentencia debería haber explicado sus afirmaciones, y, por otro lado, a efectos de doctrina legal, hubiera contado el intérprete en el futuro con una sentencia aclaratoria de lo que es o no es pretensión lícita y normal, términos éstos tan imprecisos y generales. De los antecedentes reflejados en la sentencia y del propio recurso de casación se desprende algún indicio o matiz que ha podido servir de fundamento a la sentencia para sentar tales declaraciones. Por ejemplo, en el recurso se lee que el retrayente—según reconoce él mismo—vivía habitualmente fuera del pueblo y había vendido todas las fincas procedentes de su familia con anterioridad, aparte de que actuaba más bien en interés de unos sobrinos, todo lo cual parece revelar que no estamos ante una pretensión normal del derecho de abolitorio que prevé la Compilación. Pero para evitar estas conjeturas hubiera sido interesante la adecuada precisión y reflejo de la cuestión en el «considerando».

b) También destaca en esta sentencia la explicación que señala en el «considerando» primero, acerca de la expresión «moderar equitativamente», que el artículo 149 de la Compilación de Aragón atribuye a los Tribunales en relación con el retracto de abolitorio. La sentencia recalca que dicha expresión es sinónima de «examinar en cada caso las circunstancias que en él concurren impidiendo que la institución sirva a otros fines que aquellos para los que fue establecida». Sin entrar en el problema de si el legislador ha estado o no acertado al dejar en cierta inseguridad los requisitos de ejercicio del retracto de abolitorio, lo que sí es acertado es interpretar tal apreciación de los Tribunales no como ilimitada o relacionada con el principio general de la equidad, sino, como hace el Tribunal Supremo, referida a una equidad modalizada y delimitada por la finalidad de la institución del retracto de abolitorio. En cierto modo, es, lo que dice ALBALADEJO: «Cuando se deja libertad para decidir según la equidad, se deja tal libertad para que se decida aplicando directamente los principios jurídicos que la ley acoge o aquellos de los que parte, pero no para que se juzgue según otros principios o criterios, cosa que sería contradictorio que permitiese la propia ley que acoge aquéllos o parte de ellos» (4). En este caso se trata de «moderar equitativamente» de acuerdo con ese retracto, no de decidir exclusivamente conforme a equidad. Por ello no es aplicable el número 2 del artículo 3.º del Código civil,

(3) *Derecho Civil*, III, vol. II, 1975, pág. 336

(4) *Derecho Civil*, I: *Introducción y Parte General*, 1975, pág. 104

que se refiere a supuesto distinto, pues dice que «las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar *de manera exclusiva* en ella (la equidad) cuando la ley *expresamente* lo permita».

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

HAY QUE RECONOCER EL CARACTER VINCULANTE DE UNA OBLIGACION UNILATERAL SI LA DECLARACION DE VOLUNTAD ESTA DOTADA DE CERTIDUMBRE Y VA DIRIGIDA A DETERMINADA PERSONA A TITULO DISPOSITIVO Y NO DE MERA ENUNCIACION DE UN PROPOSITO (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1976).

Hechos.—El padre de dos hijos naturales menores de edad, tras reconocerlos en testamento, firmó un documento por el que cedía a sus hijos los beneficios de la explotación de una sala de fiestas sita en El Aaiun. Como luego tal cesión no se llevaba a la práctica, la madre, actuando en representación de los hijos naturales, demanda al padre pidiendo la rendición de cuentas y entrega de beneficios. La demanda prosperó en la Audiencia, y el Tribunal Supremo desestima el recurso del padre demandado.

Doctrina de la sentencia.—El tema debatido es esencialmente de Derecho y gira en torno a si la declaración unilateral de voluntad es vinculante o si, por el contrario, no es fuente de obligación.

Si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico no afronta de modo directo una solución expresa al problema propuesto y en el artículo 1.089 del Código civil no se menciona la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, no lo es menos que, como advierte la sentencia de esta Sala de 13 de noviembre de 1962, tampoco contiene una norma explícita que las prohíba, y recuerda la sentencia de 21 de marzo de 1957 que la más moderna y nutrida jurisprudencia se muestra propicia al reconocimiento, siquiera sea a veces por vía de excepción, de la eficacia de la obligación unilateral, singularmente si la declaración de voluntad está dotada de certidumbre y va dirigida a determinada persona a título dispositivo y no de mera enunciación de un propósito, pues en estos supuestos cabe *in genere* dentro del amplísimo concepto que define el artículo 1.254 del Código civil como declaración de voluntad recepticia y vinculativa de un derecho de crédito que es recibido en la técnica jurídica con arraigo en el sentido espiritualista del Ordenamiento de Alcalá, robustecido por exigencias de la buena fe y de la seguridad.

Por su evidente relación con el problema planteado es oportuno, aunque peque de reiterativo, recordar la doctrina de la sentencia de 17 de octubre de 1932, que contemplaba unas manifestaciones contenidas en unas cartas que señalaban a la recurrente una pensión mensual; la sentencia dice que constituye una obligación a cargo del emitente mediante acuerdo vinculativo perfectamente caracterizado por la concurrencia de objeto cierto, causa determinante y consentimiento libremente prestado, sin que sea obstáculo a dicha estimación la ausencia de prestación correlativa por parte del promisorio, pues tal elisión es la nota característica del negocio jurídico unilateral, que cabe *in genere* dentro del artículo 1.254 del Código civil, donde encaja esta especie contractual, porque emitida la declaración de voluntad con ánimo de obligarse hacia persona determinada a título de disposición y no de mera enunciación de un propósito, se genera un derecho de crédito en favor de la designada.

Aunque admitiésemos, como es lo natural, la necesidad de la aceptación para cerrar el ciclo de la exigibilidad, esta aceptación por escrito, a estos efectos, es válida la hecha en el acto de conciliación hallándose vigente la obligación, por no constar haberse revocado.

Hay en el caso de autos una decisión claramente expresada, una prestación perfectamente definida y una justificación motivada por la propia obligación moral de los padres de velar por la seguridad económica de sus hijos, con lo que se cumplen los requisitos exigidos por la jurisprudencia para la eficacia de este tipo de declaraciones unilaterales de voluntad.

NO CABE, SIN MAS ARGUMENTOS QUE SIMPLES CONJETURAS, HACER RESPONSABLE A ALGUIEN POR CULPA EXTRACONTRACTUAL (SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1976).

Hechos.—La empresa «Lancia, S. A.», al efectuar el vaciado de un solar, derrumbó el muro medianero de un edificio colindante, dejando al descubierto locales y habitaciones. El edificio pertenecía a una Comunidad de coherederos, quienes instaron del Ayuntamiento la declaración de ruina, que fue concedida y desalojados los arrendatarios del edificio. Los inquilinos demandan a «Lancia, S. A.», así como a los copropietarios del edificio siniestrado. La empresa es condenada a indemnizar, pero la Comunidad de copropietarios es absuelta.

Doctrina de la sentencia.—Mal puede decirse que se ha aplicado indebidamente un precepto que el Juzgador no ha utilizado.

No cabe atribuir a la Comunidad de propietarios sino aquellas simples conjeturas a las que llega la sentencia para sin más argumento hacerla responsable, juntamente con «Lancia, S. A.», por culpa extracontractual, a la que los actores querían hacer referencia en su demanda y condenarla, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código civil, a indemnizarlos por los daños y perjuicios que aprecia y valora, solidariamente con aquélla, estableciendo para sus relaciones internas entre deudores la proporción de un 20 por 100 a «Lancia» y un 80 por 100 a dicha comunidad; es indudable que no pudiéndosele atribuir a la Comunidad de propietarios intervención alguna en los hechos que fueron causa del daño, ni en la que se dice su conducta relación causal con el derrumbamiento del muro del inmueble de su propiedad, que obligó a su desalojo por sus ocupantes, todo lo cual fue extraño a su voluntad, es indudable que al no apreciarlo así el Juzgador de Instancia, aplicó indebidamente el artículo 1.902 del Código civil, pues sin culpa o negligencia les hace partícipes en la indemnización de unos daños de la exclusiva responsabilidad de un tercero.

PARA QUE UNA OBLIGACION TENGA EL CARACTER DE SOLIDARIA NO ES PRECISO USAR DE TAL EXPRESION (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—Es doctrina reiterada de este Tribunal que para que una obligación tenga el carácter de «solidaria» no es preciso usar de tal expresión si de su texto, según la expresión con que se inicia el artículo 1.138 del Código civil, se infiere la solidaridad y puede deducirse de la voluntad de los contratantes, que fue la de crear una unidad en la obligación y la responsabilidad *in solitum* de los cointerésados.

La doctrina de este Tribunal viene sentando con reiteración que el

artículo 1.253 del Código civil no puede invocarse más que a través del número primero del artículo 1.692 de la ley procesal civil. El motivo quinto del recurso está incorrectamente formulado, porque, al amparo del número séptimo del precepto citado, pretende combatirse el juicio lógico que el Tribunal *a quo* derivó de determinados hechos, lo que sólo es posible, según la doctrina jurisprudencial, sobre la base del número primero del mismo.

LOS CONTRATOS CONCERTADOS ENTRE SUJETOS DE DERECHO PRIVADO, AUN CUANDO RECAIGAN SOBRE OBJETOS TUTELADOS POR LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA, NO PIERDEN SU NATURALEZA DE CONVENCIONES CIVILES (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que para que los contratos gocen de eficacia jurídica es imprescindible la existencia de un objeto cierto que constituya su materia, el cual habrá de estar dentro del comercio de los hombres, cualidad de que se hallan excluidas las zonas marítimo-terrestres por pertenecer al dominio público, y que en virtud del aforismo *Nemo dat quod non habet*, el vendedor no puede transmitir el dominio de las fincas que no le pertenezcan o de las que sean legalmente inalienables, no menos exacto es que, respecto a las últimas, la prohibición subsiste mientras los interesados no demuestren lo contrario, como sucede cuando los bienes de que se trata hubieran sido desafectados por el Ministerio de Hacienda del uso o servicio público a que originariamente estuvieran destinados, permitiéndose su alienabilidad mediante una autorización previa o cuando, por lo menos, después de pertenecer al Estado, hubieran pasado al dominio de los particulares, y como en el presente caso el Tribunal *a quo* afirma que los inmuebles controvertidos, si bien, en principio, se asientan en zona marítimo-terrestre administrada por el Estado, fueron cedidos después por el mismo al Ayuntamiento de Valencia, que respetó la situación posesoria de quienes, como los demandados vendedores, disfrutaron de ellos en concepto de dueños, pública, pacífica e ininterrumpidamente, por tiempo superior al exigido para la usucapión, que su transmisión a los compradores únicamente quedó sometida al cumplimiento de determinados cánones administrativos, es evidente que al concurrir en los contratos, cuya nulidad se postula, los requisitos establecidos en el artículo 1.261 del Código civil, los mismos son válidos, ya que al hallarse concertados entre sujetos de Derecho privado, aun cuando recaigan sobre objetos, valores, aprovechamientos o explotaciones que por motivos de interés general hubieran de ser tutelados por la intervención administrativa, no pierden su naturaleza de convenciones civiles, sometidos a la aprobación del Organismo público competente, dado que esto último no deja de ser un requisito complementario que no afecta a la perfección, sino, en todo caso, a la consumación de los contratos, cuando los actos que los mismos integran trascienden de las partes que los suscribieron, bien a terceros ajenos a lo estipulado o a la propia Administración, que en todo momento puede desconocer la eficacia, en cuanto a ella, de los no aprobados por la misma, pero sin ser lícito desposeerlos de validez por falta de ese requisito complementario.

NO CABE CALIFICAR DE SUBARRIENDO LA CESION DE LA EXPLOTACION DE UN BAR DENTRO DE UN CINEMATOGRAFO (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—Al no cederse ni el local ni la industria del cinematógrafo, sino un servicio de bar, tan sólo para las personas concurrentes al cine, careciendo de salida propia y directa al exterior y supeditando al mismo la simple concesión de los derechos del arrendatario del cine, no cabe calificar de subarriendo. El arrendamiento de estos bares o servicios asimilados no son negocios autónomos especialmente caracterizados por su independencia directa con la explotación de la industria de cinematógrafo en cuyo local se hayan instalado, han de regirse por la legislación común.

PUEDE MANIFESTARSE TACITAMENTE EL CONSENTIMIENTO DE LOS CONTRATANTES PARA LLEVAR A CABO LA NOVACION OBJETIVA (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que la novación objetiva o real, a que se refiere el número uno del artículo 1.203 del Código civil no se presume, no lo es menos que el consentimiento de los contratantes para llevarla a efecto puede manifestarse de forma tácita, como sucede siempre que la obligación que sustituya a la antigua sea de todo punto incompatible con ella, contrariándola abiertamente.

La apreciación de los hechos constitutivos de la novación es facultad privativa de los Juzgadores de Instancia, sin que el uso que de ella hagan sea susceptible de ser censurado en casación, sino a través del número siete del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Según reiterada jurisprudencia de esta Sala, la apreciación de la relación o conexión entre el hecho declarado y el deducido es facultad privativa de tales Tribunales, sin que pueda combatirse en casación la deducción a que lleguen, salvo que sea absurda, ilógica o inverosímil.

PARA QUE SE PRODUZCA LA RESOLUCION DE UN VINCULO CONTRACTUAL ES NECESARIO QUE SE PATENTICE UNA VOLUNTAD DELIBERADAMENTE REBELDE AL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—La alegada falta de claridad que pueda imputarse a la combatida sentencia de apelación no es denunciabile por la vía que se utiliza, ya que ella no autoriza la denuncia de otro vicio o error *in judicando* que el que suponga o implique incongruencia.

Es doctrina jurisprudencial que el principio de equidad que inspira el artículo 1.124 del Código civil revela el inequívoco propósito de impedir que se pronuncie la resolución del vínculo contractual en aquellos supuestos en que no se patentice de modo indubitado una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido.

EL HECHO DE QUE SE TRATE DE UNA INDUSTRIA MODESTA, CON INSTALACIONES RUDIMENTARIAS, NO CAMBIA SU NATURALEZA (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1976).

Hechos.—Se discute en el caso si el arrendamiento de una pequeña taberna lo es de industria o de local de negocios. El Tribunal Supremo resuelve en el sentido indicado en el título.

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que, como tiene recordado una reiterada y obvia jurisprudencia, un contrato no se califica por la denominación que las partes le atribuyen, sino por la naturaleza de los requisitos que lo determinan según la ley, es decir, de sus elementos personales y reales, sujetos y prestaciones, es indudable que cuando no existe complejidad técnica ninguna y se trata de materias tan simples que normalmente están en la mente de cualquier formación cultural media, hay que tener muy en cuenta la interpretación literal de lo consignado por las partes contratantes.

El hecho de que se trate de una industria modesta, que requiere instalaciones y útiles rudimentarios, no cambia su naturaleza y, por tanto, es inadmisibile igualmente el argumento alegado en este sentido para combatir la calificación hecha por el Tribunal de Instancia, cuando estima tales elementos como los propios y adecuados del pequeño negocio de taberna que en el local se desarrollaba ya por otros arrendatarios desde muchos años antes que se suscribiera el contrato entre las partes contendientes.

LA CONGRUENCIA NO IMPLICA QUE HAYA DE ATENERSE EL JUZGADOR A LA LITERALIDAD DE LAS EXPRESIONES QUE CONSTITUYEN LOS PEDIMENTOS DE LAS PARTES (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—Según reiterada doctrina de esta Sala, la congruencia, en términos procesales, equivale a conformidad entre el fallo y el contenido de las pretensiones deducidas en forma y razón adecuadas, pues si bien ha de estar en relación con los términos de los escritos fundamentales, no quiere esto decir que haya de atenerse el Juzgador a la literalidad de las expresiones que constituyen los pedimentos de las partes, sino que ha de existir una relación íntima y racional entre aquéllos y la sentencia, de tal suerte que se falle sobre el mismo objeto y se conceda o niegue en todo o en parte lo solicitado.

La congruencia ha de existir entre el fallo y las peticiones, y no en otras manifestaciones hechas en el cuerpo de los escritos o en los considerandos.

El litisconsorcio pasivo necesario se caracteriza por su finalidad de obtener una resolución única para todos los interesados, por tratarse de una única pretensión que a todos afecta, no sólo porque el principio de orden público de la veracidad de la cosa juzgada exige la presencia en el proceso de todos los que debieron ser parte en él, sino en evitación de resoluciones contradictorias sobre el mismo asunto.

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS: EVOLUCION DEL SISTEMA SUBJETIVISTA (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—La sentencia de esta Sala de 24 de mayo de 1974 claramente determina que el artículo 1.º del Texto Refundido por Decreto de 21 de marzo de 1968, de la Ley de 24 de diciembre de 1962, impone al conductor de un vehículo de motor la obligación de reparar el mal causado con ocasión de la circulación, salvo que se pruebe que el hecho fuere debido a culpa o negligencia del perjudicado, o fuerza mayor extraña a la conducción o funcionamiento del vehículo, y que la prueba de estas excepciones, así como la existencia de caso fortuito incumbe a quien las alega en aplicación de la propia norma genérica del artícu-

lo 1.214 del Código civil, y ya con anterioridad a la publicación de la ley especial citada, la sentencia de 10 de julio de 1943 declaraba que si bien el criterio de la responsabilidad objetiva en los atropellos causados por automóviles no estaba consagrado en nuestras leyes, ello no excluía que en los casos en que resultara evidente un hecho que por sí solo determine probabilidad de culpa pueda presumirse ésta y cargar al autor del atropello la obligación de desvirtuar la presunción, siendo preciso demostrar que el autor del hecho causal determinante del daño había procedido con la diligencia y cuidado debidos, según las circunstancias, y que siempre que el perjudicado contribuye a la realización del hecho es obligado, a efectos compensatorios, determinar quién es el responsable del acto u omisión que revista mayor preponderancia, y la de 30 de julio de 1959 establecía que si bien era cierto que en nuestra legislación no estaba admitido el sistema objetivista para determinar la responsabilidad de los daños y perjuicios sufridos por un tercero derivados de actos más o menos lícitos, no cabe desconocer que el sistema subjetivista venía evolucionando en la doctrina y en la jurisprudencia, invirtiendo en algunos casos la carga de la prueba para obligar al autor de los daños a acreditar que obró en el ejercicio de sus actos lícitos con toda prudencia y la diligencia debida para evitarlos; por tanto, resulta indiferente, en el supuesto de autos, que la exigencia de la responsabilidad se pretendiera amparar en la demanda en el artículo 1.902 del Código civil o en el artículo primero de la legislación reguladora de las responsabilidades civiles derivadas del uso y circulación de vehículos de motor.

MANIFESTACION DEL CONSENTIMIENTO POR MEDIO DEL SILENCIO (SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1976).

Doctrina de la sentencia.—Según doctrina de esta Sala—sentencia de 24 de noviembre de 1943—, para que el silencio sea expresión del consentimiento es absolutamente necesario que habiéndose tenido conocimiento de los hechos, no se haya manifestado disconformidad con los mismos.

J. Q. S.

ARBITRAJE (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE ABRIL DE 1975).

Hechos.—El actor demanda el abono de una cantidad por la realización de unas obras, según contrato de arrendamiento de obras. A ello se opone el demandado alegando el pacto de someterse a un arbitraje de equidad. El Juez de Instancia condena al demandado; la Audiencia revoca y estima el arbitraje. El Tribunal Supremo sienta la siguiente doctrina, al estimar el recurso y confirmar la sentencia de Primera Instancia:

Doctrina de la sentencia.—La cláusula de arbitraje que sirve de base a la sentencia recurrida, no integra de por sí más que un convenio preparatorio de arbitraje, al que hace referencia el artículo 6 de la Ley de 23 de diciembre de 1953, que autoriza a las partes intervinientes a comprometerse en su día a un arbitraje, pero en modo alguno puede reputarse a la referida cláusula como eficaz para reconocer a su través la existencia de aquel contrato, sino sólo el convenio preliminar o precontrato, que regulan los artículos 7, 8 y 9 de la citada ley, que no puede producir otro efecto que el de compelerse recíprocamente las partes a la formalización del contrato de arbitraje o, en su defecto, a acudir al Juzgado

para obtener la formalización judicial del mismo, conforme con lo que reiteradamente tiene establecido la jurisprudencia al regular separadamente la «cláusula compromisaria» y la verdadera escritura de compromiso, que es la que puede excluir la competencia de los Tribunales.

CONTRATO DE SEGURO: RECLAMACION DE CANTIDAD (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE MAYO DE 1975).

Hechos.—Por consecuencia de muerte en accidente reclama el actor cierta cantidad al usuario del vehículo causante y a la compañía aseguradora. El Juzgado estima en parte la demanda, ya que absuelve a la compañía de la indemnización complementaria por concepto de seguro voluntario de responsabilidad civil. La Audiencia estima en parte el recurso y aumenta las cantidades que deben satisfacerse por el usuario del vehículo, pero mantiene en lo demás la sentencia de Primera Instancia. El Tribunal Supremo dice lo siguiente al desestimar el recurso:

Doctrina de la sentencia.—Por propia naturaleza, el seguro obligatorio no puede identificarse con el voluntario, pues el primero nace de la ley, como fuente de obligaciones, razón por la cual es ésta y no el contrato de donde nace la acción directa contra la compañía aseguradora, con lo que la responsabilidad tiene un carácter preponderantemente objetivo, a lo que hay que añadir y destacar especialmente la limitación del seguro obligatorio a los daños producidos a las personas, la limitación de la cobertura y la especialidad del procedimiento, por lo que es lógico que estas limitaciones provoquen la precisión de concertar otro seguro de responsabilidad civil que cubra supuestos no comprendidos en el obligatorio. Por ello, la sentencia recurrida no ha violado ningún principio de hermenéutica, porque en este negocio jurídico entre asegurador y asegurado, en que el recurrente no es parte ni tiene acción directa contra la aseguradora, es compatible la declaración dicha de la cláusula final con la primera de las exclusiones del seguro contenidas en la póliza.

SEGURO: RECLAMACION DE CANTIDAD (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE MAYO DE 1975).

Hechos.—En juicio ejecutivo contra una compañía aseguradora sobre reclamación de cantidad por daños y perjuicios ocasionados por atropello, es requerida la sociedad demandada al pago que no hizo, oponiéndose a la ejecución, y conferido el traslado del escrito de oposición a la parte actora, invoca la falta de personalidad del Procurador de la compañía por insuficiencia e ilegalidad del poder. El Juzgado manda seguir el procedimiento hasta que se pague al actor. La Audiencia revoca la sentencia. Interpuesto recurso por quebrantamiento de forma, el Tribunal Supremo casa la sentencia.

Doctrina de la sentencia.—Según determinan los artículos 165 y 166 del Reglamento Notarial, la escritura pública de apoderamiento otorgada en nombre de una sociedad debe expresar no sólo las circunstancias relativas a la personalidad de quien interviene en nombre de ella, sino también insertar en cuanto sea posible la pertinente a los documentos fehacientes que acrediten esa representación o, en otro caso, incorporar las originales o su testimonio, cosa que si bien puede prescindirse respecto de la matriz cuando obren en el protocolo del autorizante, habrá de hacerse constar necesariamente en las copias expedidas, al extremo de que, como indican otras sentencias de esta Sala (23 de diciembre de

1953 y 23 de junio de 1954), su omisión priva al apoderamiento de uno de sus requisitos esenciales e impide a los Tribunales conocer la certeza de tal representación y el alcance y extensión de las facultades, que por haberse atribuido al otorgante pueden transferir al mandatario, y como en el presente caso no se acredita la condición de Director Gerente ni que este señor gozase de las facultades que transmitió, es evidente que, en virtud del aforismo *nemo plus iuris transferit quam habet*, la sentencia que se impugna debió acoger la excepción 3.ª del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, oportunamente alegada en el pleito.

ARRENDAMIENTO DE OBRA. RECLAMACION DE CANTIDAD (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE MAYO DE 1975).

Hechos.—Por consecuencia de un arrendamiento de obras, el contra-tista reclama el pago de una parte del importe de las obras no satisfecho. El demandado opone excepción de cosa juzgada e incompetencia y dedujo demanda de reconvención. El Juzgado de Instancia estimó la demanda y condenó al pago. La Audiencia confirma la sentencia. El Tribunal Supremo desestima el recurso.

Doctrina de la sentencia.—No hay violación del artículo 1.591 del Código civil por ser una cuestión nueva planteada en el recurso de casación, que no fue citada en las instancias ni discutida en ellas las responsabilidades a que el mismo se refiere, conforme al artículo 1.779 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De igual modo, tampoco hay violación del artículo 1.123, en relación con el 1.120, del Código civil ambos, pues dicha circunstancia induce a confusión, que no tolera el artículo 1.729.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En cuanto a la invocación que se hace de inaplicación de las consecuencias de la cosa juzgada, en relación con otro juicio con las mismas partes y en el mismo Juzgado, en el cual el actor reclamaba al hoy recurrente unas cantidades que aún no había entregado de las fijadas como precio en un contrato de ejecución de obras, en el que el demandado pedía la resolución, la sentencia accedió a la resolución por no cumplimiento del actor en cuanto al plazo de entrega de la obra, denegando, por no probados, los daños y perjuicios alegados y reservando al actor la acción para reclamar su crédito en otro juicio, ya que no podía haber sido resuelto en aquél por cambio de la naturaleza de la acción, pronunciamiento que daba paso a la nueva acción ejercitada, lo que por sí solo acarrearía la desestimación de los motivos arriba invocados, pero que además merecen ser desestimados sólo por la forma indebida en que han sido enunciados, pues hay falta de precisión, que requiere el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

RECLAMACION DE CANTIDAD (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE MAYO DE 1975).

Hechos.—El actor reclama a la empresa constructora «Aravaca, S. A.», una cantidad por consecuencia de haberle realizado la estructura metálica de una obra. A ello se opone la demandada. El Juzgado condena al pago. La Audiencia confirma la sentencia. El Tribunal Supremo desestima el recurso.

Doctrina de la sentencia.—Contra la apreciación probatoria que hace la sentencia recurrida, en especial la derivada del informe pericial, que el recurrente estima como documento auténtico, sin tener presente que la

jurisprudencia viene sentando que no sólo la prueba de peritos no es combatible en casación, porque el dictamen por ellos emanado no ostenta el rango de documento o acto auténtico, ya que por sí solo no acredita de modo irrefutable un hecho, acredita el juicio personal formado por los antecedentes suministrados, sino también porque dicha prueba debe ser apreciada por las reglas de la sana crítica y en relación con otras pruebas y, sobre todo, porque es reiterado el criterio jurisprudencial apoyado en el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que determina que el análisis, calificación y valoración de los dictámenes periciales corresponde al Tribunal sentenciador.

De otro lado, no debe deducirse de la cantidad reclamada el importe del Tráfico de Empresas, pues los preceptos del Texto Refundido de 29 de diciembre de 1966 y de la Ordenación Reglamentaria de 23 de diciembre de 1971, al permitir la repercusión del pago en factura en las operaciones que realicen los contratistas o fabricantes, no pueden oponerse a que se realizara o no el ingreso, porque siempre se ha de responder de éste en el Tesoro Público.

RECLAMACION DE CANTIDAD (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE JUNIO DE 1975).

Hechos.—El actor reclama una indemnización por muerte de su hija ocurrida en una excavación situada en la cantera de un tejár, llena de agua procedente de la lluvia, en donde la fallecida pretendía bañarse. El Juez de Instancia condena al pago de 80.000 pesetas. La Audiencia absuelve al demandado. El Tribunal Supremo declara lo siguiente:

Doctrina de la sentencia.—El hecho de que la víctima entrase a la citada charca con ánimo de bañarse y que pereciera por causas indeterminadas ahogada, declarados en la sentencia, impide considerar documento auténtico a la diligencia de inspección ocular y el error de Derecho en la interpretación de la prueba, porque el hecho de que el acta de inspección ocular se levantase dos años después del suceso impide afirmar como hecho evidente que dos años antes no existieran letreros anunciantes del peligro. Tampoco cabe ver una violación del artículo 1.243 del Código Civil, por no ser valorativo de prueba y no combatir una afirmación rotunda de la sentencia, cual es «la muerte por corte de digestión», y aunque progresara, la consecuencia sería idéntica, pues la Instancia da por probado que la víctima entró voluntariamente en el agua para bañarse, como otras veces había hecho, lo que descarta la hipótesis de un accidente involuntario, único hecho que de no tener el propietario de la finca tomadas algunas medidas de precaución podría acarrear la responsabilidad culposa de tercero.

J. S. V.

INEXISTENCIA E INVALIDACION DE CONTRATO. EL QUE SOSTIENE QUE CIERTOS CONTRATOS SON SIMULADOS HA DE PROBARLO. LAS CUESTIONES SOBRE INEXISTENCIA O SIMULACION DE LOS CONTRATOS, POR AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO, CAREN- CIA DE OBJETO, INEXISTENCIA O FALSEDAD DE LA CAUSA, SON CUESTIONES DE HECHO SOMETIDAS A LA LIBRE APRECIACION DEL JUZGADOR DE INSTANCIA, QUE SOLO PUEDEN SER IMPUG- NADAS EN CASACION, AL AMPARO DEL NUMERO 7.º DEL ARTICU- LO 1.692 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL (SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 1975).

Hechos.—Doña Marina Tomás (de ochenta años y salud precaria—se dice en la demanda—), propietaria de un establecimiento destinado a hos-

tería valorado en 6.255.249 pesetas, lo vende por 1.350.000 pesetas en escritura pública a don Juan Vallverdú. En el mismo día del otorgamiento de la escritura, comprador y vendedora suscribieron un documento privado, en el cual hicieron constar, luego de hacer referencia a la mencionada escritura, que estimando que la cantidad mencionada como precio de la venta es muy inferior al valor del inmueble, se compromete el comprador a satisfacer a doña Marina una renta vitalicia de 550.000 pesetas anuales.

Interpone la vendedora demanda ante el Juzgado de Primera Instancia de Reus pidiendo la invalidación del contrato formalizado en escritura pública y el de renta vitalicia, por considerarlos simulados e inexistentes por falta de los requisitos que exige el artículo 1.261 del Código civil, pues ni doña Marina prestó su consentimiento, ni se hizo tradición de los bienes, ni se satisfizo el mencionado precio, y para el caso de no haber lugar a ello pide la rescisión, conforme a los artículos 323 a 325 de la Compilación catalana, por lesión en más de la mitad del justo valor del inmueble (está situado en Cataluña).

Se opone a la demanda don Juan alegando que, como consecuencia del dinero que la demandante le debía, requirió a la misma para que ofreciera alguna garantía que asegurase la devolución de los créditos, decidiendo libre y espontáneamente venderle el establecimiento, conviniéndose que el precio sería hecho efectivo mediante la compensación de las sumas que le adeudaba y la constitución de una renta vitalicia a favor de dicha señora, por lo que niega que el contrato de compraventa fuese simulado e inexistente.

El Juzgado de Primera Instancia de Reus estima la demanda, la cual fue revocada por la Audiencia Territorial de Barcelona, ante lo cual la actora interpone recurso de casación por infracción de ley y doctrina legal, al amparo del artículo 1.692-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando violación por no aplicación de los artículos 1.445 (falta de precio cierto), 1.195, 1.196 y concordantes, 1.802, 1.261, 1.281 y 1.282 del Código civil, recurso que no es admitido por el Tribunal Supremo.

Doctrina de la sentencia.—Se basa ésta en que, según repetida jurisprudencia, quien sostiene que ciertos contratos son simulados ha de probarlo, y que las cuestiones sobre existencia o simulación de los contratos, por ausencia de consentimiento, carencia de objeto, inexistencia o falsedad de la causa, son cuestiones de hecho sometidas a la libre apreciación del Juzgador de Instancia, que sólo pueden ser impugnadas en casación, al amparo del artículo 1.692, número 7.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil; que la actora no ha proporcionado prueba apta para llevar a la convicción del Juzgador la realidad de los hechos alegados, y apreciando la prueba practicada llega a la conclusión de considerar acreditada la plena capacidad de la actora para la realización de los actos jurídicos impugnados y la realidad de los pactos habidos entre las partes; que sostener la inexistencia y nulidad del contrato de compraventa por falta de precio cierto—artículo 1.445—y del denominado contrato de renta vitalicia por estar constituido sin capital conocido—artículo 1.802—, nada de lo cual fue alegado en el período expositivo del pleito, constituyen cuestiones nuevas, a las que el número 5.º del artículo 1.792 de la Ley veda su acceso a este recurso extraordinario.

Por todo ello desestima el recurso y condena al recurrente al pago de todas las costas.

CUMPLIMIENTO DE CONTRATO. EL CREDITO REFACCIONARIO DERIVA DE UN CONTRATO DE PRESTAMO, POR EL QUE SE ENTREGA A OTRO DINERO O MATERIALES NECESARIOS PARA LA CONSTRUCCION, CONSERVACION O REPARACION DE UNA FINCA, ENTREGAS QUE SE VAN EFECTUANDO A MEDIDA QUE LA CONSTRUCCION SE VA REALIZANDO (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 1975).

Hechos.—Don Francisco Barberillo, constructor, y don Francisco Torrens suscribieron un contrato en documento privado, cuya duración era de diez años, con el fin de asociarse para la parcelación, urbanización y venta de una finca rústica propiedad del segundo, que por su emplazamiento resultaba un terreno ideal para su transformación en zona residencial de viviendas. El constructor aportaría materiales y obreros y recibiría como precio un 60 por 100 de la venta de cada parcela urbanizada. Con la firma del documento señalada se puso en marcha una importante urbanización, cuyo resultado a los cuatro años fue que el número de parcelas vendidas pasara de 100. Como el propietario a los cuatro años del contrato—según dice el señor Barberillo—decidiese no vender más parcelas, entabló demanda contra el mismo, pidiendo el cumplimiento del contrato (que aunque atípico califica de naturaleza asociativa) y la obtención de una garantía real de las cantidades invertidas, que tienen el carácter de un crédito refaccionario, que debe ser anotado preventivamente sobre la finca del demandado.

Se opone a ello el demandado negando la resistencia a vender parcelas; que el contrato tenga la naturaleza de sociedad y la figura del crédito refaccionario, ya que éste requiere un elemento esencial: la existencia de un crédito, que aquí no existe, sino al contrario, que es el demandante quien adeuda al demandado 4.500.000 pesetas, e interponiendo demanda contra el señor Barberillo reclamándole dicha cantidad, que éste debería pagarle en el plazo de tres años, y pasado éste sin hacerlo podría exigir el señor Torrens se satisficiera mediante adjudicación por el señor Barberillo de las obras de parcelación y urbanización totalmente realizadas en solares de la finca que aún no se hubieran enajenado. Como pasara el plazo sin efectuar el pago, pide el señor Torrens que el constructor sea condenado a la adjudicación de las obras de parcelación y urbanización aludidas o bien la suma adeudada.

Acordada la acumulación de ambos pleitos, el Juzgado de Primera Instancia de Vich absuelve al señor Torrens de la primera demanda y condena al señor Barberillo al pago de la cantidad citada mediante la adjudicación de las obras realizadas, sentencia que fue confirmada por la Audiencia Territorial de Barcelona.

Interpuesto recurso de casación por el condenado, al amparo del artículo 1.692-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando infracción de los artículos 1.256 del Código civil y 42-8.º de la Ley Hipotecaria, violados por inaplicación de los mismos, es rechazado por el Tribunal Supremo.

Doctrina de la sentencia.—Dice ésta en su considerando primero que no puede prevalecer el motivo fundado en el artículo 1.256 del Código civil, porque no resulta de la sentencia impugnada que se atribuya exclusivamente al hoy recurrido la facultad de vender las parcelas urbanizadas, y en su considerando segundo, que la infracción, por inaplicación del número 8 del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, es inexistente y ello determina la inviolabilidad del motivo por lo siguiente: A) El crédito refaccionario deriva de un contrato de préstamo, por el que se entrega a otro dinero o materiales necesarios para la construcción, conservación o reparación de una finca, entregas que se van efectuando a medida que la

construcción se va realizando; así, pues, el elemento personal está integrado por el que presta y por el que recibe lo prestado. B) Según la fundamentación de hecho de la sentencia recurrida, en el contrato no se habla de deudor y acreedor, ni el propietario de la finca recibe en préstamo cantidad alguna ni se obliga a pagar obra alguna, sino que son los dos pactantes quienes al unísono hacen inversiones o reembolso en dinero al consumarse las ventas, no dándose un específico crédito del actor—hoy recurrente—contra el demandado, recurrido, derivado directamente de ser aportación de obras, en cumplimiento de la prestación convenida, sino a cambio de una participación alicuota en los beneficios que se obtengan.

EJECUCION DE OBRA: LOS DAÑOS PRODUCIDOS EN LA PARTE DE LA CASA DE PROPIEDAD INDIVIDUAL—EN REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL—COMO CONSECUENCIA DE LA DEFICIENCIA DE LOS ELEMENTOS COMUNES NO REPARADOS A TIEMPO, DEBEN SER SATISFECHOS POR LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS (SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1975).

Dos propietarios, en régimen de propiedad horizontal, demandan a la comunidad de propietarios la reparación de determinados daños producidos en sus respectivos locales, usados por ellos como vivienda. Tales daños fueron ocasionados por el mal funcionamiento y ruptura de las bajadas de desagüe y por ruptura del solado del patio interior, que facilitó la penetración de aguas en el piso bajo. Desestimada la demanda por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Bilbao, fue revocada por la Audiencia Territorial de Burgos, e interpuesto recurso de casación por la comunidad de propietarios, no es admitido por el Tribunal Supremo, porque habiendo sido probado que los daños ocasionados son consecuencia de deficiencia de elementos comunes no reparados a tiempo, deben ser satisfechos por todos los copropietarios en proporción a sus cuotas, y sin que el destino del local, sea comercial o de vivienda, en nada influya en el hundimiento de la solería, pues en todo caso las humedades infiltradas por la no reparación a tiempo de los elementos comunes hubieran producido el mismo efecto.

RELATIVIDAD DEL CONTRATO. LOS CONTRATOS SOLO PRODUCEN ACCION ENTRE LAS PARTES CONTRATANTES (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1975).

Hechos.—Doña Dolores y doña Emilia López en 1962 vendieron a una sociedad hotelera unos terrenos en Lorca mediante escritura pública, que fue inscrita en el Registro de la Propiedad, en la que aparte del precio ya entregado, la entidad compradora debería pagarles cierta cantidad en el plazo de cinco años y se obligaba a construir a doña Emilia un chalet, reservándose además ésta el derecho en exclusiva a establecer una bonbonería en la urbanización que la sociedad compradora iba a promover. En la escritura había una cláusula que decía que las «vendedoras no tendrán más acción que la personal contra la sociedad compradora, pero sin que al impago se le dé carácter resolutorio de este negocio jurídico».

Pasado el plazo de los cinco años sin que por la compradora se hubiese cumplido lo estipulado, las vendedoras requieren a la sociedad hotelera, ofreciéndole la resolución del contrato mediante acta notarial, que no fue atendida, por lo que entablaron demanda contra la misma solici-

tando, alternatively, la resolución del contrato con abono de daños y perjuicios o el cumplimiento del mismo. Al contestarse la demanda, las demandantes vinieron en conocimiento de que la sociedad hotelera había vendido en escritura los terrenos a «Urbanizadora de Menorca, Sociedad Anónima», en 1965, ante la cual formulan ahora demanda solicitando la resolución del contrato celebrado entre las demandantes y la sociedad hotelera o que se haya podido celebrar entre las demás personas o entidades demandadas y «Urbanizadora de Menorca, S. A.», con abono de daños y perjuicios y, alternatively, el cumplimiento del contrato originario.

El Juzgado especial para la suspensión de pagos del Banco Comercial de Menorca estimó en parte la demanda, condenando a la «Urbanizadora» al cumplimiento del contrato originario y, en consecuencia, a pagar a las demandantes las cantidades adeudadas, desestimando el resto de los pedidos, sin especial imposición en costas.

Contra esta sentencia interpusieron recurso de apelación ambas partes. La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete confirma la misma, y revocándola en parte hace extensiva dicha condena a la demandada, a que satisfaga a las demandantes las sumas equivalentes al importe de las obligaciones no pecuniarias que fueron contraídas.

La «Urbanizadora de Menorca, S. A.», interpone recurso de casación alegando infracción por violación de los artículos 1.091, 1.281 y 1.257 del Código civil y 11 de la Ley Hipotecaria, recurso que es admitido por el Tribunal Supremo, anulando la sentencia de la Audiencia.

Doctrina de la sentencia.—Dice ésta en uno de sus considerandos que el único problema que se plantea es el referente a la repercusión respecto del segundo comprador de las obligaciones contenidas en el primitivo contrato, para cuya solución es preciso tener en cuenta, ante todo, este primer contrato, que como tal tiene que estar presidido por la norma general del artículo 1.096 del Código civil, a cuyo tenor las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley «entre las partes contratantes», norma que se complementa con la establecida en el artículo 1.257, según el cual los contratos «sólo producen efectos entre las partes que los otorgaron y sus herederos», con lo que se proclama en nuestro sistema el principio de la relatividad de los contratos, o más exactamente, de sus efectos, que no son sino las obligaciones que de ellos nacen, con lo que se quiere significar que, a diferencia de lo que ocurre con los derechos reales, cuya eficacia es frente a todos *erga omnes*, aquí es meramente relativa, como relativas son las obligaciones, rigiendo, por tanto, la vieja máxima de que *res inter alios acta, tertiis neque prodest neque nocet*, principios que fueron escrupulosamente mantenidos por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, conocida por lo reiterada; y si bien es cierto que la regla no es absoluta, no lo es menos que son excepcionales los casos en que los efectos obligacionales repercuten en persona que no intervino en la celebración del pacto, y que en cuanto derogatorios de lo que es modo normal y general de suceder deben analizarse con suma cautela y criterio restrictivo.

En otro de sus considerandos, que por considerarlo de interés reproducimos, dice la citada sentencia que con independencia del contrato originario, que en sí y por sí solo, según se acaba de ver, no afecta a quien ahora recurre, es preciso también examinar si concurre alguno de los supuestos que se dan en el mundo moderno como consecuencia de las relaciones sociales y, sobre todo, económicas contra un sentido demasiado rígido y estático de las relaciones contractuales, que impide la sucesión en sus titularidades o simplemente su modificación desde el punto de vista subjetivo, con la inevitable producción de efectos respecto de personas que no habían intervenido en el pacto, que llegaron hasta el

reconocimiento de la figura conocida con el nombre de «cesión del contrato», que tiene su primera consagración legislativa en los artículos 1.046 y siguientes del Código civil italiano de 1942, posibilidad transformadora que en nuestro ordenamiento habrá de verificarse dentro del marco estricto de las normas legales vigentes, a cuyo tenor solamente podrá verificarse a través de un triple procedimiento: bien extinguiendo las obligaciones anteriores por empleo de la novación propia o extintiva, bien modificándola si se utiliza el mecanismo de la delegación puramente cumulativa, que autoriza a *sensu contrario* el artículo 1.204, o bien pactando la sucesión sin extinguir las obligaciones, que permite el artículo 1.203; supuesto éste de sucesión propiamente dicha que aparece reconocido, por lo que al crédito se refiere, con las formas de cesión de créditos—artículos 1.526 y siguientes del Código civil—y de la subrogación—artículos 1.209 y siguientes del mismo Cuerpo legal—y, por lo que afecta al lado pasivo, con la ASUNCION DE DEUDAS A TITULO PARTICULAR O PRIVATIVO, construida doctrinalmente en nuestro Derecho al amparo del artículo 1.203, en conexión con los 1.204 y 1.205 del Código civil, según se evidencia en diversas sentencias del Tribunal Supremo; figura esta última en la que se apoyaron las dos sentencias de Instancia para tratar de justificar la repercusión en contra de la sociedad recurrente, olvidando, sin embargo, que justamente por tratarse de obligaciones y porque supone la derogación del régimen normal, la ASUNCION DEBE SER EXPRESA, con constancia de una declaración de voluntad en ese sentido de parte del asunto, así como del conocimiento y consentimiento del acreedor, *no siendo admisible en forma tácita o presuntiva*, sin que en el caso presente concorra ninguna de aquellas voluntades, manteniéndose, por tanto, con toda vigencia la norma de la relatividad del contrato del artículo 1.257.

F. Q. R.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

DESAHUCIO DE APARCERO: NO HABIENDOSE CONSIGNADO LA PARTICIPACION ANUAL EN LOS PRODUCTOS PERTENECIENTES A LOS PROPIETARIOS, SE HA DE TENER AL APARCERO POR DESISTIDO DEL RECURSO (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1974).

La demanda de desahucio contra el aparcero por haber incumplido éste sus obligaciones respecto al cultivo de las fincas, pagos de contribuciones, talas, venta de frutos, etc., es desestimada por el Juzgado de Pozoblanco, pero esta sentencia fue revocada por la Audiencia de Sevilla.

El recurso de revisión no prospera porque establecido por el número 3 del artículo 54 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos que se ha de hacer tal consignación de rentas, so pena de tener por desistido del recurso al arrendatario o aparcero, ha de admitirse la cuestión planteada por los recurridos en este sentido. La razón de este precepto es la de evitar que los arrendatarios o aparceros, mediante la prolongación de los litigios por desahucio, consigan seguir en el disfrute de las fincas sin la contrapartida del pago de la renta o participación.

DESAHUCIO DE ARRENDATARIOS: TRATANDOSE DE VARIAS FINCAS Y NO DE UNA ARRENDADA A VARIOS COLONOS SOLIDARIAMENTE, LA RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO DEPENDE DE LA VALIDEZ DEL CONTRATO DE CADA UNO DE AQUELLOS (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1974).

Al venderse la finca, arrendada a varios arrendatarios, se interpone demanda de retracto por un grupo de ellos, de los que unos eran primitivos arrendatarios, pero otros eran cesionarios de los anteriores, alegándolo así en la demanda; como la finca era una unidad y nunca se dieron a los arrendatarios recibos parciales de la parte de renta correspondiente a cada uno, se solicita el desahucio por el propietario, con fundamento en lo antes expuesto y en la expiración del plazo contractual y sus prórrogas. El Juzgado de Almazán desestimó la demanda, pero la Audiencia de Burgos revocó parcialmente esta sentencia, admitiendo el desahucio de algunos de los arrendatarios, pero no de otros.

El recurso de revisión se interpuso por las dos partes, y sólo triunfa el interpuesto por algunos de los demandados, a los que se les había reconocido el carácter de tales, tanto en el contrato como en un acto de conciliación celebrado entre arrendadores y arrendatarios, rechazándose respecto a los demás, los cuales lo son por cesión no autorizada por los propietarios y, por tanto, prohibida por la ley, y sancionada con el desahucio por el Reglamento de Arrendamientos vigente. No prospera el de los actores porque el contrato es de arrendamiento y no de aparcería y, por otra parte, no constituyen las tres fincas una sola, como pretenden los propietarios, arrendada a varios llevadores solidariamente, sino que tienen vida propia e independiente cada una, constituyendo tantos arrendamientos como arrendatarios, tal como se entendió ya en Primera Instancia.

DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO: LA LEY DE 23 DE JULIO DE 1966 NO AFECTA A LA COMPETENCIA JERARQUICA EN MATERIA DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1974).

Ejercitada la acción de desahucio por falta de pago de la renta, el arrendatario se opone alegando como cuestión previa la excepción de incompetencia jerárquica, la cual fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia de Molina de Aragón, que admitió la demanda y declaró haber lugar al desahucio, lo que confirmó íntegramente la Audiencia Territorial.

El recurso de revisión se funda en la misma excepción de incompetencia, pero se desestima por entender el Alto Tribunal la finalidad social que inspira la legislación de Arrendamientos Rústicos, plasmada sobre todo en el Reglamento de 1959, que es el primer Cuerpo legal a aplicar en estas cuestiones y que no ha sido derogado por la Ley de 23 de julio de 1966, reformadora de la de Enjuiciamiento Civil, que sólo se aplica subsidiariamente en esta materia, por lo que conocerán los Jueces de Primera Instancia en los juicios de desahucio cuando la cuantía de la renta exceda de 2.500 pesetas, conforme al artículo 51 del Reglamento citado, por lo que no puede prosperar el recurso.

RETRACTO DE FINCA RUSTICA: NO CABE EL RETRACTO DE PARTE DE LA FINCA TRANSMITIDA, SINO DE TODA ELLA (SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1974).

Vendida una finca rústica sin notificarlo al arrendatario, éste demanda al comprador solicitando el retracto de tal finca. El Juzgado de Granada estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife revocó la anterior, por lo que se interpuso recurso de revisión por el demandante.

No prosperó dicho recurso. Si en la escritura de venta figuran como fincas distintas las de destino rústico y las viviendas con el estanque y tubería, no es menos cierto que al describir esta última hace constar que la tubería se destina a conducir el agua desde el estanque hasta las huertas, reconociendo así la dependencia, y consigna también que ambas fincas las lleva en aparcería el recurrente, sin que conste nada en contra de esta afirmación. No se da el retracto en el supuesto de transmisión de parte determinada de la finca rústica o participación indivisa, sino en el de haber sido transmitida la totalidad de la finca que constituye unidad económica, por lo que de no admitirse tal unidad y sí la existencia de dos fincas independientes, dejaría a la parte accesorio que no se desea retraer y que debería quedar en poder del comprador, sin parte en los productos y seguramente sin aportarle utilidad alguna a quien las compró unidas, habiendo reiterado las sentencias del Tribunal Supremo que es propio del retracto la subrogación integral en las fincas transmitidas y que debe entenderse por finca no la registral, sino la que constituye unidad económica, con renta o participación única en los productos.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

OBRAS INCONSENTIDAS: LA SUPRESION DE UNA ESCALERA ADO-SADA A UNA PARED Y LA APERTURA DE COMUNICACION ENTRE DOS HABITACIONES SON OBRAS QUE MODIFICAN LA CONFIGURACION DEL LOCAL (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1974).

Se demanda al arrendatario por la realización de obras que modifican la configuración del local para transformarlo de vivienda en local de negocio, por lo que se solicita la resolución del contrato. El Juzgado número 8 de Sevilla y la Audiencia de la misma capital estimaron la demanda.

Se rechaza el recurso de injusticia. La supresión de una escalera, aunque fuese de madera adosada a una pared, y la apertura de una comunicación entre dos habitaciones, indudablemente son obras que modifican la configuración del local, y al no haber sido debidamente autorizadas han de producir las consecuencias señaladas en la causa 7.ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

ACCION IMPUGNATORIA DEL ARTICULO 53 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS: EN LA CAPITALIZACION DE LA RENTA NO SE HA DE INCLUIR LO QUE SE PAGUE POR PRESTACION DE SERVICIOS (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1974).

Se impugna la venta realizada por el propietario, por exceder el precio de la capitalización de la renta anual que pagaba el arrendatario, solicitando que el adquirente no pueda negar la prórroga del contrato al inquilino actual. El Juzgado número 1 de Madrid estimó la demanda, lo que confirmó la Audiencia.

El recurso de injusticia no prospera. No existe un litisconsorcio pasivo necesario entre enajenante y adquirente en un proceso que, como en el presente, se pretende por el arrendatario, que, por acuerdo entre los primitivos contratantes, quedó modificada la merced locativa, bastando que sea demandado sólo el adquirente. En cuanto a lo que ha de estimarse comprendido en el concepto de renta anual, a los efectos de la capitalización prevista en el artículo 53 de la Ley Arrendaticia, viene resuelto en el mismo precepto diciendo que será la que en el momento de la transmisión pague el inquilino, sin que se incluyan las derivadas de la prestación de servicios, por no haber sido exigidos por el arrendador, siendo llano que en la base de la capitalización no deben computarse estas cantidades, cuyo importe tampoco fija la sentencia recurrida.

REPARACIONES NECESARIAS: DEBEN REALIZARSE, AUNQUE EXCEDAN DEL 50 POR 100 DEL VALOR DEL EDIFICIO, SI NO SE HA SOLICITADO PREVIAMENTE LA DECLARACION DE RUINA NI SE HA FORMULADO RECONVENCION (SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1974).

Demanda la arrendataria de un local al propietario para que realice ciertas obras, con el fin de conservarlo en estado de servir para el uso a que se destina. El Juzgado número 1 de Lérida desestimó la demanda, pero la Audiencia de Barcelona revocó la sentencia, ordenando la realización de las obras necesarias para evitar la penetración de agua en el local que ocasionaba excesivas humedades en él.

Se rechaza el recurso de injusticia. El propietario alegó que las obras excedían del 50 por 100 del valor total del edificio, habiendo incoado el expediente de declaración de ruina del mismo. Sin embargo, la circunstancia de que las obras excedan de la mitad del valor del inmueble o la declaración de ruina no libera al arrendador del cumplimiento de su obligación de realizar las obras de reparación necesarias. Mientras subsista, el contrato está vigente la obligación y el arrendador sólo puede evitarla mediante la reconversión o ejercitando la correspondiente acción en otro proceso. Por tanto, la argumentación del recurrente no puede ser admitida para exonerarle del deber de efectuar las reparaciones que se le reclamen, ya que ello implicaría la declaración de que la finca estaba en ruina o que había sido destruida totalmente o en más de la mitad de su valor, ninguna de cuyas declaraciones ha sido impetrada oportunamente.

RESOLUCION DE CONTRATO: NO SE FUNDA EN NINGUN DERECHO RECONOCIDO EN LA LEY DE ARRENDAMIENTOS LA ACCION QUE PRETENDE EL CUMPLIMIENTO DE UN ACUERDO VERBAL ENTRE LAS PARTES POSTERIOR AL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1974).

En el contrato de arrendamiento de local se estipuló que los dos arrendatarios figurarían como tales, a su propio nombre o al de la sociedad civil o mercantil que pueda constituirse por ellos; constituida una sociedad limitada, se extendió el recibo a nombre de ella. Según los arrendatarios, el contrato comprendía el local y un terreno que lo circundaba, según una condición del mismo contrato arrendaticio. Aunque los arrendatarios habían cedido parte del terreno en virtud de acuerdo verbal entre las partes, el propietario incumplió su obligación correlativa de hacer una determinada edificación para la entidad arrendataria, pese a haber sido requerido notarialmente por dicha entidad. Para el cumplimiento de esta obligación se formula demanda de cognición pidiendo la restitución a la actora de la parte del terreno cuya posesión había cedido e indemnizando a la misma de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del acuerdo verbal.

El Juzgado de San Lorenzo de El Escorial declaró la improcedencia del proceso especial arrendaticio, no entrando a conocer de las acciones formuladas, reservando a las partes su derecho a acudir al juicio ordinario que proceda.

Tanto la Audiencia como el Tribunal Supremo mantienen la misma doctrina. El citado acuerdo verbal tiene autonomía y fuerza propias, desligado del contrato arrendaticio, y no se funda en derecho alguno reconocido en la Ley Arrendaticia, a pesar de su relación con el arrendamiento primitivo, por lo que la sentencia es acertada en todos sus puntos.

RESOLUCION DE CONTRATO: ES SUFICIENTE PARA CUMPLIR CON EL ARTICULO 78 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS QUE SE HAGA CONSTAR QUE SE LLEVARA A EFECTO, PASADOS DOS MESES DEL DESALOJO POR EL ARRENDATARIO, LA DEMOLICION DEL INMUEBLE, AUNQUE NO SE FIJE DIA, MES Y AÑO PARA ELLA (SENTENCIA DE 2 DE ENERO DE 1975).

El propietario del inmueble arrendado solicita autorización al Gobernador Civil para demoler el inmueble con el fin de construir un nuevo edificio con un tercio más de viviendas y respetando el número de locales de negocio. Negada esta autorización, se recurrió en vía administrativa y se obtuvo en ella la correspondiente autorización. Notificado el inquilino, dejó transcurrir el plazo de preaviso de un año sin suscribir el oportuno documento en que manifestase su voluntad de instalarse en el edificio reedificado, por lo que se solicita la resolución del contrato, por no uso de las facultades reconocidas en la Ley de Arrendamientos para el caso de demolición.

Tanto el Juzgado número 3 de Granada como la Audiencia de la misma ciudad estimaron la demanda íntegramente. El recurso de injusticia tampoco triunfó. Al pretender atacar la personalidad del actor alegando que no era dueño exclusivo del inmueble, olvida el recurrente que el ejercicio de acciones por parte de algún condómino no significa alteración de la cosa común, conforme al artículo 397 del Código civil, según reiterada jurisprudencia, y, además, si al iniciarse el expediente existían inscritas unas participaciones indivisas a favor de personas distintas del

demandante, dichas inscripciones se cancelaron en virtud de auto dictado en expediente de dominio, por lo que no pueden tenerse en cuenta a sus titulares. La notificación del artículo 78 de la Ley de Arrendamientos Urbanos se le hizo notarialmente al inquilino, y no era indispensable que se fijara en ella el día, mes y año en que se había de iniciar la demolición, por ser suficiente que se haga constar que se llevaría a efecto dentro de los dos meses siguientes al desalojo de la finca por el arrendatario, por no depender el comienzo de las obras sólo de la voluntad del propietario, sino de la de los ocupantes de la finca, que con su resistencia podrían hacer inoperante la expresión anticipada de una fecha fija para dicha iniciación.

C. R. R.

V. SUCESIONES

INTERPRETACION DE TESTAMENTO. USUFRUCTO Y SUSTITUCION FIDEICOMISARIA (SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1975).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia Castaño, declara no haber lugar al recurso por infracción de ley, interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres, conforme a las siguientes consideraciones, de las que se deducen ya los hechos que la motivan:

Considerando que de los nueve motivos formulados, el sexto, que tenía carácter subsidiario respecto de los precedentes, fue expresamente renunciado en el acto de la vista por la representación letrada de la parte recurrente, siendo de ver de entre los restantes que el noveno, amparado en el número cuatro del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento, para denunciar que el fallo recurrido contiene disposiciones contradictorias, incurre en el defecto formal de no cumplir con lo exigido por la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo de citar como infringido el artículo trescientos cincuenta y nueve del propio texto legal y el concepto en que pudiese haberlo sido, contravieniendo, consiguientemente, lo dispuesto en el artículo mil setecientos veinte e incurriendo en la causa cuarta, que ahora es desestimatoria, del mil setecientos veintinueve, ambos de la misma Ley de Enjuiciamiento; mientras que el señalado con el número cinco—igualmente subsidiario de los anteriores—, en que por el cauce del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la ley procesal, se denuncia aplicación indebida de los seiscientos cincuenta y ocho, tercero; ochocientos treinta y ocho; novecientos doce, y novecientos cincuenta y cuatro, así como violación de los setecientos cuarenta y tres; setecientos ochenta y uno; setecientos ochenta y tres; setecientos ochenta y cinco, primero; setecientos ochenta y seis; setecientos noventa y uno, y mil ciento diecisiete, todos de nuestro primer Código sustantivo, y donde admitiendo, a efectos dialécticos, que la cláusula testamentaria discutida contuviese una sustitución fideicomisaria no pura, sino condicional, como dijo la sentencia recurrida, plantea el problema de las consecuencias que habrían de producirse en el caso—cual aquí sucedió—de que la referida condición no se cumpliese, sosteniendo que entonces no se abriría la sucesión intestada de la testadora, sino que se consolidaría en el fiduciario de modo total y definitivo el pleno dominio de las fincas afectadas por la cláusula que se discute, planteamiento que se hace ahora por vez primera, no habiendo sido alegado en el momento procesal oportuno del pleito precedente, por lo que constituye una cuestión nueva, que tiene vedado su acceso a la

casación, pues incurre en la causa quinta—que también en este trance decisivo lo es de desestimación—del artículo mil setecientos veintinueve, antes citado, de la ley procesal civil; debiendo correr igual suerte que los examinados el motivo que figura con el número siete, donde por la vía del ordinal séptimo, del artículo mil seiscientos noventa y dos de aquélla se alega error de hecho en la apreciación de la prueba, porque los documentos aducidos para cumplir el mandato legal son las escrituras de manifestación y adjudicación de bienes hecha por el viudo y heredero de la testadora, en favor de los hermanos supervivientes de ésta, las de donación de éstos en pro de sus hijos, la de protocolización de las operaciones testamentarias y las respectivas certificaciones de las inscripciones registrales, ninguno de los cuales reúne los requisitos requeridos por la constante y reiterada doctrina jurisprudencial dictada al respecto, no sólo por su propia naturaleza acreditativa del hecho en sí que contienen, pero no de la veracidad intrínseca que se pretende, sino también porque fueron objeto principal del debate habido, y en esta condición, examinados, ponderados e interpretados por el Juzgador de Instancia, aparte de que por sí solos y sin ulterior razonamiento, no evidencian el error pretendido ni demuestran lo contrario de lo declarado por la sentencia recurrida, antes bien, lo confirman, en cuanto demostrativos de que el alegado derecho de los hoy recurrentes no nace con el testamento discutido, sino del acto de renuncia efectuado por el usufructuario.

Considerando que el único tema propiamente jurídico que se suscita en casación es de orden interpretativo, en relación con el significado y alcance que deba atribuirse al testamento público de la tía carnal del actor en su día, y hoy recurrido, de once de julio de mil novecientos cuarenta y uno, en especial su cláusula tercera, donde literalmente se decía: «Si fallezco antes que mi esposo—don A. M. C., demandado, no compareciente, que fue declarado en rebeldía—instituyo a éste heredero universal de todos mis bienes, derechos y acciones en pleno dominio, a excepción de las fincas rústicas 'El Palanco de Herederos' y 'Valderresolla del Monte', del término de Trujillo (Cáceres), de las que mi esposo y heredero será usufructuario y podrá disponer de dichas fincas por testamento, si bien sólo para distribuir las desigualmente entre mis hermanos varones Manuel, José y Antonio, y en caso de que mi esposo no hiciera disposición alguna *mortis causa*, las dos nombradas fincas pasarán en pleno dominio, al fallecimiento de mi esposo, a mis citados hermanos por iguales partes, añadiendo que «el no instituir también heredera a mi hermana Dolores, lo hago en atención a la desahogada posición económica de la misma y la carencia de hijos a quienes favorecer»; apareciendo de los antecedentes del presente recurso que Manuel—padre del actor y recurrido actual, según se ha dicho—falleció el veintisiete de enero de mil novecientos sesenta y tres, antes que la testadora, que murió el ocho de abril del mismo año, y que él dos de julio, también de mil novecientos sesenta y tres, el viudo y heredero hizo escritura de adjudicación de bienes—por lo que respecta a las susodichas fincas—en favor de los restantes hermanos de aquélla, José y Antonio, que inscribieron en el Registro de la Propiedad, haciendo después donación de la nuda propiedad de aquéllas—que fue lo que recibieron—, respectivamente, en pro de sus hijos, que asimismo inscribieron regístralmente el título adquirido de este modo; cláusula testamentaria que tanto en sí misma apreciada, como en relación con la relatada cumplimentación que efectuó el designado heredero, fue interpretada de modo dispar en la Instancia, pues la solicitud del actor—actual recurrido—, encaminada a lograr la nulidad, tanto de la renuncia efectuada por el heredero de la facultad que le confirió su mujer como de las donaciones de la nuda propiedad en favor de los dos hermanos de aquélla y de las subsiguientes ins-

cripciones, así como el derecho del mismo a suceder «abintestato» en la décima parte de las discutidas fincas, fue desestimada por la sentencia de primer grado, que acogió, en cambio, la petición reconvenzional de nulidad de la facultad concedida al viudo por la testadora en la cláusula tercera, con base en que en ésta, de acuerdo con su tenor literal, lo que se contenía era simplemente un usufructo de las fincas, cuya nuda propiedad—con posibilidad de reunificación en pleno dominio—sólo podía corresponder a las hermanas de la testadora que sobreviviesen a la misma; mientras que la resolución que ahora se impugna, revocando la anterior, salvo en el punto relativo a la nulidad de la facultad concedida al heredero—que quedó firme en la casación al haberse aquietado con ella las dos partes litigantes—, estimó que se trata de una sustitución fideicomisaria de carácter condicional, en la que, consiguientemente, no entra en juego el problema de la nuda propiedad ni hay tampoco una atribución testamentaria de las fincas fuera del fideicomiso, de imposible cumplimiento, ante cuya situación cobra vida la sucesión intestada como procedimiento atributivo subsidiario.

Considerando que el antes señalado tema interpretativo como único suscitado en este trámite, se divide, a su vez, en tres puntos o aspectos, de los que el recurso da cabal mención, que son el relativo a la calificación jurídica que debe asignarse a la institución contenida en la cláusula objeto de debate, el atinente a la especificación de si la misma es pura o puede decirse configurada con la determinación accesorio de condicional y la que se refiere al valor y eficacia que haya que atribuir a la renuncia que el designado usufructuario hace de la facultad que se le otorga de distribuir por testamento desigualmente el pleno dominio de las fincas cuestionadas, al conceder por acto *inter vivos* la nuda propiedad de aquéllas, acto del que se originaron las posteriores consecuencias que dieron lugar al litigio de que traen estas actuaciones; puntos los tres intimamente relacionados entre sí, de que se ocupan los restantes motivos y que deben ser examinados por separado para su mejor comprensión, al modo como seguidamente se hace.

Considerando que del punto primero que se acaba de relatar se ocupan los motivos señalados con los números uno y dos, amparados ambos en el ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento, para denunciar violación, respectivamente, del seiscientos setenta y cinco, en su primer párrafo, y de los cuatrocientos sesenta y ocho; cuatrocientos sesenta y nueve; cuatrocientos cincuenta y siete; seiscientos sesenta y uno; setecientos cincuenta y ocho, primero; setecientos ochenta y cinco, primero; setecientos ochenta y siete; setecientos ochenta y nueve; setecientos noventa y nueve; novecientos ochenta y dos, y novecientos ochenta y tres, así como aplicación indebida de los seiscientos cincuenta y ocho, tercero; setecientos cincuenta y ocho; setecientos cincuenta y nueve; ochocientos treinta y ocho, y novecientos cincuenta y cuatro, todos ellos del Código civil, donde se combate la calificación aceptada por la sentencia recurrida de la discutida cláusula testamentaria, sosteniendo que se trata de un usufructo a la manera como se expresa en su tenor literal, debiéndose tener en cuenta, ante todo, que éste no es vinculante para el Juzgador, pues es conocida por lo reiterada la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo de que los actos jurídicos son lo que son y no lo que digan las partes intervinientes, y que aunque el artículo seiscientos setenta y cinco dice que «toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras», añade seguidamente que «a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador» y que «en caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento»; y habiéndose suscitado la duda en el presente caso, es evi-

dente que las simples palabras no pueden ser determinantes y que habrá que buscar la intención real de la testadora dentro del contexto o complejo («tenor») del testamento; apareciendo de éste que aquélla, que había designado a su marido, si le sobrevivía, heredero universal de todos sus bienes, derechos y acciones, nombrándole además usufructuario de las fincas discutidas, no menciona para nada la nuda propiedad ni hace atribución de la misma que pudiese convertirse en pleno dominio a la muerte de dicho usufructuario, pues, por el contrario, designa a unas personas concretas y determinadas, que tampoco son todos sus parientes, sino sólo sus hermanos Manuel, José y Antonio, con exclusión expresa de su hermana Dolores, entre los que el heredero y usufructuario podría distribuir desigualmente por testamento, y caso de no hacerlo, sucederían a éste por partes iguales; figura jurídica ésta, extraña al usufructo puro y simple, que si en términos generales puede discutirse, como discute la doctrina científica, si se trata de una mezcla de usufructo con institución de heredero condicional o con indeterminación transitoria de nuda propiedad, de legado de un derecho real limitado (psedousufructo) o de una sustitución fideicomisaria, en cambio, teniendo en cuenta la voluntad de la testadora—que es fundamental en la materia, según reconoce toda la citada doctrina—, es preciso reconocer, tal y como se presenta en este supuesto, el acierto del Tribunal *a quo* al incluirla en la última de las referidas posibilidades, aunque no coincida con ella totalmente, pues el favorecido que no es designado propietario *ad tempus* de los bienes, tampoco los recibe de modo definitivo si fallan aquellos a quienes a su muerte se atribuye el pleno dominio, que son los que, en caso de duda, habrán de entenderse llamados desde el momento mismo de apertura de la sucesión de la testadora cuando tenga lugar el fallecimiento de aquél; criterio que, aunque con alguna discrepancia, como es la de la sentencia de veinte de marzo de mil novecientos dieciséis y con distintas denominaciones, aparece recogido en lo sustancial en las sentencias de este Tribunal Supremo de veinticuatro de marzo de mil novecientos treinta, cinco de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro, siete de junio de mil novecientos cincuenta, diecisiete de abril de mil novecientos cincuenta y tres, seis de abril de mil novecientos cincuenta y cuatro y tres de abril de mil novecientos sesenta y cinco, entre otras, con doctrina que debe ser mantenida y que conduce al perecimiento de los motivos examinados.

Considerando que esta configuración jurídica de la cláusula testamentaria debatida no puede decirse alterada a causa de la facultad concedida al llamado usufructuario, antes referida, de poder distribuir las fincas en cuestión de modo desigual entre los tres mencionados hermanos de la testadora, justo porque su declaración de nulidad—pedida convencionalmente por los demandados y hoy recurrentes—ha quedado incólume en este trámite, según se dijo; nulidad que tiene su fundamento en el hecho de ser contraria a la norma establecida en el artículo seiscientos setenta del Código civil, en cuanto implicaba dejar al arbitrio de un tercero (el usufructuario) «... la designación de las porciones en que hayan de suceder (los herederos) cuando sean instituidos nominalmente», cual sucedía en este caso, antes al contrario, se refuerza, pues pone de relieve el carácter similar, al menos, al fiduciario del viudo, respecto de los herederos de futuro instituidos en el testamento; configuración de la que también se discutió, a lo largo del pleito precedente, si contenía o no una institución condicional, que fue resuelto en sentido afirmativo por el Tribunal *a quo* y que constituye el segundo de los puntos anunciados, a que se refieren los motivos tercero y cuarto, en los que, siempre por la vía del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento, se alega, en uno, violación de los artículos

seiscientos setenta y cinco y setecientos ochenta y cuatro del Código, así como de la doctrina jurisprudencial que cita, y, en el otro, también violación de los artículos seiscientos cincuenta y siete; seiscientos sesenta y uno; setecientos cincuenta y ocho, primero; setecientos noventa y nueve; novecientos ochenta y dos, y novecientos ochenta y tres, junto con aplicación indebida de los setecientos cincuenta y ocho, tercero; setecientos cincuenta y nueve; seiscientos cincuenta y ocho, tercero; novecientos treinta y ocho, y novecientos cincuenta y cuatro, todos ellos igualmente de nuestro primer Código sustantivo; motivos ambos que deben correr igual suerte desestimatoria que los anteriores, pues según doctrina de este Tribunal Supremo, contenida, entre otras, en las sentencias de veinticuatro de marzo de mil novecientos treinta, veinte de mayo de mil novecientos treinta y cuatro y cuatro de febrero de mil novecientos setenta—de acuerdo en un todo con lo mejor de nuestra doctrina científica—, la institución de un usufructo testamentario, silenciando la atribución de la nuda propiedad respecto de los bienes a que se refiere y designando, en cambio, los herederos de futuro a los que pasarán en pleno dominio al fallecimiento del usufructuario, deja incierto el hecho de a quién corresponde la nuda propiedad, cuya titularidad queda en situación de pendencia o expectativa en cuanto a su existencia y a quiénes corresponde, de lo que dependerá, a su vez, el funcionamiento del mecanismo instituido, que puede incluso no llegar a producirse si aquéllos faltan por completo, que fue lo sucedido en este caso por haber premuerto al usufructuario los tres hermanos designados por la testadora, siendo además contraria a su voluntad la posibilidad de acrecimiento con el usufructo, que expresamente negó, como asimismo lo es la hipótesis de disposición por el usufructuario fuera de la mencionada de distribución por testamento, que tampoco le atribuyó; no cabiendo legalmente, pues, otra solución, a tenor de lo dispuesto en los artículos setecientos cincuenta y nueve y novecientos doce, número tercero, del Código civil, para cuando se produzca la muerte del usufructuario, que proceder a la apertura de la sucesión intestada de la causante, al resultar incumplida—forzoso es decirlo una vez más—la condición que contenía la institución.

Considerando que todo cuanto antecede es preciso tenerlo en cuenta para valorar el acto llevado a cabo por el designado usufructuario de las fincas sobre las que se centra el debate, después de muerte su mujer y testadora, a que le premurió uno de los hermanos de ésta—padre del actual recurrido—, consistente en adjudicar por acto *inter vivos* a los dos hermanos restantes la nuda propiedad de aquéllas, con lo que, sin duda, renunció a la facultad que se le concedió de distribuir dichos bienes, por disposición *mortis causa*, incluso desigualmente entre los herederos de futuro, punto éste que es tratado en el motivo octavo y último de los que quedan por examinar, en el que también, por el cauce del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento, se denuncia interpretación errónea del cuatro, en relación con el seiscientos setenta del Código civil, sosteniendo la validez y eficacia de dicha renuncia, frente a lo declarado en la sentencia recurrida, sin razón alguna, por lo que es obligada su desestimación, con base en tres argumentos fundamentales: a) en primer lugar, porque va abiertamente en contra de lo dispuesto en el testamento, que es ley para la sucesión derivada del mismo, donde se autoriza al viudo—usufructuario—a distribuir testamentariamente, y aunque sea cierto, como se ha visto, que esta facultad, permisora incluso de la distribución desigual entre los herederos de futuro fue declarada nula, no lo es menos que nunca y en ningún caso permitía los actos dispositivos *inter vivos* como el realizado; b) en segundo término, porque el relatado acto de disposición se refiere a la nuda propiedad de las fincas que el adjudicante tenía

como usufructuario, condición ésta que excluye la posibilidad dispositiva de aquélla simplemente porque no la tenía, ya que la testadora excluyó expresamente especificar a quiénes había de corresponder en su día —muerte del usufructuario— el pleno dominio, en atención al viejo axioma, válido en el Derecho moderno, de que *mono dat quod non habet*, y c) finalmente, porque infringe la norma contenida en el párrafo segundo del artículo cuatro de nuestro primer Código sustantivo, que se dice vulnerado, puesto que la renunciabilidad de los derechos que el mismo establece tiene, entre otros límites, el de que no sea «en perjuicio de tercero», que aquí se ha conculcado, en cuanto que con la renuncia y consiguiente adjudicación de la nuda propiedad de las fincas a los dos hermanos de la testadora, se anticipó la atribución de unos derechos hereditarios, que según el testamento sólo podían serlo a la muerte del usufructuario, con evidente perjuicio para los restantes herederos *abintestato* de la causante en el momento de su fallecimiento, que existiesen cuando aquélla se produjese, entre los que se encuentra el actual recurrido; siendo corolario lógico e indefectible legalmente de la nulidad de la renuncia analizada, no ya la del acto en sí de adjudicación con que se lleva a cabo, sino, como muy bien dice la sentencia impugnada, de todas las consecuencias derivadas de la misma, es decir, de las respectivas donaciones que los adjudicatarios realizan en favor de sus hijos y de las subsiguientes inscripciones en el Registro de la Propiedad, porque también es axioma antiguo, pero asimismo vigente en el ordenamiento actual, el de que *quod nullum est nullum effectus producit*.

TITULOS NOBILIARIOS. MEJOR DERECHO (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO de 1976).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante, a la que se reconoce mejor derecho por pertenecer a la línea paterna, preferente a la materna, conforme al siguiente considerando:

Considerando que aun cuando es evidente la vigencia de las Leyes de veintisiete de septiembre y once de octubre de mil ochocientos veinte, restablecidas por los Decretos de treinta de agosto de mil ochocientos treinta y seis y veintiséis de junio de mil ochocientos setenta y cuatro y Ley de cuatro de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho, según tiene esta Sala declarado en sentencias de seis de octubre de mil novecientos sesenta y ocho de abril de mil novecientos setenta y dos, y por ello era legislación aplicable en mil ochocientos noventa y seis, fecha en que don C. O. A. otorgó testamento, y el artículo trece de dichas leyes permitía, en los casos establecidos en el mismo, el reparto de títulos entre los hijos, por lo que la transmisión del Marquesado de A. a favor de doña M. fue legal y legítima, produciendo una desvinculación del título respecto al orden regular de sucesión, también es cierto que la voluntad del testador quedó cumplida con dicha transmisión, sin que la renuncia de dicha doña M. al título (como tal está calificada por la Sala de Instancia, sin que contra tal calificación se haya recurrido) no pudo suponer, en modo alguno, nueva desvinculación, y por ello los efectos de la misma se redujeron a que quedara sin efecto la desvinculación testamentaria, volviendo a regirse el mismo por el orden regular de sucesión al no tener marcado ninguno especial en el título de concesión, por lo que es evidente el mejor derecho del actor recurrente, al estar reconocido por ambas partes que son nietos de don C. O., el actor por línea paterna y el

demandado por línea materna, por lo que ha de ser declarada la preferencia de la primera, según la vigente legislación, y no habiéndolo hecho así la sentencia recurrida procede estimar los dos primeros motivos del recurso, en que, por el cauce procesal del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos, se denuncia, respectivamente, la violación de las disposiciones legales que regulan la sucesión en los títulos nobiliarios y la aplicación indebida del artículo trece de la Ley de once de octubre de mil novecientos veinte.

F. C. L.

2.º JURISPRUDENCIA PROCESAL

SE DETERMINA EL AMBITO DE LOS ACTOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA Y LA COMPETENCIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES, EN ORDEN AL CONOCIMIENTO DE LAS APELACIONES CONTRA LAS RESOLUCIONES DICTADAS POR LOS JUECES DE PRIMERA INSTANCIA EN MATERIA DE ACTOS DE JURISDICCION VOLUNTARIA CONTENIDOS EN EL LIBRO TERCERO DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y CUALESQUIERA OTROS QUE SE TRAMITEN POR LAS DISPOSICIONES GENERALES DE DICHO LIBRO, SIN EXCEPCION ALGUNA (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1975).

Hechos.—Se presentó, ante el Juzgado de Primera Instancia correspondiente, acto de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio, a fin de que se convocase Junta General Extraordinaria de Accionistas de I.

El Juzgado no admitió la petición por discutirse la cualidad de socio de la solicitante o, por lo menos, su cuantía de participación social.

Se interpuso recurso de apelación contra dicho auto, y recibidas las actuaciones en la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial correspondiente, se remitieron a la Audiencia Provincial.

Suscitada cuestión de competencia, el Tribunal Supremo sienta doctrina sobre el ámbito de los actos de jurisdicción voluntaria y la competencia de las Audiencias Provinciales en los siguientes considerandos:

Considerando que son actos de jurisdicción voluntaria, regulados en el libro tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no ya solamente los específicamente expresados en el mismo, sino, conforme a su artículo mil ochocientos once, «todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del Juez, sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partés conocidas y determinadas», por lo que cuando cualquier norma de Derecho material exija o autorice a solicitar la intervención judicial para que se declare, instituya, modifique o extinga determinada situación o relación jurídica, que no provoque pretensión procesal contenciosa frente a parte conocida o determinada, habrá de calificarse de «acto de jurisdicción voluntaria» sujeto a las normas de carácter general que en dicho libro se establecen, conjugadas con las que especifique y exija la norma material que reclama o autoriza a solicitar aquella intervención judicial.

Considerando que al contemplar el artículo cincuenta y siete de la Ley de Sociedades Anónimas el supuesto de que la Junta general ordinaria o, en su caso, extraordinaria no fuese convocada dentro del plazo legal y conceder el derecho para que con audiencia de los administradores puedan solicitar del Juez de Primera Instancia que la convoque y designe persona que haya de presidirla, no está sino instituyendo un acto de jurisdicción voluntaria con que suplir la inactividad de quien incumbe tal obligación, satisfaciendo una pretensión de Derecho privado, que no es de orden contencioso, y que por hacer referencia a negocio de comercio, su tramitación, una vez determinada por dicha norma la com-

petencia del Juez de Primera Instancia del domicilio social, ha de sujetarse a las que con carácter general o de aplicación analógica establecen los artículos dos mil ciento nueve y siguientes y dos mil ciento sesenta y dos y siguientes de la señalada ley procesal, y como de conformidad a lo dispuesto en el artículo primero de la Ley de veinte de junio de mil novecientos sesenta y ocho, la competencia para conocer de las apelaciones contra las resoluciones dictadas por los Jueces de Primera Instancia en materia de actos de jurisdicción voluntaria contenidos en el libro tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y cualesquiera otros que se tramiten por las disposiciones generales de dicho libro, sin excepción alguna, se atribuye a las Audiencias Provinciales, es indudable el acierto con que procedió la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial al rechazar el conocimiento del recurso de apelación interpuesto contra la resolución del Juez de Primera Instancia, por el que denegaba la solicitud para convocar y celebrar la Junta General Extraordinaria de Accionistas de I., por ser la competencia de la Audiencia Provincial correspondiente, a la que serán remitidas las actuaciones y puesta en conocimiento de dicha Sala de lo Civil la presente resolución, sin que sea de apreciar temeridad a los efectos de una especial condena en costas.

EL ESCRITO DE FORMALIZACION DEL RECURSO DEBE TENER CLARIDAD EN SU EXPOSICION Y RIGOR FORMAL. PARA QUE PROSPERE EL RECURSO DE CASACION POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA DEBE PEDIRSE LA SUBSANACION DE LA FALTA EN EL PRIMER MOMENTO PROCESAL EN QUE PUEDA HACERSE. EN EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO ORDINARIO, LOS REQUERIMIENTOS, NOTIFICACIONES Y EMPLAZAMIENTOS DEBEN HACERSE EN EL DOMICILIO REAL Y EFECTIVO DEL DEUDOR. EL TRAMITE DE APELACION ES IMPRORROGABLE Y EL RECURSO DEBE INTERPONERSE EN TIEMPO Y FORMA, DENTRO DE PLAZO Y POR ESCRITO CON FIRMA DE LETRADO. EL RECURSO DE CASACION POR INFRACCION DE LEY O DOCTRINA LEGAL NO SE DA EN LOS JUICIOS EJECUTIVOS (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1975).'

Hechos.—Despachada ejecución en forma contra la entidad F., se hizo constar en autos que en el domicilio indicado no figuraba la entidad demandada y el Juzgado competente ordenó se practicara la diligencia de embargo en los estrados del Juzgado.

Publicada la sentencia de remate compareció en autos la demandada, en concepto de pobre, e interpuso recurso de apelación en ambos efectos. A este escrito recayó providencia acordando dar cuenta aparte de la petición del nombramiento de Abogado de turno o de oficio y declarando no haber lugar a tener por interpuesto el recurso de apelación ni a suspender el término para la interposición de dicho recurso.

Contra dicha providencia se interpuso recurso de reposición, dictándose auto desestimatorio del mismo, que mantenía la resolución recurrida.

Apelada esta resolución, la Audiencia dictó auto confirmando en todas sus partes el apelado, sin especial imposición de costas en ninguna de las instancias.

Se interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma, recae- yendo la siguiente doctrina:

Considerando que no obstante la imprecisión y confusión que en su contenido lleva el escrito de formalización del recurso, producida por la no separación de las circunstancias y preceptos que en relación con ellas se estiman como infringidos, que el recurrente, además, los agrupa en un solo motivo, dando lugar con ello a una falta de claridad en su expo-

sición, contrario todo ello al rigor formal que la ley exige en esta clase de recursos, y que en tal aspecto pudiera dar lugar a la desestimación del presente, no lo es menos que atendiendo al estudio y análisis del planteado resulta que aquella infracción que se denuncia de los artículos mil cuatrocientos cuarenta y tres y cuarenta y uno, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto se afirma por el recurrente una «falta de citación o emplazamiento» del ejecutado, no puede prosperar, porque es cierto, y así lo establece el artículo mil seiscientos noventa y seis de la ley rituaria citada, al igual que lo hace la doctrina jurisprudencial, que al no haberse cumplido el requisito exigido en dicho precepto de pedirse la subsanación de la falta, precisamente en el primer momento procesal en que pueda hacerse, produce el efecto de inviabilidad del recurso, pues, en este caso, es obvio que debió hacerlo en el primer escrito presentado por el impugnante—artículo doscientos setenta y nueve de la ley procesal civil y sentencias de veintiocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y ocho y veintiocho de junio de mil novecientos cincuenta y dos—, y como en el que fue aportado por éste se limitó no solamente a interponer el recurso de apelación contra la sentencia de remate, sino que al propio tiempo se suplicaban distintas apelaciones, sin mencionar en modo alguno la circunstancia procesal que ahora plantea el motivo, es claro que éste, en dicho particular aspecto, debe perecer, y ello cuando, a mayor abundamiento, el mencionado trámite procesal se llevó a efecto en el modo y forma que prevé el artículo mil cuatrocientos cuarenta y dos y siguientes de la ley rituaria civil, pues no cabe olvidar que la reclamación dineraria se lleva a efecto por el trámite del procedimiento ejecutivo ordinario, en el que los requerimientos, notificaciones y emplazamientos, en cuanto al domicilio, han de estarse al real y efectivo del deudor, no al convencional que se haya establecido precisamente en la escritura de hipoteca, y así se desprende también del artículo doscientos veintidós del Reglamento Hipotecario.

Considerando que se denuncia asimismo la aplicación indebida del artículo veintitrés de la ley procesal civil, así como la inaplicación del mil cuatrocientos sesenta y tres y mil cuatrocientos sesenta y ocho, sin tenerse en cuenta que la resolución impugnada denegaba la apelación porque el término para este trámite, según el artículo trescientos diez, en su relación con el trescientos ochenta y dos, resulta improrrogable, y como el trescientos seis establece que sólo son prorrogables los términos cuya prórroga no esté prohibida por la ley, es lo cierto que, en este caso, constituyendo un trámite de apelación, queda encuadrado plenamente en la cualidad de improrrogable señalado en el citado artículo trescientos diez, y así lo determina la doctrina de este Tribunal—sentencias de seis de diciembre de mil novecientos cincuenta y cinco y otras.

Considerando que otra de las cuestiones que plantea asimismo este motivo único del recurso la constituye aquella que hace relación con una pretendida infracción, en la que se dice incurrió la resolución recurrida, por aplicación indebida de los artículos diez y trescientos diez, tercero, así como la inaplicación del artículo veintisiete, todos ellos de la mencionada ley procesal, por el hecho de la suspensión, sin firma de Letrado, del escrito de interposición del recurso de apelación, cuando, como dice el recurrente, se ampara en situación de pobreza, con petición al efecto de nombramiento de Abogado por el turno de oficio, sin tenerse en cuenta por este litigante no sólo que al recurrir contra el proveído, que lo deniega, lo hace en el escrito correspondiente, firmando éste un Letrado, dispuesto a defender a dicha parte como pobre, sino que el artículo trescientos ochenta y nueve de la ley rituaria civil dispone que los recursos de apelación habrán de interponerse en tiempo y forma, es decir, dentro del plazo que la ley señala y mediante escrito que lleve la firma de Letrado, puesto que el

artículo diez de aquélla determina que los litigantes serán dirigidos por Letrados habilitados legalmente para ejercer su profesión en el Juzgado o Tribunal que conozca de los autos, no pudiendo proveerse a ninguna solicitud que no lleve la firma de Letrado, y si bien a continuación se mencionan las actuaciones judiciales en las que por excepción no se requiere tal requisito, no lo es menos que entre ellas se encuentra incluida la referente a este caso, por lo que ello no ha producido indefensión al recurrente, ya que obedeció a su propia falta de cumplimiento de la prescripción del artículo diez de dicha ley, al no interponer el recurso en forma debida, por todo lo cual, y ante la inviabilidad del motivo en que se apoya el recurso, ha de desestimarse éste.

Considerando que en el primer «otrosí» de la súplica del escrito del recurso, se hace la protesta formal de interponer, en su caso y lugar, el recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal ante esta Sala Primera, y no se advierte por el recurrente que, a tenor del número tercero del artículo mil seiscientos noventa y cuatro de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se da esta clase de recursos en los juicios ejecutivos y, como consecuencia, tampoco en las incidencias del mismo, quedando a salvo el derecho de las partes para promover el juicio ordinario sobre la misma cuestión—artículo mil cuatrocientos setenta y nueve—, en el que pueden ventilarse no sólo los problemas de fondo, sino también los de procedimiento que crean las partes se les vedó plantear—sentencias de dieciocho de febrero de mil novecientos sesenta y nueve de diciembre de mil novecientos sesenta—, y siendo así ha de tenerse por no hecha la mencionada protesta formal de interposición en su caso y lugar ante este Tribunal, respecto al recurso de casación por infracción de ley.

EN MATERIA DE USURA, LA ESPECIALISIMA FACULTAD DISCRECIONAL DE RESOLVER NO ESTA CIRCUNSCRITA AL JUZGADOR DE INSTANCIA, SINO QUE TAMBIEN LA TIENE EL TRIBUNAL SUPREMO; PERO COMO EL RECURSO DE CASACION NO ES UNA TERCERA INSTANCIA DEBEN ACEPTARSE LOS SUPUESTOS Y APRECIACIONES DE HECHO FUNDAMENTALES DE LA SENTENCIA RECURRIDA, SALVO MANIFIESTA DISCONFORMIDAD CON LA RESULTANCIA PROCESAL, ESTIMADA CON ARREGLO AL ARTICULO SEGUNDO DE LA LEY ESPECIAL (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1975).

Por el gran interés de la doctrina que sienta se recoge íntegro el primer considerando de la sentencia referenciada:

Considerando que, conforme a lo dispuesto en el artículo segundo de la ley contra la causa de veintitrés de julio de mil novecientos ocho, los Tribunales resolverán en cada caso, formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes, y la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado, entre otras, en las sentencias de cuatro de julio de mil novecientos cincuenta y seis, quince de diciembre de mil novecientos sesenta y cinco, dieciocho de octubre de mil novecientos sesenta y ocho y veintiséis de junio de mil novecientos setenta y cuatro, que el uso de la especialísima facultad discrecional de resolver *en materia de usura* no está circunscrita o limitada a los Juzgadores de Instancia, sino que también la tiene este Tribunal Supremo, si bien, y para que el recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal no se convierta en una tercera instancia, debe aceptar los supuestos y apreciaciones de hecho fundamentales de la sentencia recurrida, en tanto que no se encuentren en manifiesta disconformidad con las resultancias procesales estimadas con arreglo al indicado artículo segundo.

Considerando que la aplicación de esa doctrina jurisprudencial deter-

mina la desestimación del único motivo del recurso, que, amparado en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la violación por no aplicación del artículo primero de la mencionada Ley de veintitrés de julio de mil novecientos ocho y de la doctrina legal que cita, porque en autos no existen elementos de convicción con virtualidad suficiente para considerar que el juicio formado por la Sala sentenciadora esté en clara y evidente divergencia con las resultancias del proceso apreciadas al modo o manera que se ha dejado dicho, cuyo criterio, por ende, ha de ser respetado en casación, deca- yendo, en su consecuencia, el recurso, con los pronunciamientos accesorios prevenidos en el artículo mil setecientos cuarenta y ocho de la ley procesal civil.

3.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

LA EXENCION DEL IMPUESTO DE TRANSMISIONES DE LA PRIMERA TRANSMISION DE EDIFICIOS CONSTRUIDOS EN POLIGONOS DE NUEVA URBANIZACION O DE REFORMA INTERIOR (SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1977).

I. ANTECEDENTES

1. Por escritura otorgada el 30 de abril de 1971, se venden unos locales de la casa número 66 de la calle López de Hoyos de Madrid. El edificio se levanta en la parcela número 32 del sector de la prolongación de General Mola, construido según certificación de la Comisión de Planeamiento del Area Metropolitana de la Capital de 24 de marzo de 1971, con arreglo al proyecto aprobado por este órgano el 30 de marzo de 1966, dentro de los plazos fijados y cumplidas las condiciones que establece el Decreto de 14 de mayo de 1954, que otorga al sector los beneficios que concede la Ley de 3 de diciembre de 1953.

2. La Oficina liquidadora del Impuesto gira la liquidación, contra la que se interpuso reclamación económico-administrativa, por entender que la transmisión estaba exenta del Impuesto de Transmisiones, reclamación que fue estimada por el Tribunal Provincial.

3. Contra la resolución del Tribunal Provincial interpuso recurso de alzada la Dirección General de lo Contencioso del Estado, que fue estimado por el Tribunal Económico-Administrativo Central, declarando correcta la liquidación.

4. Interpuesto recurso contencioso-administrativo ante la Sala 1.ª de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, fue estimado.

5. Como por la cuantía del asunto la sentencia no era apelable, el Abogado del Estado interpuso recurso extraordinario de apelación, a fin de que se sentara como doctrina legal la inaplicabilidad de la exención contenida en el número 37 del apartado 1.º del artículo 65 del Texto Refundido de los Impuestos Generales sobre Sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de 6 de abril de 1967, a la transmisión de locales de negocio construidos con sujeción a lo dispuesto en la Ley de 3 de diciembre de 1953, denominada comúnmente «Ley Castellana».

II. LA SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1977

La Sala 3.ª del Tribunal Supremo, en esta sentencia, de que fue ponente Nicolás Gómez de Enterría, sienta en sus considerandos 1.º y 2.º la siguiente doctrina legal:

1.º «Que operado un cambio de normativa en la materia concreta a que el presente recurso extraordinario de apelación se refiere, hay que destacar, en primer lugar, la importancia que adquiere la fecha de 30 de marzo de 1966, en que la Comisión de Planeamiento y Coordinación del Área Metropolitana de Madrid aprobó el proyecto de Nueva Urbanización afectante a la parcela número 32 del sector de General Mola, sobre la cual se edificó la casa número 66 de la calle de López de Hoyos, con vuelta a General Mola, concluida el 3 de noviembre de 1969, y de la que forman parte los locales de negocio vendidos el 30 de abril de 1971, a los que la sentencia de la Sala 1.ª de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid de 26 de febrero de 1976 ha reconocido el derecho a la exención del número 37, apartado 1, del artículo 65 del Texto Refundido de los Impuestos de Sucesiones, Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados de 6 de abril de 1967, y cobra singular relieve la aprobación administrativa recaída en 30 de marzo de 1966, porque del mismo modo que no le afecta al edificio ya mencionado la restricción introducida en el beneficio fiscal, que se cuestiona por Decreto-ley de 27 de noviembre de 1967, complementado por el Decreto-ley de 27 de mayo de 1968, no es posible prescindir, en rigor de interpretación, el contenido del número 38 del artículo 146 de la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 11 de junio de 1964, porque la refundición de las normas relativas al Impuesto de Transmisiones fue posterior a la citada aprobación administrativa, y *cualquier duda u oscuridad que aparezca en el Texto Refundido de 6 de abril de 1967 habrá de ser despejada, en lo posible, acudiendo a los preceptos que ofreciere el material legislativo auténtico, que después de aprobado el proyecto de que se trata fue objeto de refundición.*»

2.º «Que el número 38 del artículo 146 de la Ley de 11 de junio de 1964 concedió exención del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales a la primera transmisión de edificios, ya se hiciera por bloques o separadamente por viviendas, que se construyeran en polígonos de Nueva Urbanización o de reforma interior, cuando no se hubiese terminado la construcción o se efectuase dentro de los tres primeros años desde la terminación del edificio, y aunque no se hizo en el enunciado referencia alguna a los antecedentes de la exención, no cabe desconocer que el concepto urbanístico de reforma interior provenía de la Ley de 1 de marzo de 1895, cuyo Reglamento de 15 de diciembre de 1896 definió las obras de mejora interior en su artículo 4.º; ley a la que hizo una referencia concreta la de 3 de diciembre de 1953, en su artículo 1.º, y que otro antecedente más próximo de la exención del citado número 38 estaba en el artículo 193, inciso e), de la Ley sobre Régimen del Suelo, aparte del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Derechos Reales de 21 de marzo de 1958, es decir, ni por los precedentes legislativos que explicaban la exención, ni por los términos en que se dejó configurada por las Cortes en 1964, podía limitarse el alcance de la misma, siempre que se cumplieran los presupuestos exigidos, a una sola clase de polígonos de Nueva Urbanización o de reforma interior, de donde se desprende que tal limitación no puede surgir tampoco del Texto Refundido de los Impuestos de Sucesiones, Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, supuesta la conformidad del Texto de 1967 con la Ley de 1964, y así, la frase introducida en el número 37 del artículo 65-1 del Texto Refundido de 6 de abril de 1967, 'a que se refiere la Ley de 12 de mayo de 1956', ha de ser

interpretada como equivalente a una referencia general a la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, en cuanto responde al propósito de regular con criterio y unidad todo el urbanismo español, según se da a entender en el párrafo 1.º de su Exposición de Motivos, y no como remisión concreta a uno o varios preceptos individualizados de la misma ley.»

III. COMENTARIO

1. *Las bonificaciones tributarias en el sector urbanístico*

La absoluta falta de coordinación entre nuestros «administradores» del antiguo régimen, del nuevo régimen, del régimen novísimo y del futuro, se traduce, a la hora de la regulación de las bonificaciones tributarias en el sector urbanístico, en disposiciones contradictorias y en no menos interpretaciones contradictorias de las mismas. Hace varios años, en la conferencia pronunciada en el acto de apertura de Tribunales de la Audiencia de Las Palmas de Gran Canaria, el 15 de septiembre de 1967 (1), me refería al tema en los siguientes términos: «La evolución de la normativa posterior a la Ley del Suelo es sumamente expresiva al respecto. Así, su artículo 193 regulaba las exenciones de los Impuestos de Derechos Reales y Timbre. Vino más tarde la de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964, que afectó al contenido de aquel precepto, dándose una nueva regulación al régimen de exenciones en el Texto Refundido del Impuesto aprobado por Decreto de 6 de abril de 1967, que no se resistió a adaptar los supuestos de la Ley del Suelo a la técnica de los nuevos impuestos, sino que introdujo modificaciones de redacción que han dado lugar a no pocos problemas interpretativos. Conste que no estamos adoptando postura sobre la conveniencia de una mayor o menor amplitud de los beneficios tributarios. Podrá adoptarse una u otra posición. Lo que en modo alguno resulta admisible, en buena técnica legislativa y—digamos las cosas por su nombre—en buena política, son esos vaivenes legislativos en tan cortos periodos de tiempo, tanto que a los diez años de entrar en vigor una ley—y una ley bien estudiada, cuidadosamente elaborada y trascendental—, sea tal el número de las derogaciones que haya podido formularse, todo lo exageradamente que se quiera, la pregunta de si todavía está vigente.»

La regulación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales ha sufrido especialmente estos vaivenes legislativos. La sentencia de que damos cuenta es una prueba de ello. Exponente claro de la serie de disposiciones contradictorias y de la actitud de los órganos de Hacienda: 1.º, el Tribunal Económico-Administrativo Provincial estima la reclamación y reconoce la exención; 2.º, la Dirección General de lo Contencioso, ejerciendo la heterodoxa legitimación que le reconoce el Reglamento de Procedimiento Económico-Administrativo, interpone el recurso ante el Tribunal Central, y 3.º, cuando la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia anula el acuerdo del Tribunal Económico Central y reconoce la exención, el Abogado del Estado interpone recurso extraordinario de apelación.

2. *El Texto Refundido*

El Texto Refundido aparece como una manifestación de la delegación legislativa. Pero una delegación legislativa de contenido muy limitado.

(1) Publicada en la 1.ª edición de mis *Comentarios a la Ley del Suelo*, Madrid, 1968, págs. 61 y siguientes.

La labor que se confía al Gobierno es «puramente técnica y no creadora: sistematizar y articular en un texto único una pluralidad de leyes» (2).

En consecuencia, el Texto Refundido no altera la legalidad vigente. No introduce modificación alguna en la reglamentación de un sector del Ordenamiento jurídico. La reglamentación es la misma antes y después del Texto Refundido. Lo único que ha variado es el número de leyes: lo que antes estaba disperso en varias leyes, se refunde en una sola, que sustituye a las anteriores.

Por eso un Texto Refundido carece de virtualidad para alterar la normativa: ni pueden considerarse derogadas leyes vigentes por el hecho de que no se hubiesen refundido ni dar vida a una norma derogada por haberse recogido en la refundición (3).

La sentencia que comentamos, al referirse al Texto Refundido de 6 de abril de 1967, contiene una doctrina que es necesario subrayar. Al final de su primer considerando dice literalmente:

«...cualquier duda u oscuridad que aparezca en el Texto Refundido de 6 de abril de 1967 habrá de ser despejada, en lo posible, acudiendo a los preceptos que ofreciere el material legislativo auténtico, que, después de aprobado el proyecto de que se trata, fue objeto de refundición.»

3. *La exención del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales de la enajenación de edificios que se construyan en polígonos de nueva urbanización o de reforma interior*

a) *Ley del Suelo de 1956*

El artículo 193, apartado 1, enumeraba los actos exentos de los Impuestos de Derechos Reales y Timbre. Entre ellos figuraba, en el apartado e), el siguiente:

«Transmisiones de la propiedad de edificios que se construyan en polígonos de nueva urbanización o de reforma interior, cuando no se hubiere terminado la construcción o se efectuare dentro de los seis primeros años desde la terminación del edificio.»

b) *La Ley de Reforma del Sistema Tributario de 11 de junio de 1964 y el Texto Refundido de la Ley de los Impuestos aprobado por Decreto 1018/1967*

La Ley de Reforma del Sistema Tributario va a modificar las exenciones reguladas en la Ley del Suelo. El artículo 164, número 38, va a limitar la exención de la transmisión de edificios de polígonos de nueva urbanización a la primera que se realice cuando no se hubiese terminado la construcción o se efectuase dentro de los tres primeros años desde la terminación del edificio.

El Texto Refundido, al refundir este precepto (art. 65, núm. 37), establece la exención de «la primera transmisión de edificios, ya se haga por bloques o separadamente por viviendas, que se construyan en polígonos de nueva urbanización o de reforma interior, a que se refiere la Ley de 12 de mayo de 1956...».

Esta referencia a la Ley del Suelo, introducida en el Texto Refundido, no puede interpretarse en el sentido de limitar la exención—como pre-

(2) GARCÍA DE ENTERRÍA. *Legislación delegada*, Madrid, 1970, pág. 131

(3) Así, en mi trabajo *El texto refundido de la Ley de lo contencioso-administrativo*, «Revista de Administración pública», núm. 7, págs. 214 y ss.

tendía el Abogado del Estado—a los polígonos que se hubiesen urbanizado con arreglo a la Ley de 1956. Porque:

1.º En las disposiciones con rango legal que fueron objeto de refundición no se contenía tal limitación. Por lo que si el Texto Refundido hubiese pretendido limitar la exención en contra de las normas con rango de ley que había refundido carecería de valor.

2.º Si se parte de la legalidad del Texto Refundido, ha de interpretarse aquella frase que introduce «como equivalente a una referencia general a la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, en cuanto responde al propósito de regular con criterio de unidad todo el urbanismo español, según se da a entender en el párrafo primero de su Exposición de Motivos, y no como remisión concreta a uno o varios preceptos individualizados de la misma ley».

La argumentación contenida en la sentencia es irreprochable.

c) *El Decreto 1051/1968, de 27 de mayo*

En este Decreto se dispone: «Queda derogado el número 37 del apartado 1 del artículo 65 de la Ley Reguladora de los expresados Impuestos Generales, excepto cuando se trate de viviendas destinadas a domicilio habitual y permanente y cuyo coste de ejecución material no exceda de 576.000 pesetas o del límite que en lo sucesivo se establezca para las que se califiquen como del grupo I de viviendas de protección oficial.» «No obstante, la exención establecida en el artículo 65, 1, 37, continuará aplicándose en sus propios términos cuando se trate de polígonos de nueva urbanización o de reforma interior contenidos en un plan parcial, que hayan obtenido así su definitiva aprobación por el órgano competente, siempre que hubiese sido presentado ante el mismo con anterioridad a la entrada en vigor del presente Decreto» (4).

4. *Los problemas de Derecho transitorio*

Ante estas incesantes modificaciones legislativas adquieren especial relieve los problemas de Derecho transitorio.

Cuando, como ocurre en el Decreto 1051/1968, se establece claramente el régimen transitorio, no surge dificultad alguna en la determinación de la normativa aplicable. Lo decisivo es la fecha de la aprobación definitiva por el órgano competente del correspondiente polígono. De aquí que la sentencia comentada, en su primer considerando, subraye la fecha en que tuvo lugar la aprobación definitiva del polígono. Dice: «Cobra singular relieve la aprobación administrativa recaída en 30 de marzo de 1966, porque, del mismo modo que no le afecta al edificio ya mencionado la restricción introducida en el beneficio fiscal que se cuestiona por Decreto-ley de 27 de noviembre de 1967, completado por el Decreto de 27 de mayo de 1968, no es posible prescindir, en rigor de interpretación, del contenido del número 38 del artículo 146 de la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 11 de junio de 1964.»

Pero cuando las normas transitorias no ofrecen la claridad del Decreto de 27 de mayo de 1968, las dificultades para determinar exactamente el ámbito de eficacia en el tiempo de cada norma son incuestionables.

Puede sentarse un principio básico: la derogación o modificación de las normas sobre exenciones o beneficios tributarios en modo alguno

(4) Me remito a mi trabajo *Comentarios a la Ley del Suelo*, 2.ª ed., Madrid, 1976, pág. 1066

pueden afectar a los derechos adquiridos según la legislación anterior. Lo que es indudable cuando el beneficio se encuentra reconocido individualmente. Ahora bien, ¿puede hablarse también de derecho adquirido cuando lo que existe es la delimitación de un sector o polígono reconociendo a los propietarios del mismo el derecho a obtener el beneficio previo del cumplimiento de determinadas formalidades? Parece indudable que sí (5).

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ

(5) Me remito a mi trabajo *Comentarios a la Ley del Suelo*, 2.ª ed., cit., págs. 1055 y ss.

III. Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central

VOCALIA QUINTA: IMPUESTOS DE SUCESIONES, TRANSMISIONES PATRIMONIALES Y ACTOS JURIDICOS DOCUMENTADOS

POR JESÚS ALVAREZ BELTRÁN

COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE CONSTRUCCION DE SUS VIVIENDAS. PACTO DE RENUNCIA Y ENAJENACION DE LA PARTICIPACION DEL COPROPIETARIO QUE NO APORTE EL COSTE DE LA CONSTRUCCION. SU NATURALEZA. BASE LIQUIDABLE. SUJETO PASIVO (RESOLUCIÓN DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1974).

Mediante escritura de 3 de junio de 1971, don J. M. P. D. vendió las participaciones que a continuación se indican de una agrupación de parcelas de terreno a ocho señores, por el precio de 179.672,50 pesetas cada participación—que representaba diez enteros doscientas sesenta y siete milésimas por ciento—, excepto la que adquiría uno de los compradores, que representaba ocho enteros novecientas treinta y dos milésimas por ciento y cuyo precio era de 157.310 pesetas. En la cláusula 2.ª de la escritura se hacía constar que la finalidad única y exclusiva del contrato era la realización por los compradores de la construcción proyectada sobre el solar objeto de la misma, distribuyéndose los futuros pisos en la forma que asimismo se especificaba. En la cláusula 4.ª se expresaba que el coste íntegro de la construcción proyectada y todos los gastos serían satisfechos por los copropietarios del solar y, por tanto, de los pisos en que el edificio que se construya será dividido, en proporción a sus participaciones, mediante ingreso en la cuenta corriente de la Comunidad. Y en la cláusula 5.ª lo siguiente, que se transcribe literalmente: Si cualquiera de los compradores no paga el coste de la construcción en la cuantía y plazos determinados en la cláusula precedente, mediante ingreso en la cuenta corriente abierta al efecto en la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de C., se entenderá que renuncia al piso que va a construirse y, por tanto, también a la participación indivisa que le corresponde en el solar sobre el que se construye, y se procederá a su enajenación conforme a las siguientes reglas:

a) La falta de pago se acreditará mediante acta notarial de requerimiento a instancia del Presidente de la Junta de Propietarios, que se practicará precisamente en el domicilio designado por cada uno de los compra-

dores en la comparecencia. Se entenderá producido el impago si dentro del término legal para contestar al requerimiento y en la propia acta notarial no se exhibe al Notario autorizante de la misma el documento que justifique el ingreso de la cantidad reclamada en la c/c. de la Comunidad abierta al efecto en dicha Caja.

b) Todos los demás propietarios de pisos en el mismo edificio tendrán derecho de preferente adquisición del piso correspondiente al renunciante y participación inseparable del mismo en el solar sobre el que se construye el edificio, que podrán adquirir, como mínimo, por el importe de lo que hasta ese momento debía haber satisfecho por todos conceptos por la adquisición del apartamento el renunciante. Tal derecho podrá ser ejercitado por los demás propietarios dentro de los quince días naturales siguientes a aquel en que el Presidente de la Junta deposite en Correos la carta certificada en que se les comunicará el hecho del impago y el importe mínimo por el que pueden adquirir el piso renunciante. Dicha carta será remitida por el Presidente dentro de los cinco días naturales siguientes al requerimiento a que se refiere el apartado anterior.

c) Los demás propietarios ejercerán su derecho de preferente adquisición mediante pliego cerrado, en el que indicarán el importe por el que están dispuestos a adquirir el piso renunciante y que deberá quedar en poder del Presidente en el plazo fijado en el apartado b). El siguiente día hábil al transcurso del plazo, el Presidente procederá a la apertura de los pliegos cerrados ante Notario y adjudicará el apartamento que trate de enajenarse al que hubiere hecho la proposición más ventajosa. Caso de empate será preferido el propietario colindante al piso que trate de enajenarse, y si ninguno reuniera tal circunstancia, se determinará el adjudicatario por sorteo, a continuación de la apertura de los pliegos, también ante Notario.

d) Si transcurrido el plazo fijado en el apartado b) ninguno de los propietarios ejercitase su derecho de preferente adquisición, se procederá a la venta en pública subasta del piso del renunciante y también de la participación indivisa que le corresponda en el solar. La subasta se anunciará en el *Diario de C.* con diez días naturales de anticipación a aquel en que haya de tener lugar y se celebrará sin sujeción a tipo y ante Notario.

e) El adquirente del piso que trate de enajenarse en los casos b) y d), que anteceden, contraerá la obligación de satisfacer las cantidades impagadas por el renunciante y las que aún falten por pagar hasta concluir la construcción. Así se hará constar expresamente en el anuncio de la subasta, y por el solo hecho de intervenir en ella se entenderá aceptada tal condición.

f) Cualquiera que sea, el adquirente deberá pagar el precio del remate dentro de los dos días hábiles siguientes a aquel en que sea requerido al efecto por el Presidente de la Junta, que otorgará a su favor la correspondiente escritura pública de venta, a cuyo efecto le apoderan expresamente todos los comparecientes. Los cónyuges de los compradores consienten expresamente el contenido de esta cláusula y el apoderamiento irrevocable que se contiene en este apartado.

g) El precio obtenido en la enajenación se destinará, en primer término, a pagar los gastos a que diere lugar (actas notariales y anuncios, a que se refieren los apartados precedentes), arbitrio sobre incremento del valor de los terrenos que se devenguen y gastos que en la escritura de venta correspondan al renunciante, conforme al artículo 1.455 del Código civil. El remanente, si lo hubiera, corresponderá al renunciante.

h) El contenido de esta cláusula se considera como gravamen del piso adquirido y de la participación indivisa comprada en la cláusula 1.ª de esta escritura, y como tal se solicita su inscripción en el Registro de la Propiedad. Tal gravamen se entenderá cancelado por la declaración expresa

del Presidente al otorgar la escritura de declaración de obra nueva con la construcción ya concluida.

Presentada dicha escritura en la Oficina Liquidadora competente, se procedió por ésta, previa comprobación de valores, a girar la liquidación de Impuesto de Transmisiones, a nombre de la Comunidad de Propietarios; concepto: derechos reales; título: constitución; tipo: 7,40 por 100; número 3 de la Tarifa; base imponible: 7.617.895 pesetas, con un total a ingresar de 580.641 pesetas, contra la cual se formuló por el señor A., como Presidente y en representación de la Comunidad, reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial de C., alegando en síntesis:

Que no se ha constituido un derecho para garantizar el pago de una cantidad de dinero, ya que al que incumple no se le reclama el pago, aunque sufra las consecuencias del incumplimiento; que no se ha constituido un derecho real autónomo ni aparece un titular específico del mismo, sino que se ha limitado el derecho de propiedad de cada uno de los comuneros; que la palabra «gravamen», utilizada en la escritura, significa que se establece una limitación del derecho del comunero, pretendiéndose que su obligación de aportar el coste de la construcción perjudique a terceros adquirentes de su cuota y sin que se trate de un auténtico derecho real; que fiscalmente no cabe extender el acto sujeto por una aplicación analógica de criterios doctrinales inseguros y discutidos, citando en apoyo de ello el artículo 24 de la Ley General Tributaria; que el requisito de la inmediatividad, clásico en el derecho real, no se da en los de garantía, y éste ha sido uno de los argumentos para negar a la hipoteca su carácter de derecho real; que la doctrina ha abandonado, casi unánimemente, la clasificación de los derechos patrimoniales en reales y personales; que no se pueden crear en perjuicio del contribuyente figuras fiscales sujetas a imposición no previstas en la ley; que la única interpretación posible del párrafo 2 del artículo 54 del Texto Refundido es considerar que contiene una expresión abreviada de todos los derechos reales que con nombres típicos contempla en su articulado; que no existe inmediatividad en el caso de que se trata; que la eficacia del pacto frente a tercero no supone necesariamente que ese pacto sea un derecho real autónomo, y que con él se establece simplemente el derecho del comunero, para que el posible tercero lo adquiera como es; que aun en el supuesto de que al pacto en cuestión se le diera el valor de derecho real autónomo, es incorrecta la determinación de la base liquidable; que el capital, precio o valor a que se refiere a este respecto el párrafo 9 del artículo 70 del Texto Refundido es el del derecho real, pero en manera alguna al importe de la obligación garantizada, y que no obstante recaer el pretendido derecho esencialmente sobre el solar y accesoriamamente sobre lo que se construya, la liquidación prescinde del valor de aquél y estima arbitrariamente el derecho en el valor de la construcción proyectada.

El Tribunal Provincial acordó desestimar la reclamación fundándose en que: si bien la obligación de aportar las cantidades para la construcción constituye una obligación *ob rem*, es decir, indeterminada subjetivamente, no se debe confundir con el derecho que se constituye en garantía de la obligación; que los pactos a que alude el artículo 7 del Reglamento Hipotecario tan sólo modifican algunas de las facultades del dominio, mientras que la figura creada por la cláusula 5.ª del contrato de que se trata va mucho más allá y establece la desaparición del dominio contra la voluntad de su titular; no es una mera presunción de renuncia, sino el medio de garantizar una obligación, que al recaer sobre una cosa y permitir la enajenación de la misma constituye un verdadero derecho real innominado de garantía; que no se ha hecho uso de la analogía, sino que se grava directamente un verdadero derecho; que la fijación de la base es correcta, puesto que se tra-

ta de un derecho real de garantía, y que el sujeto pasivo se ha determinado a la vista de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley General Tributaria.

Contra la resolución del Tribunal Provincial se interpuso recurso de alzada ante el Tribunal Central, el cual acordó desestimar y confirmar íntegramente el fallo recurrido, mediante las siguientes consideraciones:

«Considerando que la cuestión principal que se plantea en este expediente consiste en determinar si la cláusula 5.ª del contrato de que se trata crea efectivamente un derecho real innominado por cuya constitución se debe liquidar el Impuesto de Transmisiones, conforme dispone el artículo 54-2.º del Texto Refundido de 6 de abril de 1967...»

«Considerando que .. aunque el Derecho romano y algunas legislaciones modernas adoptaron y adoptan la doctrina del *numerus clausus*, que enumera legalmente los derechos reales que pueden constituirse, limitando las posibilidades creadoras del principio de autonomía de la voluntad, nuestro Derecho positivo sigue el sistema del *numerus apertus*, como lo prueba el artículo 2.º-2.º de la Ley Hipotecaria, según el cual..., corroborado por el artículo 7.º del Reglamento Hipotecario, al decir que..., declaración básica que gramatical y lógicamente no admite más que una interpretación, es decir, que puede haber otros derechos reales que no sean los mencionados nominativamente...»

«Considerando que esto establecido, no puede ofrecer duda que el artículo 54-2.º del Texto Refundido, al sujetar al impuesto 'la constitución, reconocimiento, modificación, prórroga, transmisión y extinción, por contrato, acto judicial o administrativo, de *toda clase de derechos reales*', se refiere no sólo a los que con nombres típicos se contemplan en el artículo —como se dice en el escrito de alegaciones—, sino a cualesquiera derechos que ostenten tal naturaleza, puesto que: a) donde la ley no distingue, no se debe distinguir; b) gramaticalmente, la frase es clara y no admite más que una sola interpretación; c) no tendría sentido que aludiendo la legislación sustantiva a la posible existencia de otros derechos reales, la legislación fiscal estableciera la limitación...»

«Considerando que admitido que es posible, aunque difícil, en nuestro Derecho, que la voluntad individual cree derechos reales innominados y que la Ley Fiscal, sujeta al Impuesto de Transmisiones, la constitución de 'toda clase de derechos reales', ha de pasarse a examinar si, efectivamente, en el contrato de que se trata, se constituye por las partes un derecho de esa naturaleza, presupuesto indispensable para que la imposición pueda producirse...»

«Considerando que la finalidad que se persigue con lo pactado en la cláusula 5.ª parece clara...: se trata de asegurar el pago por cada copropietario, y a favor de los demás, del coste de la construcción, en la cuantía y plazos determinados en la cláusula precedente, y como, sin duda, se ha estimado insuficiente la garantía genérica que supone el artículo 1.911 del Código civil, se busca esa seguridad en el único medio que el Derecho conoce desde hace siglos, es decir, en la constitución de una garantía real sobre el propio inmueble de que se trata, garantía que en la propia cláusula, apartado h), se califica genéricamente 'como gravamen del piso adquirido y de la participación indivisa comprada en la cláusula 1.ª de esta escritura, y como tal se solicita su inscripción en el Registro de la Propiedad...»

«Considerando que..., y partiendo de estas premisas, el examen de la cláusula en su conjunto pone de manifiesto que en ella se prevé, para el supuesto de que cualquiera de los compradores del solar no pague oportunamente el coste de la construcción, un procedimiento para la enajenación de la participación indivisa del solar de que se trata..., disponiéndose, cuando ninguno de los copropietarios ejercitase su derecho preferente a la adquisición, que se procederá a la venta en pública subasta del piso y de

la participación indivisa ., concretándose que el adquirente contraerá expresamente la obligación de satisfacer las cantidades impagadas y las que aún falten por pagar hasta concluir la construcción, haciéndose constar expresamente en el anuncio de la subasta, de suerte que por el solo hecho de intervenir en ella se entenderá aceptada tal condición, fijándose el plazo para el pago del remate y otorgando la escritura a favor del adquirente por el Presidente de la Junta, destinándose el precio obtenido en. . y señalándose que el remanente, si lo hubiere, corresponderá al renunciante; todo lo cual revela que se crea un derecho a la realización de un valor en forma *sui generis*, aunque parecida en algunos extremos a la hipoteca y, por supuesto, como no se discute, con plena eficacia frente a terceros, con lo cual todos y cada uno de los copropietarios verán garantizado el pago del coste de la construcción.»

«Considerando que no obstan, en una lógica interpretación, los reparos que puedan formularse a esta concepción, basándose en las singularidades del pacto y del derecho que se crea, y de los que se hace eco la parte recurrente; en efecto: a) que si bien es cierto, como se reconoce en el fallo de Primera Instancia, que la obligación de costear la construcción del piso es *ob rem*, es decir, que su titular pasivo será el comunero que en cada momento ostente la titularidad de la parte indivisa del solar y del piso correspondiente, ello es compatible con la existencia de un derecho real de garantía, como asimismo afirma el fallo del Tribunal Provincial; b) la presunción de renuncia al piso que ha de construirse, a que se refiere la cláusula 5.ª, es ciertamente un procedimiento para liberarse el copropietario de su obligación..., bien que sus consecuencias, en términos generales, pueden suscitar otros problemas; en todo caso, esa renuncia o abandono de la propiedad... no afectará a los derechos constituidos sobre el bien de que se trate, antes bien, en el caso planteado, su finalidad es precisamente facilitar el ejercicio del que se estudia, y a este respecto, aun reputando al renunciante desligado de la obligación, ésta subsistirá de acuerdo con su naturaleza, conforme lo acredita el apartado e) de la cláusula, según el cual, 'el adquirente del piso que trate de enajenarse... contraerá expresamente la obligación de satisfacer las cantidades impagadas por el renunciante...', de suerte que no puede decirse que la obligación esté extinguida por la renuncia cuando el derecho real se ejercita, sino todo lo contrario...; en realidad, el obligado en cada momento es quien sea copropietario, y precisamente en garantía de esa obligación se constituye el derecho real por el que se exige el impuesto; c) la inmediatez, nota característica del derecho real, según la concepción tradicional, que ha sido negada en cierto sector de la doctrina moderna en el Derecho de hipoteca y, en general, en los de garantía..., se da también, aunque con matices determinados, en tales derechos, en los que sus titulares pueden ejercitarlos sin necesidad de la cooperación del deudor, y aun contra su voluntad, como, sin duda, acaecería en su momento en el caso de que se trata...; d) aunque el precio de la enajenación en la prevista subasta se destine a los gastos e impuestos de la operación, y el pago de lo adeudado lo efectúe el adquirente, es evidente que la consecuencia a que se llega es la misma, puesto que el precio viene a ser lo pagado efectivamente más la cantidad que el comprador se obligue a satisfacer, de suerte que el inmueble queda afecto directamente al cumplimiento de la obligación, que garantiza .; e) aun en el supuesto de que se entendiera, como se lee en el escrito de alegaciones, que al incumplidor no se le reclama el pago—aspecto obligacional—, está claro que se prevé la enajenación de la finca, como consecuencia del incumplimiento y para percibir el crédito (aspecto real), y que son los copropietarios los titulares de ese derecho, y f) no parece que pueda admitirse que se trata de un mero gravamen o limitación del derecho de los comuneros, que va a ingresar en el Registro de la Propie-

dad, al amparo de lo previsto en el final del artículo 7.º del Reglamento Hipotecario, cuando la limitación implica nada menos que una enajenación y un cambio en la titularidad del dominio, todo ello con una inequívoca finalidad de garantía, para asegurar a los copropietarios el cumplimiento de una obligación.»

«Considerando, respecto a la determinación de la base liquidable, que el artículo 70-9.º del Texto Refundido dispone que servirá de base en la constitución de derechos reales el capital, precio o valor que las partes consignent, si fuese igual o mayor que el que resulte de la capitalización al 4 por 100 de la renta o pensión anual, o éste si aquél fuere menor; ahora bien, no constando en la escritura presentada el referido capital, precio o valor, ni habiéndose acompañado la declaración firmada que prevé el artículo 62 del Reglamento de 15 de enero de 1959, la Administración ha tenido que fijarlo por los medios que tenía a su alcance, y es razonable que para ello haya tenido en cuenta el valor total de la obligación, que garantiza el derecho que ha calificado y por el que se liquida el impuesto.»

«Considerando, por último, respecto al sujeto pasivo, que aun constituyéndose el derecho a favor de los copropietarios, y aunque no sea directamente aplicable lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley General Tributaria, carece en realidad de trascendencia la cuestión suscitada, pues tanto por el cauce de la comunidad normal, regulada por el Código civil, como por el de la propiedad horizontal, objeto de la Ley de 21 de julio de 1960, las consecuencias prácticas en orden al pago de la liquidación girada a nombre de la Comunidad serán las mismas.»

COMENTARIO.—La autopromoción de edificios en régimen de comunidad viene siendo una fórmula cada día más extendida en la práctica por las grandes ventajas que la misma representa para los que se acogen a ella. Los futuros propietarios de los departamentos del edificio, unidos generalmente por vínculos de amistad o simple conocimiento recíproco, adquieren un solar con la finalidad de llevar a cabo la construcción del edificio y obtener así cada uno de ellos su vivienda. Pero las indudables ventajas que tal fórmula reporta—exclusión de intermediarios y reducción de costos—tienen la contrapartida de los problemas jurídicos y fiscales que en la práctica se plantean, a causa de que la autopromoción de edificios en régimen de comunidad es fórmula huérfana, hoy por hoy, de una reglamentación jurídica que dé solución adecuada a su variada problemática. La enajenación, el embargo o la hipoteca, durante la construcción, de la participación de cada comunero o la no aportación por alguno de ellos de las cantidades precisas para llevar a término la construcción dan lugar a problemas que no encuentran fácil solución, como ha puesto de relieve MANUEL DE LA CÁMARA en su magnífico estudio sobre *Insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal*, siendo necesario, a base de ingenio jurídico, el establecimiento en cada caso de una reglamentación que discipline las relaciones entre los conductores mientras el edificio se construye, dando a dicha reglamentación unos tintes reales que, por su inscripción en el Registro de la Propiedad, afecten también a terceros.

En la resolución que tenemos a la vista nos encontramos ante un caso de autopromoción de edificio en régimen de comunidad, aunque este último concepto no sea aceptado por todos, al tratarse, como veremos, de un supuesto de «construcción en régimen de propiedad horizontal» o de propiedad horizontal *ab initio*, que, en opinión de algunos autores, no es encajable dentro del marco de la comunidad.

En el caso objeto de la resolución, los futuros propietarios de los departamentos del edificio han adquirido un solar por cuotas—compraventa—, manifestando que la finalidad única y exclusiva de la adquisición era la realización por los compradores de la construcción proyectada sobre el solar objeto de la misma, distribuyéndose *ab initio* los futuros pisos en

la forma que asimismo se especificaba en la propia escritura de adquisición, en la cual, además, por mutuo acuerdo de todos los interesados, se estableció una reglamentación destinada a garantizar la efectiva aportación de los comuneros a la construcción proyectada, previendo la posible eventualidad de que alguno de ellos no pagara el coste de la construcción en la cuantía y plazos que en la misma escritura se determinaban.

Para el supuesto de que cualquiera de los autopromotores no aportara las cantidades precisas a la finalidad común de construir, se pactó, a través de una bien meditada cláusula, la renuncia del comunero incumplidor a su cuota en el solar y a su piso, que serían ofrecidos, con preferencia para su adquisición, a los demás autopromotores, y en caso de que ninguno de éstos quisiera adquirir la parte del renunciante, esa parte sería enajenada en subasta pública, contrayendo el adquirente, cualquiera que fuera éste, la obligación de satisfacer las cantidades impagadas por el renunciante y las que faltaran por pagar hasta concluir la edificación. Pero además, y al objeto de que el pacto afectara a terceros, se convino que el contenido de la cláusula fuera considerado como gravamen del piso adquirido y de la participación indivisa comprada, y como tal gravamen se solicitaba su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Si el Impuesto de Transmisiones es exigible con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato liquidable, cualquiera que sea la denominación que las partes le hayan dado, no cabe duda que el primero y principal problema que se le planteó al Liquidador al enfrentarse con la escritura fue el de calificar su contenido. Que había una compraventa estaba más que claro. Pero además existía en la escritura una cláusula, la quinta, que demandaba un análisis jurídico para determinar si en la misma se establecía un verdadero derecho real o un simple gravamen. La cuestión, planteada en estos términos, era del mayor interés, pues si lo establecido era un derecho real, la consecuencia lógica sería la necesidad de practicar una liquidación—además de la de compraventa—con base en el número 2 del artículo 54 de la Ley del Impuesto, que sujeta a tributo la constitución de toda clase de derechos reales; en cambio, si lo establecido era un simple gravamen real parece que no debía existir más acto liquidable que la compraventa.

Para los promotores del recurso que motivó esta resolución, la garantía pactada en la cláusula quinta de la escritura no era un derecho real autónomo que viniera a asegurar el pago de cantidad alguna, sino que se trataba simplemente de limitar o delimitar el derecho de propiedad de cada uno de ellos—obligados *ob rem* a aportar el coste de la construcción—, y que ese derecho así delimitado pasara, en su caso—en el de incumplimiento de la obligación—, a los posibles terceros adquirentes con la misma delimitación. Para los recurrentes, en definitiva, lo establecido era un mero gravamen o limitación del derecho de los comuneros, perfectamente inscribible en el Registro de la Propiedad, al amparo de lo previsto en el final del artículo 7 del Reglamento Hipotecario.

Para la Administración, en cambio, lo que resultaba del pacto contenido en la cláusula quinta de la escritura calificada era la creación, al amparo de la doctrina del *numerus apertus*, de un derecho a la realización de un valor en forma *sui generis*, aunque parecida en algunos extremos a la hipoteca, y, por supuesto, con plena eficacia frente a terceros, por virtud del cual derecho todos y cada uno de los copropietarios ven garantizado el pago del coste de la construcción. Para la Administración, en definitiva, lo pactado era un derecho real innominado de garantía, que a través de su ejercicio implicaba nada menos que una enajenación y un cambio en la titularidad del dominio, con una inequívoca finalidad de garantía, para asegurar a los copropietarios el cumplimiento de una obligación.

Como dice Roca SASTRE, el concepto de carga o gravamen real o con trascendencia real tiene un ámbito no siempre coincidente con el propio del derecho real. No hay que olvidar que todo derecho real implica una carga o gravamen, mas no toda carga o gravamen envuelve un derecho real, aunque como tal carga o gravamen pueda tener acceso al Registro de la Propiedad. A ambos conceptos, y para darles cabida en el Registro, parece referirse el artículo 7 del Reglamento Hipotecario, en el cual se mezclan, como dice Roca SASTRE, dos cosas tan distintas como son el acto inscribible y el derecho real inmobiliario. No sólo tienen acceso al Registro los títulos constitutivos de los derechos reales nominativamente señalados en los números 1 y 2 del artículo 2 de la Ley Hipotecaria, sino también «cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza»—siendo esta frase una de las que sirven de apoyo en nuestro ordenamiento jurídico a la teoría del *numerus apertus*—, «así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en Derecho, modifique... algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles ». Por ello, frente a los derechos reales propios y nominativamente reconocidos y reglados por el ordenamiento jurídico, pueden existir derechos reales creados por la voluntad privada—siempre que reúnan los caracteres típicos de los derechos reales—, y también pueden existir ciertos pactos que en puridad no merecen la consideración de derechos reales, pero cuyos pactos pueden llegar a tener trascendencia en perjuicio de terceros como carga o gravamen real, sin que lleguen a atribuir al favorecido por los mismos ningún derecho subjetivo de carácter verdaderamente real.

De las consideraciones anteriores se deduce, a nuestro juicio, que la calificación hecha por la Administración del contenido de la repetida cláusula quinta de la escritura era correcta. Pero una vez resuelto el problema de la naturaleza jurídica del acto liquidable, los pasos siguientes tenían que encaminarse a la determinación de la base liquidable, tipo de gravamen y sujeto pasivo de la obligación fiscal. También con relación a estos aspectos surgió controversia entre el punto de vista de la Administración y el de los recurrentes, especialmente en cuanto a la base y al sujeto pasivo, ya que el problema del tipo de tributación no fue suscitado en el recurso.

El considerando que la resolución dedica a mantener el criterio de la Oficina Liquidadora y del Tribunal Provincial, en cuanto a la base liquidable tomada, nos parece indiscutible. Calificado el hecho imponible como derecho real de garantía, parece claro que la base de la liquidación debía ser el importe de la obligación que se asegura con aquél, importe que no podía ser otro que el valor comprobado de la edificación proyectada. Pero los derechos reales de garantía—hipoteca, prenda y anticresis—disfrutan de un tipo reducido respecto de los demás derechos reales, pues los primeros tributan al 1,90 por 100, según el número 5 de la Tarifa, mientras que los demás tributan al 7,40 por 100, según el número 3, cuando unos y otros se constituyen sobre bienes inmuebles. Hubiera sido del mayor interés que el recurso se hubiese dirigido también a impugnar el tipo de gravamen aplicado, sobre todo una vez que los recurrentes, para impugnar la base, aceptaban la calificación del hecho imponible. Para nosotros, el principio de calificación, que proclama el artículo 7-1 de la Ley del Impuesto, es indivisible y, por tanto, defendible que la naturaleza jurídica del acto o hecho liquidable debe regular el tanto por ciento del impuesto o tipo de tributación, lo que aplicado al caso objeto del recurso determinaba la aplicación del número 5 de la Tarifa en lugar del número 3. Por eso hubiera sido interesante el planteamiento de esta cuestión y la resolución del Tribunal Central.

La última cuestión suscitada en el recurso, a la que se destina el últi-

mo considerando de la resolución, es la referente al sujeto pasivo del gravamen. La liquidación fue girada a cargo de la Comunidad de Propietarios, fundamentándose tal proceder, según resulta del fallo del Tribunal Provincial, en el artículo 33 de la Ley General Tributaria, a lo que responde el Tribunal Central en dicho último considerando que no es directamente aplicable el mencionado precepto, pues habiéndose constituido el derecho a favor de los copropietarios, parece que debían ser éstos y no la Comunidad el sujeto pasivo. No obstante, y teniendo en cuenta que las consecuencias prácticas en orden al pago de la liquidación eran las mismas, ya se girara ésta a nombre de la Comunidad o al de los copropietarios, concluye el Central declarando que la cuestión suscitada carece en realidad de trascendencia.

Sin embargo, interesa destacar que tanto la Oficina Liquidadora como los Tribunales Provincial y Central, no han apreciado en el caso de esta Comunidad de autopromotores—y, a nuestro entender, acertadamente—la existencia de una Comunidad societaria de las que sujeta a tributar, por el concepto de Sociedades, el artículo 57-1, 2.º, de la Ley del Impuesto de Transmisiones. Según el artículo 33 de la citada Ley General Tributaria, las comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición, tendrán la consideración de sujetos pasivos en las leyes tributarias en que así se establezca. Quiere ello decir que, en ocasiones, el ordenamiento jurídico-fiscal atribuye o asigna la cualidad de sujeto pasivo tributario a entes, colectividades o comunidades desprovistas de personalidad jurídica en el plano del Derecho sustantivo, con base en que dichas comunidades se producen o actúan de hecho en el tráfico como verdaderos sujetos de Derecho. Por eso, el artículo 57-1, 2.º, de la Ley del Impuesto de Transmisiones considera como sociedades a las comunidades de bienes constituidas por actos *inter vivos* para la explotación de negocios mercantiles e industriales, cuyos rendimientos estén sujetos a los Impuestos Industrial o de Sociedades. Es claro, por tanto, que los mencionados preceptos fiscales no se refieren a todo tipo de comunidades de bienes, sino tan sólo a aquellas que pudieran denominarse societarias y negociales, que sin adoptar la forma, requisitos y organización de una verdadera sociedad, no obstante, realizan una actividad y obtienen unos rendimientos sujetos a los Impuestos Industrial o de Sociedades.

Nosotros creemos que las llamadas comunidades de autopromotores de edificio no son comunidades negociales, a diferencia de la comunidad de propietarios, que adquiere solares, los edifica y enajena posteriormente, pues esta otra comunidad es, de hecho, una sociedad, y como tal ha sido considerada fiscalmente por la resolución del Tribunal Central de 11 de diciembre de 1969 y sentencia de 14 de mayo de 1970 del Tribunal Supremo, Sala III. En cambio, las llamadas comunidades de autopromotores no son comunidades negociales, pues el resultado de su actividad, o sea, los pisos o viviendas, va dirigido al autoconsumo y no constituye —como dice ARNÁU ZOROA en *La Licencia Fiscal del Impuesto Industrial y las Empresas Inmobiliarias*, «Crónica Tributaria», núm. 8, págs. 29 y siguientes—hecho imponible en la Licencia Fiscal por los siguientes motivos: a) Porque la actividad que constituye hecho imponible es la «promoción-venta», y en el caso de las comunidades autopromotoras—que creemos es el de la Comunidad constituida en la escritura que motivó el recurso—no se da el último elemento de hecho, pues la edificación va destinada a los propios comuneros. b) Porque el artículo 5 de la Ley del Impuesto Industrial dice que se asimilará a la construcción para la venta la realizada por una «Sociedad» que distribuya las partes o pisos entre los partícipes. De donde, *a sensu contrario*, se deduce que la promoción

en comunidad y la división y adjudicación de los pisos a los comuneros en los casos de autopromoción no constituye hecho imponible en el Impuesto Industrial, requisito necesario para que la comunidad sea sociedad a efectos del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales.

CONSTRUCCION DE EDIFICIOS POR UNA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS CON DESTINO A LA VENTA. CONSTITUCION DE SOCIEDAD Y DISOLUCION DE COMUNIDAD (RESOLUCIÓN DE 24 DE OCTUBRE DE 1974).

En la correspondiente escritura pública, «Ingeniosa Española, S. A.», don Jaime Soriano Micó y don Antonio Gómez Aleixandre declararon ser dueños, en la proporción del 40 por 100 la primera, y del 30 por 100 cada uno de los otros dos, de una parcela de terreno, que en dicho terreno, en régimen de comunidad especial, abonando proporcionalmente los gastos de los elementos comunes y separadamente los de los elementos independientes, estaban construyendo un complejo residencial, denominado «Panorama Playa»; que seguidamente declararon la obra nueva, compuesta por dos bloques principales y uno accesorio, que detalladamente se describían, y a los que se asignó un valor de 13.500.000 pesetas; que a continuación constituyeron el inmueble en régimen de propiedad horizontal, determinando los departamentos susceptibles de aprovechamiento independiente, así como los elementos comunes, adjudicando cada uno de aquéllos a los tres copropietarios en proporción a sus respectivos haberes.

Presentada dicha escritura en la Oficina Liquidadora competente, la comprobación de valores arrojó un resultado total de 30.853.120 pesetas, y se practicaron dos liquidaciones: una, por Actos Jurídicos Documentados, correspondiente a la obra nueva y división horizontal, y otra, por el concepto Sociedades, título Constitución, número 8 de la Tarifa, al 1,70 por 100.

Contra la segunda de dichas liquidaciones se interpuso recurso económico administrativo por «Ingeniosa Española, S. A.», alegando que no era posible liquidar una constitución de sociedad porque no existía acto constitutivo alguno de la misma, habiéndose limitado los otorgantes a construir un edificio en régimen de comunidad especial, como se decía en la escritura liquidada. El Tribunal Provincial, antes de dictar resolución, hizo saber a la entidad reclamante que consideraba oportuno examinar, además de los problemas por ella planteados, el de la existencia de una disolución de comunidad, que habría de motivar también la correspondiente liquidación por ese concepto, no siendo presentada oposición expresa alguna por «Ingeniosa Española, S. A.», limitándose a manifestar que no le interesaba formular ninguna clase de alegaciones.

El Tribunal Provincial dictó resolución desestimando el recurso, razonando que, a efectos fiscales, la constitución de una comunidad para construir un edificio, integrado por diversos departamentos, con destino a la venta de los mismos, constituía un negocio asociativo sometido a tributación en el Impuesto Industrial y que debía determinar, en virtud del artículo 57-1-2 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones, la existencia de una comunidad equiparada fiscalmente a la sociedad, siendo correcta, por tanto, la liquidación objeto de la reclamación. Que, por otra parte, y según el artículo 57-2 de dicho Texto, la división material de bienes poseídos proindiviso debía motivar una liquidación por disolución de sociedad, que no había sido practicada por la Oficina gestora.

Notificada la resolución, se interpuso contra la misma recurso de alzada, en el que se reprodujeron sustancialmente las alegaciones de la Primera Instancia, añadiendo que respecto a la nueva liquidación que se

había ordenado practicar, no existía tampoco hecho imponible porque los copropietarios fueron dueños de cada una de las partes del inmueble desde el primer momento y que, por tanto, no habían existido verdaderas adjudicaciones ni división material de cosa común.

El Tribunal Central acordó desestimar en todas sus partes el recurso de alzada interpuesto, confirmando íntegramente la resolución del Tribunal Provincial por hallarse ajustada a Derecho:

«Considerando que el Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, en su artículo 57-1-2, dispone que, a efectos de dicho tributo, tendrá la consideración de sociedad la comunidad de bienes constituida por actos *inter vivos* para la explotación de negocios mercantiles e industriales, cuyos rendimientos están sujetos a los Impuestos Industrial o de Sociedades, y que el Texto Refundido del Impuesto Industrial, en su artículo 5.º, considera comprendida entre las actividades gravadas por dicho Impuesto, la de construcción de viviendas y locales para proceder ulteriormente a su venta en su totalidad por partes o por pisos, asimilando a la construcción para la venta, la realizada por una sociedad que distribuye las partes o pisos entre los partícipes.»

«Considerando que la sociedad recurrente se limita a negar la existencia de la comunidad de bienes, alegando que en ningún momento existió dicha figura jurídica porque los copropietarios procedieron a la construcción y al pago del importe de la misma con entera separación e independencia; pero esta alegación no puede ser admitida por ser contraria a lo que resulta, tanto de la escritura liquidada como de la naturaleza de los hechos que en la misma se reflejan.»

«Considerando que, por lo que se refiere al segundo de los problemas planteados en el presente recurso de alzada, el citado artículo 57 del Texto Refundido dispone, en su apartado 2, que se considerará como sociedad, a los efectos del tributo, la división material de bienes poseídos proindiviso, cuando tales bienes hayan sido adquiridos a título oneroso, añadiéndose, a partir de la Ley de 30 de junio de 1969, que se considerará como división material de bienes proindiviso la adjudicación, realizada entre los comuneros, de los pisos o locales de un edificio o parte de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente, con sus elementos comunes anejos.»

COMENTARIO.—Tenemos a la vista una nueva resolución, en la que entra en juego el importantísimo artículo 57 del Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, en su aplicación a un supuesto de construcción en régimen de comunidad con las consiguientes adjudicaciones de departamentos independientes a los comuneros. Pero esta resolución ofrece, frente a otras anteriores, la particularidad de que lo cuestionado en la misma no era únicamente la aplicación del apartado 2.º de dicho precepto, sino también la aplicación del número 2.º del apartado 1.º del mismo.

Los hechos son fácilmente resumibles: una sociedad y dos personas físicas eran dueñas, por compra en régimen de comunidad proindiviso, de un solar, sobre el cual, y en la proporción en que eran dueños, construyeron un complejo urbano—parece que destinado a la venta—, y previa constitución del mismo en régimen de propiedad horizontal, procedieron a adjudicarse los elementos independientes del complejo, manifestando que habían abonado proporcionalmente los gastos de los elementos comunes y separadamente los de los elementos independientes.

La Oficina gestora giró liquidaciones por dos conceptos solamente: por Actos Jurídicos Documentados, en cuanto a la declaración de obra nueva y constitución del régimen de propiedad horizontal, y por Transmisiones, título: constitución de sociedad, apreciando entre los constructores la existencia de una sociedad, con base en lo que dispone el

artículo 57-1-2.º de la Ley del Impuesto de Transmisiones. Esta segunda liquidación fue objeto de reclamación económico-administrativa, con un resultado para reclamante no sólo negativo, sino agravante, pues aquella reclamación, además de ser desestimada, motivó una resolución por parte del Tribunal Provincial, que apreciaba un nuevo acto liquidable, dando lugar a una *reformatio in peius* del acto impugnado.

Procesalmente, la cuestión se desenvolvió en términos de plena legalidad. Es sabido que, de conformidad con los artículos 169 de la Ley General Tributaria y 46 del Reglamento de Procedimiento de Reclamaciones, el órgano competente para resolver las reclamaciones económico-administrativas tiene atribución para revisar todas las cuestiones que ofrezca el expediente de gestión, hayan sido o no planteadas por los interesados, modificando el acto y ordenando a los órganos de gestión que dicten otro u otros actos administrativos con arreglo a las bases que se establezcan en la resolución de la reclamación. Sin embargo, si el órgano de resolución estimara pertinente examinar y resolver, según lo dicho anteriormente, cuestiones no planteadas—como ocurría en el caso—, debe exponerlas a los que estuvieran personados en el procedimiento y les concederá un plazo de diez días para que formulen alegaciones.

En un plano ya de puro Derecho fiscal, es preciso ver el tratamiento que dicho Derecho da a las situaciones de comunidad, en las que se persigue una finalidad lucrativa para los miembros componentes de aquéllas. A este respecto creemos que el punto de partida pudiera ser el artículo 33 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963, conforme al cual «tendrán la consideración de sujetos pasivos, en las leyes tributarias en que así se establezca..., las comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyen una unidad económica o un patrimonio separado, susceptibles de imposición». Esto significa que, en ocasiones, el ordenamiento jurídico-fiscal atribuye o asigna la cualidad de sujeto pasivo tributario a entes, colectividades o comunidades desprovistas de personalidad jurídica en el plano del Derecho sustantivo, con base en que dichas comunidades se producen o actúan de hecho en el tráfico como verdaderos sujetos de Derecho. Pues bien, las disposiciones que regulan el Impuesto de Transmisiones, así como las que regularon su antecedente o Impuesto de Derechos Reales, han venido estableciendo una equiparación fiscal entre las comunidades negociales con fines lucrativos desprovistas de personalidad jurídica y las sociedades, identificando los conceptos de comunidad y sociedad para sujetarlos a tributo según un mismo criterio.

El número 28 del artículo 19 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 1947, en su punto primero, que pasó a ser el número 29 del mismo artículo en el Reglamento de 1959, estableció que se considerará como constitución de sociedad y se liquidará por este concepto la constitución de comunidad de bienes para la explotación de negocios mercantiles o industriales cuyos rendimientos deban ser gravados en la contribución industrial o de utilidades, es decir, por los que luego fueron Impuestos Industrial o sobre Sociedades. En esta primera fase legislativa, la asimilación de la comunidad a la sociedad estaba referida únicamente al acto constitutivo, aunque la doctrina lo extendía a la extinción, y por ello la trascendencia de dicha asimilación era menor que la que resulta de la legislación actualmente vigente, ya que a partir de la Ley de Reforma Tributaria de 1964, artículo 155-20, las comunidades de bienes para la «explotación» de negocios mercantiles o industriales constituidas por actos *inter vivos*, cuyos rendimientos deban ser gravados por los Impuestos Industrial o de Sociedades, tienen la consideración de sociedades a los efectos del Impuesto de Transmisiones. Así lo establece el artículo 57-1-2.º del Texto Refundido, lo cual significa que actual-

mente, y así lo entiende la doctrina más generalizada, dichas comunidades deben tributar por todos los actos que respecto de las sociedades se consideran sujetos, según el artículo 543 del Texto Refundido, o sea: la constitución, aumento y disminución de capital, prórroga, modificación, transformación y disolución.

Es de advertir, sin embargo, que la aplicación a dichas comunidades de los preceptos fiscales relativos a las sociedades en el Impuesto de Transmisiones puede no ser nada fácil en la práctica, por la circunstancia de que normalmente tales comunidades no se constituyen a través de un acto formal, como las sociedades, sino que precisamente eluden toda formalidad para vivir únicamente en sus relaciones entre los comuneros, y los actos relativos al aumento o disminución de capital, prórroga, etc., no son fácilmente controlables, al no exigirse igualmente requisitos de cumplimiento formal o registral alguno. Por ello vayan a ser quizá—mientras no se establezca una normativa más amplia y adecuada que la que actualmente representa el citado artículo 57—únicamente los actos de constitución o extinción de tales comunidades societarias o negociales los que puedan ser objeto de liquidación en la práctica, como en el caso que motivó la resolución que antecede, referida, según hemos visto, al supuesto de construcción de un complejo urbano por una pluralidad de titulares.

No obstante, no siempre ese supuesto de construcción comunitaria es encajable en el artículo 57-1.2.º de la Ley del Impuesto. En otra ocasión hemos intentado demostrar que las llamadas «Comunidades de Auto-promotores» no son comunidades negociales constituidas «para la explotación de negocios mercantiles o industriales», ya que en ellas el producto de la actividad constructora va destinado al uso propio de sus miembros. En ellas existe la comunidad de bienes, es decir, la pluralidad de sujetos, la unidad del objeto y la atribución de cuotas; pero su finalidad no es negocial, no explotan un negocio mercantil o industrial cuyos rendimientos estén sujetos a los Impuestos Industrial o de Sociedades, lo cual es presupuesto indispensable para la asimilación en el Impuesto de Transmisiones de la comunidad a la sociedad.

En cambio, la comunidad de bienes existente entre la pluralidad de personas que adquiere un solar y construye sobre el mismo con la finalidad de destinar el producto de la actividad constructora a la venta, constituye hecho imponible en el Impuesto Industrial, Licencia Fiscal, según resulta claramente de los artículos 4.º y 5.º, b), del Texto Refundido de la Ley reguladora de dicho Impuesto de 29 de diciembre de 1966, que considera como actividad sujeta la de construcción de viviendas y locales para proceder ulteriormente a su venta en su totalidad, por partes o por pisos. Por su parte, el Texto Refundido del Impuesto sobre la Renta de Sociedades, en el artículo 9, F), comprende en la relación de sujetos pasivos a las comunidades de bienes que exploten algún negocio gravado por la Licencia Fiscal del Impuesto Industrial. Y es que aunque externa y formalmente sólo se aprecie la existencia de una simple comunidad de bienes, de hecho lo que existe es una sociedad irregular, una unidad económica con finalidad lucrativa que debe equipararse a la sociedad por razones de justicia fiscal, pues tales comunidades ofrecen la misma capacidad contributiva que las sociedades verdaderas. Criterio éste confirmado por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 14 de mayo de 1970, en la que frente al caso de tres personas naturales que se dedicaban a la adquisición proindiviso de solares, a la construcción sobre los mismos de edificios y a enajenarlos posteriormente, obteniendo con esa actividad unos beneficios, declara: «... es evidente la sujeción al Impuesto de Sociedades, conforme a los preceptos mencionados, de la

sociedad irregular creada por los demandantes para la venta de edificaciones con finalidad de lucro bien palpable».

Por todo ello parece indudable que si la actividad de construcción de viviendas y locales para proceder ulteriormente a su enajenación es gravable por la Licencia Fiscal del Impuesto Industrial, y esa actividad se desarrolla por una pluralidad de personas, la comunidad entre ellas existente es fiscalmente una comunidad sujeta al Impuesto de Sociedades, con lo que se dan los presupuestos necesarios para la aplicación a tales comunidades del artículo 57-1-2.º de la Ley del Impuesto de Transmisiones.

Es de advertir, sin embargo, que en el caso objeto de esta resolución, la comunidad de bienes se extingue antes de llevar a cabo las ventas de las fincas independientes que integraban el complejo urbano construido, pues en virtud de la propiedad horizontal constituida y de las adjudicaciones realizadas de tales fincas, las ventas no podrán efectuarse ya por la comunidad, sino individualmente por cada uno de los adjudicatarios de aquéllas. Es decir, que la comunidad se constituyó únicamente para proceder colectivamente a la construcción, pero no es la comunidad la que, en definitiva, va a explotar el negocio (la venta o ventas), pues éstas, por virtud de las adjudicaciones previas a los comuneros, han de realizarse por ellos individualmente considerados. ¿Se está entonces en la letra del artículo 57-1-2.º de la Ley del Impuesto?

Lo que, a nuestro juicio, no ofrece duda es la liquidación practicada con base en el artículo 57-2, por el concepto de disolución de sociedad, y que ordenó la resolución del Tribunal Provincial. Para impugnarla se recurre, una vez más, por los contribuyentes a la teoría de la propiedad horizontal *ab initio*, argumentando que ellos fueron dueños de cada una de las partes del inmueble desde el primer momento, pues al abonar proporcionalmente los gastos de los elementos comunes y separadamente los de los elementos independientes, no habían existido verdaderas adjudicaciones ni división material de cosa común, a lo que responde el Tribunal Central con los mismos considerandos que utilizó en su resolución de 24 de octubre de 1974 (puede verse en el núm. 513 de esta Revista, página 479, de marzo-abril de 1976), negando la posibilidad de una situación jurídica tan anómala como la de que sobre un suelo común, adquirido en copropiedad ordinaria, existiera una construcción perteneciente a sus mismos dueños en una modalidad jurídica o régimen de propiedad diferente, pues por el juego de los artículos 392 y 359 del Código civil, tanto el suelo como lo edificado sobre el mismo pertenece a los copropietarios en régimen de comunidad ordinaria, hasta el otorgamiento de la escritura de constitución del edificio en propiedad horizontal y subsiguiente adjudicación materializadora de las cuotas en el condominio.

PRESTAMO HIPOTECARIO PARA LA CONSTRUCCION DE VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL, EN CUYA CEDULA DE CALIFICACION PROVISIONAL SE EXCLUYA EL BENEFICIO DEL PRESTAMO (RESOLUCIÓN DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1974).

En la correspondiente escritura pública otorgada el 2 de junio de 1972, la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja concedió a don J. J. D. un préstamo de 38 millones de pesetas, al 6,75 por 100 de interés, más el 0,60 por 100 sobre la totalidad del préstamo en concepto de comisión, expresando el propósito de dedicar el importe de dicho préstamo a la construcción de viviendas y constituyendo simultáneamente una primera hipoteca sobre los edificios en construcción para responder de la cantidad principal objeto de préstamo, intereses de cinco

anualidades y de 7.600.000 pesetas para costas y gastos. En el mismo documento se hacía constar que el edificio en cuestión se hallaba calificado provisionalmente como de «Protección Oficial», por lo que se solicitaba de la Oficina Liquidadora las correspondientes exenciones.

Primera copia de la citada escritura fue presentada en la Oficina Liquidadora competente, acompañada de fotocopia de la correspondiente Cédula de Calificación Provisional, en la que se relacionaban los beneficios otorgados, consignándose lo siguiente: «No procede préstamo, de acuerdo con el artículo 6.º, a), de la Orden Ministerial de 26 de febrero de 1971.» A la vista de los indicados documentos se practicó liquidación por el concepto de «préstamo hipotecario», que produjo una cantidad total a ingresar de 1.243.382 pesetas.

Contra dicha liquidación se interpuso reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial, alegando que el préstamo hipotecario a que el expediente se refiere debe considerarse exento del Impuesto sobre Transmisiones, conforme a lo prevenido en el artículo 65-67 del Texto Refundido de 6 de abril de 1967.

El Tribunal Provincial dictó resolución desestimando la reclamación interpuesta, por entender que no era aplicable al caso la exención número 63 del artículo 65, toda vez que entre los beneficios legales concedidos a las viviendas de que se trata no se encuentran los del apartado b) del artículo 68 de la Ley de Viviendas de Protección Oficial (préstamos con interés), de donde se infiere que el préstamo concedido al reclamante se produjo al margen de la legislación especial sobre tales viviendas y, en consecuencia, no puede subsumirse en la exención antes citada, sin que, por otra parte, le pueda ser aplicado tampoco la exención prevenida en el número 67 del artículo 65, ya que el referido préstamo no se ha otorgado con cargo a los fondos destinados por disposiciones del Ministerio de Hacienda a la construcción y adquisición de viviendas y, por consiguiente, no puede considerarse concedido en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de Ordenación del Crédito y la Banca.

Contra el fallo precedente se interpuso recurso de alzada ante el Tribunal Central, manifestando que la exención prevenida en el número 63 del artículo 65 es de aplicación porque así resulta explícitamente de su texto, sin que la prevención del último párrafo del número 28 signifique nada en contra de esa conclusión, por lo que el Tribunal de Instancia ha confundido los «requisitos» establecidos por la ley con los «beneficios» concedidos, que son dos cosas distintas, insistiendo asimismo en que procedería igualmente la aplicación de la exención del número 67 del artículo 65.

El Tribunal Central, resolviendo en Segunda Instancia la reclamación entablada, acordó estimarla, anulando la resolución impugnada, así como la liquidación practicada.

«Considerando que hallándose concertado el préstamo hipotecario a que la presente reclamación se refiere el día 2 de junio de 1972, y habiéndose otorgado la calificación provisional de las viviendas en 13 de noviembre de 1971, es visto que el préstamo está solicitado, concedido y formalizado después de obtenida la calificación provisional y antes de obtener la definitiva, de donde se infiere que se cumplen los supuestos de hecho previstos por la norma declaratoria de la exención que se invoca.»

«Considerando que el Tribunal Provincial, al desestimar la aplicación de tal exención al contrato de préstamo cuestionado, se funda en que a las viviendas a que el expediente se refiere no se les ha otorgado el beneficio del apartado b) del artículo 8 de la Ley de Viviendas de Protección Oficial, o sea, el de recibir los préstamos con interés, que el mencionado precepto establece; pero es evidente que el artículo 65-1-63 del Texto Refundido del Impuesto no consagra una exención aplicable ex-

clusivamente a los préstamos del artículo 8, apartado b), de la Ley de Viviendas de Protección Oficial, que en la mayor parte de los casos estarían comprendidas en los números 65 y 66 del precepto anteriormente citado, sino que la exención es de aplicar, porque así se desprende de su claro tenor literal, a todos los préstamos hipotecarios solicitados antes de obtener la calificación definitiva, quedando condicionada a que las viviendas se construyan en el tiempo, forma y condiciones de todo orden exigidos por la legislación protectora, como en el caso examinado concurre.»

COMENTARIO.—El Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 17 de febrero de 1959, en su artículo 6.º, A), 59-c), concordante con el artículo 10-4 de la Ley de Viviendas de Renta Limitada de 15 de julio de 1954, condicionaba la exención para los contratos de préstamo hipotecario que se destinaran exclusivamente a la construcción de tales viviendas, a dos requisitos: a) Que el interés concertado no excediera del tipo que para esta clase de operaciones señalara el Ministerio de Hacienda, que lo fijó por Orden del 23 de julio de 1959 en el 5,50 por 100. b) Que el plazo de amortización no fuera inferior a diez años.

Posteriormente, el Texto Refundido de la legislación sobre Viviendas de Protección Oficial de 24 de julio de 1963, en su artículo 10, A), 5.º, vino a establecer una sola condición para la aplicación de la exención a tales préstamos hipotecarios: Que se soliciten antes de obtener la calificación definitiva de Viviendas de Protección Oficial, cualquiera que fuese la fecha de su concesión. Y consecuente con esta nueva regulación de la materia, la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964, en su artículo 146-62, sometió al mismo condicionamiento la concesión de la exención por Impuesto de Transmisiones, añadiendo, sin embargo, lo siguiente: «...con la limitación establecida en el último párrafo del número 29 de este artículo», conforme al cual: «La exención se entenderá concedida con carácter provisional y condicionada al cumplimiento de los requisitos que en cada caso exijan las disposiciones vigentes para esta clase de viviendas.» Y lo mismo vino a establecer sustancialmente el Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones de 6 de abril de 1967, en el número 63 de su artículo 65.

Como la legislación especial de Viviendas de Protección Oficial reguló los préstamos con interés—uno de los beneficios que, según el artículo 8 de la Ley de 1963, podrían concederse a través del Instituto Nacional de la Vivienda—, estableciendo un tipo de interés reducido, una cuantía máxima y ciertas exigencias en materia de garantías, pronto se planteó el problema, desde el punto de vista fiscal, de los requisitos que habían de reunir los préstamos hipotecarios para merecer la exención del Impuesto de Transmisiones. Para la Administración fiscal y para la generalidad de las Oficinas Liquidadoras, influidas, sin duda, por el precedente de la Ley de Viviendas de Renta Limitada de 1954, la alusión a que la exención estaba condicionada al cumplimiento de los requisitos que en cada caso exijan las disposiciones vigentes para esta clase de viviendas, se refería a los requisitos que para cada negocio jurídico exigen tales disposiciones y, por tanto, los préstamos hipotecarios únicamente podrían gozar de exención cuando «el beneficio del préstamo» fuera concedido expresamente y se ajustara, además, a lo establecido en la ley en cuanto a su cuantía, tipo de interés y plazo de amortización.

Pero este criterio no era unánime. Se entendía, por parte de los promotores de las Viviendas de Protección Oficial, que la redacción del artículo 146-62 de la Ley de Reforma Tributaria implicaba un nuevo criterio legislativo que abandonaba el anterior, o sea, el del Reglamento del Impuesto de 1959, que exigía, como vimos antes, un interés máximo del 5,50 por 100 y un plazo mínimo de amortización de diez años. Para los

defensores del segundo criterio, la remisión que el artículo 146-62 hacía al número 29 del mismo artículo no podía referirse sino a los requisitos legales que de oficio exige el Ministerio de la Vivienda para conceder la calificación definitiva de Viviendas de Protección Oficial.

Enfrentados ambos criterios en un caso concreto, la resolución del T. E. A. C. de 20 de noviembre de 1969 (que puede verse en el núm. 481 de esta Revista, de noviembre-diciembre de 1970, pág. 1612) optó por mantener el primero de los expresados criterios, confirmando la denegación de la exención a un préstamo en que el tipo de interés pactado era del 7 por 100 y, por tanto, superior al del 5,50 por 100, que era el autorizado a la sazón para estas operaciones.

La resolución del T. E. A. C. que ahora tenemos a la vista cambia la doctrina fiscal antes expuesta en los términos que resultan de los considerandos transcritos. Y creemos que este cambio ha venido motivado por la interpretación que el Tribunal Supremo, en su sentencia de 29 de septiembre de 1973 (véase en esta Revista, núm. 502, de mayo-junio de 1974, pág. 692), hizo del sentido que debe darse a la remisión que hace el número 63 del artículo 65 de la Ley del Impuesto al último párrafo del número 28 del mismo artículo. Dicha sentencia venía a resolver recurso contencioso-administrativo contra resolución del T. E. A. C., que había confirmado la del Tribunal Provincial, denegatorias ambas de la exención a un préstamo hipotecario cuyo tipo de interés y plazo de amortización no se ajustaban a lo establecido para los préstamos regulados por la legislación específica de Viviendas de Protección Oficial. La transcripción de los considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo nos releva de todo comentario.

Considerando que a la vista del articulado de la referida Ley de Viviendas de Protección Oficial, y especialmente de sus artículos 8 y 10, no cabe confundir entre estos dos preceptos: a) Exenciones y bonificaciones tributarias. b) Préstamos con interés, y al establecer el artículo 10, A), 5.º, que gozan de exención total del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales «los contratos de préstamo hipotecario que se soliciten antes de obtener la calificación definitiva de Viviendas de Protección Oficial, cualquiera que fuese la fecha de su concesión », no es lícita la interpretación que condiciona el otorgamiento de la exención a la concurrencia de los dos requisitos que establecía la legislación ya derogada, **NI TAMPOCO AQUELLA OTRA QUE PRETENDE LIMITAR EL BENEFICIO TRIBUTARIO EXCLUSIVAMENTE A LOS PRESTAMOS COMPRENDIDOS EN EL APARTADO B) DEL ARTICULO 8 Y ARTICULO 18 DE LA CITADA LEY, QUEDANDO EXCLUIDOS LOS LLAMADOS PRESTAMOS «LIBRES».**

Considerando que a la misma conclusión se llega a la vista del artículo 65/63 del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales de 6 de abril de 1967, ya que no recogen aquellas dos limitaciones de la legislación derogada, y la remisión que hace al último párrafo del número 28 del mismo artículo, según el cual, «la exención se entenderá concedida con carácter provisional y condicionada al cumplimiento de los requisitos que en cada caso exigen las disposiciones vigentes para esta clase de viviendas», no tiene otro alcance que el de proclamar la pérdida de la exención en el caso de no llegar a obtener la calificación definitiva o de incurrir en omisiones o defraudaciones determinantes de la descalificación.

LIBROS

CORTEZO, J.: *Situación jurídica de la mujer casada*. Editorial Montecorvo, S. A. Madrid, 1975.

La vanguardia editorial se mantiene a través de la publicación de temas de actualidad y calidad, y ésa la sostiene con singular prestigio Montecorvo ofreciendo libros como el que traemos a recensión, quizá de los primeros que se publican sobre la materia. Como dentro de los Centros Regionales de Estudios Hipotecarios se planteó rapidísimamente la problemática de las adquisiciones realizadas por la mujer casada, recuerdo que se me pidió bibliografía por algún conferenciante y sólo pude en ese momento ofrecer esta que ahora recensiono y el breve ensayo que hiciera LACRUZ BERDEJO.

La actualidad del tema ya es aliciente para introducirse en la lectura del trabajo monográfico que, parece ser, se gestó con anterioridad a lo que ha dado en llamarse «Año Internacional de la Mujer», en el cual aparece—como sabemos—la reforma de diversos artículos del Código civil y de Comercio. Con la misma, aparentemente, la mujer de hoy día avanza en la consecución de igualdades con el hombre, me refiero en lo jurídico, pues en lo demás—afortunadamente—hombre y mujer se siguen distanciando. A poco que uno sienta curiosidad y tenga dotes de observación, se habrá dado cuenta de que aún sigue habiendo diferencias, incluso «posicionales». Los atuendos, es verdad, van siendo uniformes, como si se sintiera vergüenza de parecer mujer (sentimiento que algunos clérigos, por ejemplo, han debido padecer al despojarse de sus habituales distintivos), pero hay algo que sigue revelando su feminidad. Poneos a la puerta de cualquier Colegio, de cualquier Facultad, de cualquier Academia, y veréis que en el tropel de chicas jóvenes que salen o entran, la mayor parte de ellas van *abrazadas*, maternalmente abrazadas a sus libros, sus carpetas, sus bolsos. Llevan pantalones, pero van abrazadas. Protegen amorosamente esa ciencia, esos apuntes, esas notas de sus posibles estudios. En la época de la «costera» del seno al aire, ellas lo protegen con su ciencia. No sé si luego se seguirán abrazando en sus ratos de ocio, pero externamente ese gesto maternal sigue por ahora diferenciando a los dos sexos. La proyección de esta diferencia—por muy insignificante que sea—debe notarse en lo jurídico.

Totalmente distinto es el criterio que mantiene RUIZ-JIMÉNEZ en el prólogo de la obra que aquí comentamos. Anticipo que es un prólogo muy pensado, muy elaborado y muy bueno, donde al evocar la Universidad, se siente su inmediata cercanía; donde al pronunciarse por el tema, se nota su gran rebelión («Uno de estos cambios, en lo que a España concierne, consiste en desarraigar las desigualdades sociales que aún persisten entre las personas humanas de uno y otro sexo»), y donde al pronunciar la palabra justicia, le sale a flote el de la igualdad. No obstante, en ese prólogo, en el que se dibuja claramente la sociología de la obra y su carácter expositivo o narrativo, el autor del mismo se contagia inevitablemente de ciertas expresiones que repetidas machaconamente en ciclos evolutivos resultan poco convincentes o serias, jurídicamente hablando.

Es un mal de nuestros tiempos. Los medios de difusión llegan a todas partes y puesta en circulación una palabra, ésta se repite desde el portero del Ministerio hasta el Ministro del ramo, luego llega a las reuniones sociales, hasta que el acento popular le quita valor y eficacia. Se parece un poco a la evolución de la moda femenina. Recuerdo con auténtica pesadilla aquellas entrevistas televisivas en las que grupos de mujeres —altas, bajas, guapas, feas, jóvenes o maduras, de profesión o sin ella— repetían que su función en la vida era la de «realizarse», sin saber lo que eso significaba. Luego apareció la palabra «liberación», y se ofreció a la mujer la categoría de «liberada», como si de un miembro de la ETA se tratase. Por último, otra palabra que está de moda o ha estado de moda —en apoyaturas económicas—y empleada en el campo de la feminidad fue la de la coyuntura. Algunas de ellas se adhieren al prologoista en esas cuartillas donde puso su pluma y él confiesa que le arañan y suele romperlas una y otra vez. Ahora circula otra que se hará popular dentro de poco: la «fiabilidad». Es aplicada al sufragio popular (al pueblo, no a los del pueblo), pero que proyectada sobre la mujer puede dar lugar a que ésta, realizada, liberada, pueda ser considerada como coyunturalmente «fiable».

La obra, estructuralmente hablando, se divide en dos partes, destinadas, respectivamente, al problema de antecedentes, fundamentos y principios de la reforma, así como al examen concreto de los supuestos reformados. Lleva un prólogo y el autor explica en su introducción las razones de su exposición. En materia de índices lleva uno sumarial al comienzo y otro bibliográfico al final. Carece de índice de materias, pero lleva un epílogo donde el autor explica, como a través de las «bases» que añade a cada capítulo, su deseo de que la reforma no se paralice en esta realizada en un Dos de Mayo de 1975. El Dos de Mayo de la mujer española.

A) *Primera parte.*—De mi acusado sentido crítico pudiera deducirse una especie de «antifeminismo», cuando debo confesar que mi única aspiración a un cargo «semipúblico» fue para defender los derechos de unas pobres huérfanas frente a una Mutualidad, cuando yo—porque Dios así lo quiso—no tengo descendencia femenina. Esta circunstancia aséptica puede minorar mis comentarios, pues en ellos lo que quiero hacer patente no es que sea contrario a la igualdad jurídica entre hombre y mujer —aparte de que eso es un difícil logro—, sino la «falta de clase» en esa lucha.

Esta primera parte recoge, de un lado, los antecedentes y fundamentos en que el autor se apoya para defender la igualdad jurídica entre los cónyuges, finalizando con una especie de principios en los que se funda la reforma.

El trabajo de antecedentes doctrinales—sociológicos, morales—se basa en citas que apoyan la postura del autor, aunque entiendo que hubiera sido más brillante y más difícil partir de los contradictores para destruir sus tesis y edificar la propia. En los antecedentes legislativos se eligen aquellos que más relevancia ofrecen a la tesis del autor, aunque honradamente creo que esa institución «matriarcal» de los gananciales (incluidos los que se concedían a las luego vilipendiadas barraganas por las «costumbres holgazanas») queda silenciada. El autor, sin embargo, en su tercer punto, al combatir la teoría de la *unidad de dirección*, acepta las premisas de sus defensores para luego hacer su ataque y negar la obediencia de la mujer y la licencia marital. Es curioso cómo antes, a cambio de la obediencia, había protección, y ahora se concede a la mujer el derecho de «protección» al marido, y a cambio se le impone a éste el «respeto» a su mujer. Recuerdo que al reformarse hace años el artículo 1.413 del Código civil, la doctrina dominante impuso—contra mi criterio—la equi-

paración entre el «consentimiento *uxoris*» y la licencia marital, y ahora, al desaparecer ésta, queda sin fuerza la argumentación. ¿Sigue siendo licencia? Pues parece que sí ante el artículo 65, aunque lleve el nombre de «consentimiento».

El autor señala una serie de principios partiendo del de la «unidad de dirección», que se rechaza en algunos casos, pero se mantiene en otros. He sido contrario al «parqueo» legislativo, pues esos hombres y mujeres, buenos padres y madres de familia, cuando acuden a las Comisiones legislativas no están preparados para poder contemplar toda una legislación tan complicada como la nuestra; así resulta que al autor le parece correcto que ninguno de los cónyuges puede ostentar la representación del otro, y entonces se deduce que las compras hechas por mujer no administradora sin consentimiento del marido y sin poder ostentar su representación no pueden vincular a la sociedad de gananciales (el caso es un juego claro de lo que disponen los artículos 59, 63 y 1.416 del Código civil, los dos primeros nuevos y el último antiguo). Y no digamos nada de la enmienda que firmaba la señorita LANDABURU en torno a la dote estimada e inestimada, la cual puede verse en la nota del ensayo de LACRUZ BERDEJO.

Dos capítulos más dedica el autor, como antes hemos apuntado: uno sobre los fundamentos de la igualdad de los cónyuges (recorriendo el Derecho comparado, la doctrina de la Iglesia, los aspectos sociológicos, la dignidad de la mujer y la institucionalización de la igualdad) y otro sobre los principios de su teoría (igualdad jurídica plena entre cónyuges, entre padre y madre, para ejercer la patria potestad y procedimiento para resolver esas cuestiones).

B) *Segunda parte.*—En esta parte el autor examina los casos concretos de la reforma, las razones de la misma, finalizando cada capítulo con unas «bases», en las que propugna futuras modificaciones. La materia podría esquematizarse en tres grandes puntos: personales, patrimoniales y procesales.

- *Personales.*—Se ocupa del problema de la capacidad para contraer matrimonio, lo relativo a hombres y apellidos, nacionalidad, obediencia y licencia marital, domicilio y patria potestad.
- *Patrimoniales.*—Se estudian las capitulaciones matrimoniales, los gananciales, el derecho de las llaves, los parafernales, la dote y la administración de la esposa.
- *Procesales.*—Se citan y exponen los problemas en torno a los órganos y procedimientos para resolver los desacuerdos entre los cónyuges, la tutela, el trabajo de la mujer casada, los tipos penales, la capacidad procesal y las causas de nulidad y separación.

Sería excederme de los límites que la recensión debe tener detenerme en cada uno de los puntos en que el autor va exponiendo las bases de una reforma futura. Creo que el trabajo, en su doble aspecto de *exposición* de la reforma y la situación anterior, así como las diferencias, ofrece también el de las *sugrencias* como posibles ideales a conseguir. Respetando toda la gran labor que supone adelantarse a una posible reforma, entiendo que hubiera sido de mayor contribución el de la formulación del principio y la realización práctica dentro del texto del ordenamiento, con derogaciones, supresiones, modificaciones y alteraciones de todo su articulado.

Digo esto porque, por ejemplo, el punto 6 o base sexta, que sigue al aspecto patrimonial apuntado, dice que: «Para los contratos referentes a los bienes gananciales, cualquiera de los cónyuges podrá otorgar mandato a favor del otro, pero su validez máxima será de tres años; la prórroga del mismo habrá de ser expresa dentro del mes anterior a la

expiración de dicho mandato.» Si meditamos un poco entre este punto y el anterior—en que el autor sostiene la necesidad de un *mandato tácito* para la administración y disposición de bienes gananciales—resultaría, de una parte, que habría que excluir del punto 6 los actos dispositivos, quedando reservados para los «adquisitivos», debiendo derogarse toda la teoría de la revocabilidad del mandato y su extinción, así como la actual redacción del artículo 63. Al contraponer actos de administración y disposición, los que matizan «purezas» doctrinales podrían muy bien ofrecer serias objeciones entre el mandato tácito y el expreso, pues todo «contrato referente a bienes gananciales» podría muy bien entrar en los actos dispositivos.

Resulta bastante difícil maniobrar con un Código muy bien pensado, tratando de adaptarlo a las nuevas maneras y corrientes. El «Año Internacional de la Mujer» precipitó políticamente una reforma sin madurar, y si cuando se publicó el Código civil todos sabían la contradicción existente entre los artículos 759 y 799, luego han ido contemplando la desgraciada redacción del artículo 841 en el año 1958 y las tristes consecuencias de la de 1975, con esa constante contradicción entre artículos nuevos y viejos. Quizá ellas estén tan satisfechas, pero esto no pasa de ser un buen «piropo» sin más repercusiones.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

DE LA CÁMARA ALVAREZ, M.: *Reflexiones sobre la filiación ilegítima en Derecho español*. Editorial Tecnos. Madrid, 1975.

A nadie se le oculta que la publicación que traemos hoy a recensión es o constituye el texto que el autor dijo, o mejor, leyó el día de su investidura como Académico de número de la Real de Jurisprudencia y Legislación. Por eso quiero copiar de una de las portadas del libro el propósito que sintetiza la idea del autor para luego contar la anécdota.

Dice esa portada: «Este libro responde a un propósito bien definido: establecer los presupuestos que, a juicio del autor, deben constituir la base de una reforma, prudente y equilibrada, de nuestro Derecho en materia de filiación ilegítima. Existe hoy un consenso, casi unánime, sobre la necesidad de que nuestra legislación sea modificada. No es sólo que la misma ni siquiera responde, en algunos puntos de vital importancia, a la tradición jurídica española, sino que repugna a la conciencia social, en la hora presente, que los hijos estén sometidos, por razón de su origen, a discriminaciones tajantes y radicales. Si bien la necesaria protección que es debida a la familia legítima obsta a la equiparación completa entre los hijos matrimoniales y los que no lo son.»

El ambiente era tenso, el hemiciclo estaba lleno. Llovía en la calle. El conferenciante me daba la espalda, pero el que había de contestarle lo tenía de cara. Era preciso saber más las reacciones del que iba a contestar, que los alardes expositivos del recipiendario. DE LA CÁMARA leía su discurso con la misma elegancia expositiva que las posturas que adopta jugando al tenis. Cuida el gesto, como cuida la postura. FUENMAYOR, vestido de negro y con el solo adorno de su alzacuellos blanco, apretaba los labios en un alarde democrático de contención parlamentaria. De cuando en cuando tomaba unas pastillas sacadas de un estuche, mientras escuchaba atento y vigilante la lectura del discurso. Si entre conferenciante y contestatario no hubiera habido un espacio que el estrado de la Aca-

demia impone, alguien hubiera dicho que se trataba del sacramento de una confesión. Y cuando todos esperaban la absolución, el Ministro del Señor, con el gesto dulce y la mirada serena, le decía al conferenciante: «Los hijos ilegítimos son, por definición, hijos nacidos fuera del matrimonio o contra el matrimonio. Olvidar este dato llevaría consigo consecuencias aberrantes, que sólo podrían encubrirse con la capa de un superficial sentimentalismo. Debe, pues, dejarse sentado con toda claridad que la negativa a la equiparación entre las diversas clases de hijos no es fruto de prejuicios de una época, sino algo muy profundo, pues tiene en su respaldo toda una concepción de la familia basada en el matrimonio monógamo y estable.»

Con las naturales diferencias, la escena podía tener cierta comparación con la que CASTELAR, el tribuno del «Dios es grande en el Sinaí», sostuvo con MANTEROLA sobre la libertad de cultos. ¿Quién de los dos tuvo razón? ¿Quién de los dos va a tener razón?

Reseñado el momento histórico o la escena histórica del discurso, se hace necesario descender a lo que el estudio monográfico ofrece. Estructuralmente, la obra consta de un índice sumarial, en el cual se reflejan las cuatro partes de que se compone el estudio: una introducción, el establecimiento de la filiación ilegítima, los efectos de la misma y una recapitulación final. Le sigue un índice bibliográfico de autores y carece de índice de materias. El trabajo es serio, documentado, claro y bien intencionado. Descubrir a estas alturas el fondo y la forma de MANUEL DE LA CÁMARA sería una pretensión inútil. Ajustamos esta recensión a las fases del trabajo.

A) *Introducción.*—Explica el autor los dos grandes principios en que se ha fundado el Derecho tradicional en materia de filiación ilegítima: la llamada investigación de paternidad presidida por un criterio liberal y el principio de jerarquía de filiaciones.

Frente a ello va estudiando la evolución posterior, las soluciones que se van dando en el Derecho comparado y las razones que justifican el nuevo planteamiento. Para el autor, se trata de buscar una fórmula de compromiso que permita mejorar razonablemente la condición jurídica del hijo nacido fuera del matrimonio, sin que ello haga peligrar gravemente la seguridad de la familia basada en la unión conyugal. Para encontrar esa fórmula hay que empezar por el principio. Y puntualizar cuáles son los derechos que, como mínimo, hay que conceder al hijo ilegítimo, dando por supuesto que su condición de hijo, a secas, no puede quedar marginada por la ilegitimidad de su origen.

B) *Establecimiento de la filiación ilegítima.*—En sus considerandos generales sobre el tema, el autor dice que puesto que la filiación debe quedar legalmente establecida para que el hijo pueda invocar sus derechos, y visto que no se le permite, salvo en los casos excepcionales que pueda probar libremente que un hombre determinado es su padre, parece claro que la filiación, como hecho jurídico, no queda completa mientras no haya tenido lugar un acto (o serie de actos) del padre de los que resulte, expresa o tácitamente, que el autor de los mismos se considera como hijo. Sin embargo, el reconocimiento o la sentencia que lo confirma no son el acto del cual derivan exclusivamente los derechos del hijo ilegítimo. Concluye el autor diciéndonos: los efectos de la filiación ilegítima no vienen configurados por la voluntad del que reconoce. Esta se concreta a dejar establecida la paternidad (o la maternidad). Cuáles sean sus consecuencias depende exclusivamente del Ordenamiento jurídico, que las impone imperativamente en vista de la clase de filiación de que se trate.

El estudio se extiende en las dos vertientes que la materia exige y que

vienen determinadas por el reconocimiento formal y la declaración judicial de la paternidad. Es claro que en el primer punto se tocan las materias de los casos en que puede darse el reconocimiento y que exigen un casuismo muy determinativo. En el segundo, después de estudiarse el sistema español, se aborda el del Derecho comparado y su proyección en el Derecho internacional y en el interregional.

C) *Efectos de la filiación ilegítima*.—Para el autor es preciso partir de una idea sencilla, cual es la de que los derechos del hijo ilegítimo no deben concretarse sin tener en cuenta el trastorno que su incidencia causa a la familia de sus progenitores, siendo preciso en todo caso tomar en consideración la situación familiar de cada uno de ellos. «Creo—dice el autor—que si se aspira a lograr una reglamentación justa, no deben desatenderse las especialidades del caso concreto, partiendo de fórmulas flexibles que habrán de servir al intérprete de guía y orientación para resolver las hipótesis que hayan escapado a la previsión legislativa.»

Parte también del principio de divisibilidad de la filiación, esto es, de que las relaciones jurídicas de la procreación serán distintas según se atienda a su filiación paterna o su filiación materna. O lo que es lo mismo, hay que partir de dos *status filii* diferentes en función del estado civil de cada uno de sus padres.

En el examen concreto de los efectos desciende el autor a la distinción entre la filiación natural y la ilegítima no natural, subdividiendo en esta última la exposición en filiación adulterina e incestuosa, pues para el autor estas dos clases de filiación son diferentes, aunque el Derecho actual no haga distinciones, pero tanto el intérprete como el legislador futuro debe hacerlas.

D) *Recapitulación final*.—El autor vuelve a repetir sus ideas centrales sobre el problema. Ningún hijo ilegítimo puede ser titular de un verdadero *status familiae*, ya que en la familia, so pena de subvertir su concepto y su fundamento, no se puede entrar por la puerta falsa. En cambio, no se puede privar al hijo ilegítimo, una vez que su filiación ha quedado establecida, del *status filii*.

Si siempre ha habido y habrá hijos ilegítimos, porque en el mundo no se puede aspirar a la perfección, encontrar el remedio para combatir el mal es tarea que corresponde a los moralistas, a los sociólogos y también a los políticos. «Los estudiosos del Derecho—concluye el autor—hemos de conformarnos con buscar soluciones justas para supuestos no queridos, pero irreversibles. En presencia de estos supuestos es lícito afirmar, aunque la frase suene a paradoja, que el Derecho de familia empieza cuando la familia se acaba.»

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley del Suelo*. Editorial Civitas, S. A. Madrid, 1976.

Para que el lector pueda hacerse una clara idea de lo que la obra que traemos hoy a recensión representa, quiero contar una pequeña anécdota en torno a la misma que va a dar la medida de su dimensión utilitaria. Por estas cosas que uno tiene, en la razón de la sinrazón, acepté pronunciar una especie de charla en el Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña, de donde, sin una causa lógica, me habían nombrado director del

mismo. El tema que había elegido era algo así como los aspectos del tráfico inmobiliario dentro de la novísima Ley del Suelo. Los días pasaban demasiado rápidos y simultáneamente mis conocimientos urbanísticos de la nueva norma eran cada vez más escasos. Una llamada telefónica, una promesa cumplida de entrega de ejemplar «caliente» y un respiro del futuro conferenciante fueron todo uno.

En esa charla o conferencia a que aludo expuse mi posición frente a la legislación del suelo, contando un fabuloso pasaje que leí no hace mucho en ese curiosísimo libro de ALVARO CUNQUEIRO que lleva por título *Tertulia de boticas y escuela de curanderos*. Contaba dicho autor—con el estilo inimitable que le caracteriza—algo sobre cierta enfermedad que solían padecer los traductores de Toledo. Esta enfermedad era la del llamado «ojo loco» u «ojo de ida», nacida de la lectura de derecha a izquierda cuando andaban con textos árabes, lectura a la que no estaban acostumbrados por haber sido educados en la latina, de izquierda a derecha. Cuando llevaban varias horas de texto arábigo, les era imposible pasar al texto latino, porque el ojo quería seguir leyendo de derecha a izquierda, y en vez, por ejemplo, de *per omnia saecula saeculorum*, leían *muroluceas aluceas ainmo rep*. El remedio consistía en colocar una pestaña de oro en el final derecho del párpado superior, y la dicha pestaña de oro se deslizaba por un hilo enebado, tirado por otro, como si fuera juego de cortina, y así se llevaba la mirada a donde se quería.

Pues bien, a mí frente a la Ley del Suelo me sucedía algo parecido a lo que les pasaba a los traductores de Toledo: se me ponía el «ojo loco» o el «ojo de ida», cosa que también he comprobado en mis visitas al pueblo de Lerma, en la provincia de Burgos, pues al subir la cuesta que da acceso a la plaza en la que se contempla su maravilloso palacio siempre leo un letrero que anuncia una «Droguería» llamada ONIFUR, y lo curioso es que al bajar es el ojo derecho el que mira y leo «Droguería RUFINO». Arábigo al subir y latino al bajar.

La anécdota tiene su corolario, pues a la hora de valorar la publicación recensionada quiero compararla con esa «pestaña de oro» que se desliza por el hilo enebado, llevando mi mirada al sentido latino, pudiendo así comprender todo lo que dice, cómo lo dice y lo que deja por decir la Ley del Suelo. Creo que ése es el justo valor crítico que la obra merece, pues con la legislación del suelo no se soluciona todo con subir y bajar como por la cuesta de Lerma, aquí hay que utilizar este imprescindible medio de trabajo que artículo por artículo y párrafo por párrafo GONZÁLEZ PÉREZ nos va comentando y aclarando. Es más, hay determinados artículos que por la rápida transcripción que se ha hecho en el Texto Refundido aparecen con ciertas erratas, y éstas son salvadas con toda elegancia por el autor haciéndonos comprensible cosa que parecía no tener sentido.

GONZÁLEZ PÉREZ ya había publicado esta obra en otra versión ajustándose a la primitiva Ley del Suelo o a su texto inicial, que con ser completísima, no alcanzaba los grandes niveles que en ésta se consiguen. Hay que tener en cuenta que el autor, al filo de la Ley de Reforma y del Texto Refundido, así como de los anteproyectos de reforma, participa en conferencias, abre coloquios, resuelve asuntos en su despacho y escribe artículos sobre el tema. A la experiencia de la aplicación de la primitiva ley va a unirse ahora una madurez de conocimientos que facilitan enormemente el comentario fluido, claro y abierto de esta nueva versión del urbanismo.

Al haber sido diversos y profundos los cambios realizados, el símil comparativo con los «anteriores» comentarios no nos sirve, aparte de que sería muy difícil ir puntualizando lo que es nuevo y lo que en el fondo persiste. De todas formas, y aunque no lo he comprobado, creo

que la obra se ha vuelto a escribir de nuevo. Y una obra con 1.400 páginas cuesta mucho escribirla cuando la materia aún está caliente en las páginas del *Boletín Oficial*.

Estructuralmente se ajusta al articulado de la ley, que se va desmenuzando y clasificando en el sumario inicial de la misma. Abre la publicación una tabla de abreviaturas empleadas y las tres exposiciones de motivos que preceden a los textos habidos: la Ley de 1956, la de 1975 y el Texto Refundido de 1976. Se recoge la tabla de vigencias de normas y otra de concordancias entre el Texto Refundido, el de 1956 y el de 1975. Por último, se acompaña un índice analítico de materias, sin el cual quien intente penetrar en ese inmenso bosque de preceptos urbanísticos se pierda con toda seguridad.

Capítulo aparte merece el comentario de la bibliografía. No se recoge la bibliografía empleada en un índice final, quizá para abreviar o no hacer más voluminosa la obra, pero es una gran pena que no se haga así, pues hubiera sido un gran elemento de trabajo. Digo esto porque al comentar cada uno de los artículos se agolpan en forma casi exhaustiva los trabajos citados y las obras consultadas. Es portentoso el alarde bibliográfico que contienen las notas, donde no solamente demuestra el autor estar «al día», sino haber leído con detenimiento todos y cada uno de los trabajos citados. Lo digo como parte interesada. El comentario que puede hacerse de la obra, desmenuzada en sus partes principales, es difícil, pues creo que el autor ha llegado a cierto equilibrio entre la parte más trabajada por él con anterioridad y la que se le ofrece como materia de nueva contemplación. A mí me gustaría traer a este escenario de la recensión el doble carácter que el autor de la obra ofrece: la de militante en el Derecho privado y la de ejerciente en el campo del Derecho público. ¿Por cuál de ellas se inclina? Resulta difícil pronunciarse en un sentido o en otro, pero creo adivinar que la gran formación privatística que el autor ostenta es la base para poder defender posturas un tanto atrevidas frente al Derecho privado. Sólo quien ha entendido, comprendido, estudiado y profundizado en ese Derecho está, en principio, capacitado y legitimado para poder opinar sobre la influencia que el Derecho público urbanístico ha podido tener sobre el privado. Es curioso que la inversa no suele aportar nada racionalmente aceptable.

Sin perjuicio de valorar en forma genérica las partes de la obra, me gustaría destacar aquellas en las que el autor vuelca todo su impresionante conocimiento y dominio de la materia. Donde la obra cobra verdaderas alturas, que lindan con el trabajo monográfico, en mi apreciación subjetiva, son las que se dedican al «planeamiento» urbanístico, cosa que no debe extrañar al lector, pues el autor ya había anticipado un estudio amplio y preciso sobre la materia. Igualmente cabe incluir el tema de la expropiación forzosa, el de parcelaciones y reparcelaciones, derecho de superficie, edificaciones forzosas, infracciones urbanísticas y acciones y recursos. Todos ellos estudiados por el autor en trabajos independientes, que ahora le sirven de gran base para ofrecer la claridad precisa.

Como colofón de este comentario cabría añadir que el práctico, el teórico, el inquieto, el curioso y el pacífico en este campo urbanístico tienen en este estudio las soluciones que su complejidad exige. Es difícil alcanzar metas tan altas como el autor ofrece en ésta, su obra fundamental.

No hay que predecir singladuras de discusión de este libro. El sólo va a ir abriendo, como la quilla de un barco, esos caminos nuevos que aseguran conocimientos. Quizá, y esto puede ser importante, la situación política española puede llevar a los partidos a la programación de un esquema sobre las materias urbanísticas y el libro, la ley y el posible

reglamento queden quietos hasta que el autor, en un nuevo alarde publicitario, nos brinde una nueva versión de lo que puede ser en un futuro el tan discutido Derecho urbanístico.

JOSÉ MARÍA CHICO Y ORTIZ

INSTITUTO NACIONAL DE REFORMA Y DESARROLLO AGRARIO: *Comentarios a la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario*. Serie «Estudios Monográficos», núm. 3. Un tomo, 320 págs. Madrid, 1976.

Convocadas por el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, presidido entonces por ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, y en colaboración con la Asociación Española de Derecho Agrario, se celebraron en Madrid, del 25 de noviembre al 7 de diciembre de 1974, las Jornadas Nacionales de Derecho Agrario, en las que se estudiaron las diversas materias, que quedaron incluidas bajo el tema genérico de «La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario y la realidad jurídica agraria».

El IRYDA, poniendo una vez más en práctica la feliz fórmula de la simbiosis entre Agricultura y Derecho, que le ha deparado no pocos aciertos en sus actuaciones, consiguió reunir en dichas Jornadas, por un lado, a eminentes juristas, teóricos y prácticos, junto a ingenieros, sociólogos y economistas, y, por otro, a empresarios, hombres de campo y personas interesadas en la viva problemática rural.

En primer lugar, se dieron una serie de conferencias, magistrales de contenido y exposición, que, a pesar de ser 13 en número, no trajeron «mal fario», sino que interesaron vivamente a la concurrencia, respondiendo con creces a la expectación que su anuncio había despertado.

Hay que resaltar también la obra realizada en aquella ocasión por los Letrados del IRYDA, que, esparcidos por todas las provincias de España, presentaron interesantísimos estudios y comunicaciones formulados en base a la realidad jurídica de sus regiones, a las que conocen bien porque en ellas trabajaban día a día, pisando incluso el suelo labrantío. De ahí la vida que se respira en dichos trabajos, constituyendo un material de primera mano para si algún día se pudiese llevar a cabo lo que BALLARÍN llamó el «mapa nacional agrario», reflejo de nuestras instituciones jurídicas, legales o consuetudinarias, en la Agricultura y la Ganadería.

Las ponencias de otros asistentes, junto con las anteriores, origin siempre de vivos debates que ponían de manifiesto el interés suscitado, merecen también la publicación, que esperamos en el futuro, tras ordenarlas y sistematizarlas.

De momento, el IRYDA, en el tomo 3 de su «Serie monográfica», publica las conferencias, aunque no todas, ya que por diversas causas sólo se recogen diez; con ello se merma el contenido total del ciclo, aunque quizá se tranquilicen los supersticiosos. Es lástima que falten *Régimen de las aguas en relación con la reforma y el desarrollo agrario*, de SEBASTIÁN MARTÍN RETORTILLO; *Régimen de los montes en relación con la reforma y el desarrollo agrario*, de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, y la conferencia de clausura, de ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, el maestro pausado y profundo, que embelesó a la asistencia, como él sabe hacerlo, con el tema genérico, pero intensísimo, *El Derecho agrario*.

Vamos a resumir las conferencias que se contienen en este libro:

1. *Proceso formativo de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario*, por EMILIO LAMO DE ESPINOSA Y ENRÍQUEZ DE NAVARRA.

Por su calidad de Presidente de la Comisión de Agricultura de las Cortes Españolas, por tanto, con intervención personal, expuso con autoridad innegable el largo proceso legislativo, que culminó en el Decreto 118, de 12 de enero de 1973, por el que se aprobó el texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.

En primer lugar, estudia las disposiciones que se recogen en el nuevo texto, señalando las personas que intervinieron en la elaboración de dichas leyes y la participación de las Cortes en las mismas.

Después examina el origen de esta ley, los anteriores intentos de refundición y los condicionamientos legales y administrativos que la motivaron, haciendo un repaso de las normativas de Colonización, Concentración Parcelaria y Ordenación Rural, para terminar con las notas o principios que han presidido su compilación y armonización.

2. *Los procedimientos de Concentración Parcelaria, ordinario y de carácter privado, en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario*, por JUAN JOSÉ SANZ JARQUE.

El Catedrático de Derecho agrario y Sociología de la Universidad Politécnica de Madrid hace aquí un estudio de esta institución ceñido al texto legal vigente, tocando en especial los aspectos referentes a la finalidad y objetivos de la Concentración Parcelaria, su procedimiento ordinario y el de carácter privado, concluyendo con el régimen legal de la propiedad resultante de la Concentración, la que debe ser protegida para que se conserve en lo jurídico y agronómico esta mejora evidente del campo.

3. *Líneas generales de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario*, por FRANCISCO GÓMEZ y GÓMEZ-JORDANA.

El Jefe de la Asesoría Jurídica del IRYDA, tras hacer una referencia a su génesis, entra en el estudio del rango de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, manteniendo que no es un simple «texto refundido». Según él, es un nuevo cuerpo legal con todas las consecuencias que ello comporta, principalmente la de que no podrán en lo sucesivo invocarse frente al mismo las numerosas leyes cuyo contenido ha quedado incorporado y cuya derogación, después de promulgado el nuevo texto, debe considerarse definitiva. Aduce en defensa de su tesis la disposición adicional 4.ª de la Ley de creación del IRYDA de 21 de julio de 1971, que permitía la modificación o supresión en el nuevo texto legal de las normas antes vigentes que supusieran obstáculo para la sencillez, claridad y armonía del sistema, y, por tanto, tales modificaciones tendrán fuerza de ley aun habiendo sido introducidas por el Gobierno, ya que éste puede regular materias de la competencia de las Cortes si una ley le autoriza expresamente, conforme a los artículos 21 de la de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 4 de la Ley Orgánica del Estado.

Buen conocedor del terreno, hace un repaso del contenido de la nueva ley, señalando con acierto los retoques o concordancias y los aspectos más dignos de atención.

4. *La conservación de las unidades agrarias en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario*, por MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS.

Recoge, en primer lugar, el vario panorama existente en la legislación agraria española, donde junto a una norma genérica constituida por la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo de 15 de junio de 1954, se podían contemplar como reglas especiales las de Concentración Parcelaria, que trataban de evitar se repitiese la excesiva división y dispersión de las fincas, y, por otro lado, la legislación de Colonización, con distintos régi-

menes para las diversas unidades constituidas por las tierras adjudicadas (explotaciones familiares o comunitarias, huertos para obreros, los no vividos patrimonios familiares, etc.). Si a este conglomerado se añade la *non nata* Ley de 14 de abril de 1962, que pretendió crear las llamadas explotaciones familiares, era explicable la conveniencia de ordenar debidamente el sistema, tal como se ha acometido en la nueva ley, con lo que se ha tratado de conseguir «la máxima claridad, sencillez y armonía», aunque, a nuestro modo de ver, se ha ido algo lejos en el ansia de uniformismo. En efecto, las normas de la antigua Ley de Concentración Parcelaria, que señalaban la nulidad total y absoluta de las fragmentaciones de fincas concentradas, estaban justificadas por múltiples razones económicas y jurídicas, que en otras ocasiones hemos expuesto; su derogación «por olvido» deliberado, omitiéndolas simplemente en el nuevo texto legal, nos parece un desacierto lamentable; pero así es la ley y a ella hay que ceñirse.

Expuso PEÑA, como se refleja en el libro, el ámbito legislativo del nuevo sistema, tanto respecto a las unidades abstractas como de las distintas unidades concretas que se contemplan en la ley, con especial referencia al tratamiento registral de estas restricciones dominicales. Estudió con detalle la posible aplicación a estos supuestos del artículo 26 de la Ley Hipotecaria, para concluir que estamos más bien ante un caso de aplicación del régimen general de circunstancias que deben expresarse, según los artículos 9 de la Ley y 51 del Reglamento Hipotecario, en la inscripción del dominio sometido a un estatuto especial; aquí, según PEÑA, las prohibiciones de disponer forman parte del derecho inscribible, afectan a su naturaleza y extensión y configuran su contenido y ejercicio, por lo que deben aparecer en la inscripción.

5. *Régimen de tierras en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario: La sucesión «mortis causa» del concesionario de tierras de reforma agraria*, por AGUSTÍN LUNA SERRANO, Catedrático de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Muy valiosas y numerosas son las aportaciones del profesor LUNA en materia jurídico-agraria, desde su tesis doctoral sobre los patrimonios familiares hasta la que ahora resumimos.

Sabido es que el sistema de la adjudicación de tierras por el IRYDA tiene dos momentos bien diferenciados: uno inicial, llamado de concesión, y otro posterior, de otorgamiento del dominio. La sucesión del titular, aunque sea en período ya de dominio, no se rige por el Código civil o legislación foral que fueran aplicables, sino por normas especiales que se anteponen, por razón de las especiales características de indivisibilidad y conservación del lote adjudicado. Y estas razones se multiplican cuando ocurre el fallecimiento en el período inicial de pendencia que supone la concesión, pues si ésta no es más que un lapso de prueba de la aptitud del concesionario para llevar la explotación, es lógico que se procure la selección del futuro empresario que reúna las mayores probabilidades de acierto, de entre los miembros de la familia del causante, si fuere posible.

Este es el interesante aspecto contemplado por LUNA, que estudia la compleja situación en que se encuentra el titular de la concesión, ya que entre éste y el IRYDA existía una relación que no es puramente patrimonial, sino tendente también, y sobre todo, a comprobar la aptitud empresarial de aquél y la efectividad del cumplimiento de las obligaciones, que la ley concreta en su artículo 30: Ser empresario de la explotación, cultivarla personalmente, observar las normas de laboreo formuladas por el Instituto y tolerar las obras previstas en los planes de la zona. De aquí que la hacienda agraria organizada por el adjudicatario es una *universitas iurium*, una universalidad formada por un complejo, no de bienes, sino más bien de relaciones jurídicas. De aquí se deducen los caracteres de tal sucesión:

no es una nueva concesión, sino un subingresso a título derivativo por causa de muerte; es una sucesión extraordinaria o anómala, en cuanto es más importante el desenvolvimiento eficiente en la explotación que el hecho de que ésta continúe dentro del ámbito familiar del causante, por lo que el mecanismo sucesorio se rige por normas que ya no sólo se anteponen, sino que excluyen a la regulación civilista ordinaria, por lo que el artículo 32 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario señala un orden específico en la interesante sucesión universal en la concesión de tierras del IRYDA.

6. *Derecho agrario y Derecho público*, por SEBASTIÁN MARTÍN RETORTILLO, Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad de Barcelona.

De entrada se contempla el debatido tema de si el Derecho agrario es o no independiente, cuestión que ya fue planteada desde el punto de vista histórico y metodológico, llegándose a la sensata conclusión, con gran parte de la doctrina, de que no se trata tanto de la autonomía de una determinada rama del ordenamiento jurídico cuanto del reconocimiento de su especialidad.

Dentro de esta especialización, se ha configurado el Derecho agrario en torno a los derechos sobre la tierra, el derecho del agricultor, el de la empresa agraria o el de la reforma de la Agricultura; en definitiva, se hace girar en torno a los problemas derivados de la tenencia de la tierra, bajo un prisma iusprivatista. Sin embargo, según MARTÍN RETORTILLO, por muy importante que sea este aspecto, no se puede desconocer que el Derecho agrario se refiere a un sector económico; junto a la regulación jurídica está la ordenación global que hace la Administración de la Agricultura, bien modulando las distintas actuaciones de los particulares, bien mediante un conjunto de diferentes prestaciones administrativas.

Así cobra realce toda una nueva problemática de insospechada complejidad y sorprendente riqueza, y queda patente el condicionamiento jurídico público de la tenencia y disfrute de la tierra, que se manifiesta últimamente, a través del postulado de su función social, en la planificación administrativa del suelo rústico. Observa el conferenciante también en el proceso agrícola un acentuado protagonismo de distintas fórmulas organizativas de carácter jurídico público (Cámaras, Comunidades, Sindicatos, Cajas, Cooperativas, Asociaciones, Cofradías, Agrupaciones, Hermandades, etc.) tendentes a paliar la situación de crisis en la Agricultura y cuyo encuadre encaja, por supuesto, mucho mejor en el Derecho administrativo que en el privado.

Por todo ello, MARTÍN RETORTILLO no acepta ni la posición privatista ni la que ve en el Derecho agrario un conjunto de normas e instituciones públicas y privadas y (previa formal protesta del autor de no estar deformado por su propia especialización) concluye afirmando que se trata de una parte del Derecho administrativo, porque sólo así puede alcanzar la necesaria adecuación a la realidad jurídico-positiva.

7. *El Derecho del trabajo, la Seguridad Social y la reforma de las estructuras*, por JUAN ANTONIO SAGARDOY BENGOCHEA, Catedrático de Derecho del trabajo.

«El Derecho del trabajo—dice—es una de las ramas jurídicas que con más intensidad acusa las distintas ideologías existentes y las presiones de las fuerzas que las encarnan. Así como la revolución de 1789 supuso el paso de la ideología del hombre que arriesga al hombre seguro, la de 1917 significa un balanceo desde la libertad hacia la igualdad, que actualmente se refleja en el deseo de una mejor calidad de vida.»

Y al contemplar la realidad estructural del campo español, concluye que éste es un enfermo crónico, tanto en el aspecto económico como en el social y cultural.

Señala como principales problemas estructurales:

a) El dato humano, consistente en la disminución de la población activa agrícola y su trasvase a la industria y los servicios en proporciones mucho mayores de lo previsto, con fuerte envejecimiento de la población campesina al emigrar los más jóvenes, con el consiguiente abandono de las tierras de cultivo.

b) Las defectuosas dimensiones de la explotación agraria, o demasiado grandes o mínimas, precisando un tratamiento en el que se conjuguen la justicia y la eficacia, con modernización de técnicas de cultivo y capitalización del campo.

c) En el ámbito rural español, la inmensa mayoría de los agricultores propietarios obtienen una renta inferior a la de un trabajador calificado y sus condiciones de vida son semejantes o aun inferiores, ya que han de vivir en medios poco poblados.

La Agricultura ha sido tratada por el Derecho del trabajo como un subproducto; la legislación laboral fue principalmente industrial y es notoria la escasa y desorganizada fuerza reivindicativa de los trabajadores agrícolas; en cambio, sus movimientos, poco flexibles, han acusado a veces una gran radicalidad, rayana en el utopismo.

Termina su conferencia con un estudio de la Seguridad Social, afirmando que en la Agricultura debe actuar no sólo preventivamente y de modo terapéutico, sino en acción promocional, incluyendo tanto a los trabajadores por cuenta ajena como a los autónomos.

8. *El deber de cultivar y mejorar*, por ALBERTO BALLARÍN MARCIAL, Notario de Madrid y por entonces Presidente del IRYDA.

Quienes hayan leído su obra *Estudios de Derecho agrario y política agraria* (cuyo resumen hicimos en anterior número de esta Revista) saben el modo de pensar y la línea doctrinal de BALLARÍN sobre la propiedad rústica, apuntando abiertamente a la concepción social y empresarial de la misma.

Arrancando de un trabajo que el autor publicó en 1972 en la *Rivista di Diritto Agrario*, en memoria del agrarista italiano GIANGASTONE BOLLA, desarrolla su tesis evolutiva de la propiedad, que de ser considerada en las leyes codificadas como un auténtico Derecho subjetivo, pasa a configurarse en la actualidad más bien como una relación jurídica, suma de derechos y deberes ligados entre sí, en la cual acabará por destacarse la idea de deber del dueño frente a la comunidad.

En el sistema del Código civil, el propietario tenía derechos, pero no deberes, como no fuesen los puramente negativos de no dañar a otros, y encima se solía invocar el adagio *qui iure suo utitur, neminem laedit*.

Posteriormente se fue desarrollando la idea o teoría de la función social, de arraigo en la doctrina católica, desde las clásicas Encíclicas *Rerum Novarum* y *Quadragesimo Anno*, hasta la *Mater et Magistra* y la *Populorum Progressio*, en nuestros días. La recepción legislativa en España fue originada por influencia de las Constituciones de Weimar y de Querétaro, pasando a la legislación de la Segunda República. La ley de la gravedad de este evolucionismo jurídico agrario es la del paso desde la propiedad al trabajo como fundamento y, a la vez, como límite de protección jurídica.

De este modo, siendo la evolución lenta y gradual, se manifiesta en el desarrollo de las limitaciones del dominio y la ampliación de los supuestos de expropiación de fincas rústicas, sobre todo cuando media el interés social o el propietario privado olvida el principio de colaborar con la Administración en una gran obra de mejora.

Entrando en supuestos concretos de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, estudia el deber de cultivar y mejorar en las zonas de actuación del IRYDA, tanto en las llamadas zonas regables como en las de Concentración Parcelaria, estudiando las consecuencias de su incumplimiento.

Es sabido que el artículo 2 de dicha ley señala que «el cumplimiento de la función social de la propiedad de fincas rústicas, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada de su titular, *obliga...*», con lo que—opina BALLARÍN, ha de entenderse que el deber de cultivo correcto y eficiente ha penetrado en la entraña misma de la relación jurídica de la propiedad y no es una simple obligación del propietario.

Contempla esta regulación en las legislaciones forales, en las que se nota mayor sensibilidad que en el Código para favorecer las mejoras y los intereses de la producción, así como la comunidad familiar agraria, que es elemento integrador.

Por último, analiza el deber de cultivar y mejorar desde la perspectiva de la empresa, estudiando el cultivo directo y personal como más digno de protección legal, perfectamente viable a través de la empresa comunitaria, sobre todo si es de tipo técnico-laboral.

9. *La sucesión en las explotaciones agrarias*, por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS DE LOS MOZOS, Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Salamanca.

Se ha dicho que el Código civil peca de individualismo y que sus normas en relación con la sucesión *mortis causa* han agravado el fraccionamiento de la propiedad rural y son contrarias a la conservación de las explotaciones agrícolas, mientras que, por contraste, los Derechos forales constituyen la base familiar y sucesoria de un auténtico Derecho agrario. «Sin embargo—continúa diciendo DE LOS MOZOS—, esto es sólo parte de la verdad, y casi una verdad a medias, pues si hay instituciones forales que sirven para esa defensa de las explotaciones, hay también un aspecto negativo constituido por su espíritu arcaico, que lo hace poco apto para aplicar sus normas al moderno Derecho agrario. Así, por ejemplo, la idea de 'casa', como centro conservador del patrimonio familiar, no puede servir para contener la crisis de una sociedad estática, encerrada en un apacible mundo rural, cuando a ella llegan las tensiones de la sociedad moderna, en la que aquélla tiene que estar inmersa.»

El Derecho sucesorio agrario tiene características especiales y DE LOS MOZOS estudia los principios que lo configuran, que son: la vinculación familiar de la propiedad, la sucesión de los patrimonios separados, la figura del heredero privilegiado y en las formas particulares de transmisión hereditaria, aparte algunas otras peculiaridades directamente encaminadas a la conservación de la explotación agrícola.

En base a esta aspiración, la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario ha recogido las tendencias legislativas existentes, dictando normas sucesorias especiales para mantener indemnes las explotaciones familiares, pero sería preferible, según el conferenciante, no olvidar la posibilidad de instrumentar la reforma en el ámbito del Código civil, ampliando las normas de los artículos 1.056 y 1.062, que permiten la partición del testador y la posibilidad de conservar indivisa una explotación en interés de la familia, así como la mejora en cosa determinada, que DE LOS MOZOS califica como la institución más perfecta para conseguir los fines aquí contemplados.

10. *Los arrendamientos rústicos y la reforma de las estructuras agrarias*, por ALEJO LEAL GARCÍA, Registrador de la Propiedad.

El arrendamiento es, ante todo, un fenómeno de gran importancia social, por lo que el Estado, junto a normas iusprivatistas, ha de establecer otras que regulen las relaciones ante el interés social en las que ha de intervenir la Administración, ya que es una institución que produce marcados efectos sobre la organización y el funcionamiento de la comunidad. Por ello, la regulación del arrendamiento rústico tiene que estar en línea con la general de la política agraria, social y jurídica.

Sobre esta premisa de entrada, ALEJO LEAL estudia las repercusiones

que en la legislación de reforma agraria deben tener las normas o criterios que han de considerarse fundamentales en la materia.

Considera como tales principios fundamentales:

1.º La primacía de la persona humana, respetando su dignidad y libertad, como titular de derechos y deberes.

2.º Preferencia de la centralización de las facultades dominicales en manos de un sujeto, respecto a la dispersión de éstas en diversas particularidades de disfrute, incluso el arrendaticio. Este criterio aparece en las normas referentes a la propiedad privada incluidas en las Leyes Fundamentales, las cuales, aunque parezca paradójico, no sólo protegen al propietario, sino también al arrendatario, que adquiere ciertas expectativas dominicales.

3.º La configuración del arrendamiento rústico como un contrato de duración temporal, aunque sujeto a normas de orden público en cuanto al plazo y otros elementos. Así aparece en el Fuero del Trabajo, que, por un lado, asegura la estabilidad de los arrendatarios en el cultivo de la tierra y, por otro, expresa la aspiración del Estado de arbitrar las medidas conducentes para que la tierra pase en condiciones justas a ser de quienes directamente la explotan.

4.º La subordinación de los intereses individuales y colectivos al interés común de la nación.

La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, aparte de reconocer la existencia del arrendamiento en los diversos supuestos, lo utiliza como instrumento, a veces decisivo, para sus actuaciones específicas, y así contempla LEAL las tres posibles posturas del IRYDA: como arrendador, como arrendatario y como órgano de la Administración expropiante, recogiendo minuciosamente las normas y supuestos regulados por la ley.

Acaba la conferencia con un extenso examen del arrendamiento de fincas sujetas a mejora forzosa, efectiva palanca con que la ley puede conseguir que se lleve a cabo el deber de cultivo de las tierras sometidas a su acción. Hay un tinte administrativo y autoritario tan fuerte, que resulta quizá poco apropiado llamarle contrato en este caso, como puede comprobarse en el estudio a fondo que se hace de la gestación, elementos y efectos de este arrendamiento.

En resumen, una valiosísima aportación, una más de las tantas hechas por ALEJO LEAL al Derecho agrario español, el cual concluye considerando que el arrendamiento de fincas rústicas puede ser un instrumento adecuado, preferible a la expropiación, para acelerar la reforma de estructuras agrarias, sobre todo en el caso de que se atribuya a grupos de agricultores calificados, que puedan convertir fincas deficientemente llevadas en explotaciones viables.

FRANCISCO CORRAL DUEÑAS
Registrador de la Propiedad

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *El nuevo Derecho civil de la mujer casada*. Cuadernos Civitas. Madrid, 1975.

La gran lucha que desde los primeros tiempos paradisíacos sostiene la mujer para conseguir una igualdad de posición con el hombre ha tenido infinidad de matices, victorias y hasta alguna derrota. Es curioso cómo frente a la mágica palabra de la «realización» (recitada con la misma insistencia que el *rosa-rosae* de nuestros viejos tiempos del latín), la mujer

ha ofrecido cumbres asombrosas, llegando a ser, por ejemplo, Abogado laborista, Ministro de Tailandia, conductora de autobús, ingresar en el Casino de Madrid, ganadora del Cross de las Naciones, Subdirector General, General del Ejército francés, Alcaldesa, Presidenta de nación, Técnico de Aduanas, Policía de Quebec, Ingeniero de Minas, Cadete de la Academia Militar de West Point, Arbitro de fútbol, Juez Municipal, etc.; pero también ha logrado penetrar en simas profundas al realizarse: algunas han explicado cómo perdieron la virginidad; otras han reclamado la importante prioridad de haber hecho el primer desnudo integral en el país de origen; otras han acaparado las primeras páginas de los periódicos, por ser las primeras pistoleras, asaltantes de Bancos o asiduas de la droga, explicándose estas anormalidades, y algunas otras bajo esta impresionante frase: «la mujer delinque por falta de formación integral».

En el término medio, la mujer ha seguido dando hijos al mundo: algunos contaminados, otros siameses o trillizos y otros derivados de un embarazo extrauterino. Las iglesias ortodoxas se oponen a la ordenación sacerdotal de las mujeres, mientras que en España parece que la Ley Sálica puede tener una nueva derogación y en el Código civil aparece una reforma con visos de ser favorable y condescendiente con la mujer casada, aunque en su formulación deje mucho que desear.

Ante este espectáculo humanístico—y sin llegar a las vertientes polémicas de ESTHER VILLAR—me gustaría destacar cómo este libro que voy a comentar, y que recoge la reforma legislativa, ofrece la poca o la mediana formación jurídica de quien defiende la reforma y los anhelos poco complacidos de la mujer casada española. Creo que es un libro aleccionador, breve, conciso, pero muy sustancioso.

No voy, por supuesto, a tomar parte en la disyuntiva polémica de la igualdad o desigualdad de derechos entre hombre y mujer, pues mi experiencia me dice que sigue siendo bien cierta aquella anécdota de la que fue protagonista OTTO SKORZENY, al que al preguntarle que quién mandaba en su casa y quién tomaba las decisiones importantes, respondió: «Las decisiones importantes en mi casa las tomo yo. Pero quien se encarga de decir si una decisión es importante o no es mi mujer.» Realmente, la anécdota no viene a ser más que una nueva versión de aquella frase atribuida a BENAVENTE, en la que venía a decir que «las mujeres, aun obedeciendo, mandan».

Si esto es cierto, no se comprende muy bien cómo el movimiento «reivindicativo» de la mujer se ha puesto en marcha. Quizá es que aún dentro de los «recintos amurallados» del Derecho queden residuos a los que la mujer no tiene el pleno derecho y quiera ostentar, por lo menos, un plano de igualdad con el hombre. Pero lo curioso, y creo que esto lo demuestra plenamente la publicación que recensamos, es que a la hora de «dictar» la norma, el legislador balbucea, quizá se siente frígido, y no otorga a la mujer todo lo que ésta pedía... Creo que aquí puede traerse, con motivo de esta reforma legislativa, aquel sucedido que se desarrolló a las espaldas del Pórtico de la Gloria, en la Iglesia Catedral de Santiago de Compostela. Allí, como todos sabéis, existe un santo que la tradición popular ha bautizado como «el Santo Dos Croques». Es una figura arrodillada a la que hay que dar tres golpes de la frente contra su cabeza, y parece que transmite a cambio inteligencia, memoria y voluntad, y alguna tradición femenina, novio o posibilidad de casorio. Eran los tiempos de la minifalda. Estaba confesando un curita gallego y vio desde su confesionario cómo una feligresa con falda corta se arrodillaba, se inclinaba y golpeaba con la cabeza al santo, dejando ver esa parte conflictiva del cuerpo humano cuando el tronco se ha hecho casi extremidad, y dijo: «Estas, lo que ganan por delante, lo pierden por detrás.» En gallego tiene mucha más gracia: *O que gañan por diante, perdeno por detrás*. Este es

el refrán de la reforma. LACRUZ BERDEJO cuenta con singular gracia en su prólogo esa enmienda de Procuradores para reformar el artículo 1.361 del Código civil sobre la dote inestimada, y que demuestra el poco conocimiento jurídico de la materia por parte de los Procuradores intervinientes, entre los cuales, aparte de varios muy conocidos y «sonados», se destacan las tres mujeres siguientes: doña MONTSERRAT TEY, doña MÓNICA PLAZA y doña MARÍA BELÉN LANDÁBURU. No sé si en ese momento iban de minifalda y de si se inclinaron o no ante el santo, pero lo que sí es cierto es que con su desconocimiento iban perdiendo algo para sus semejantes.

Y va siendo hora de que nos adentremos en la publicación. No es muy extensa, ciento y pico de páginas corridas, pero sí muy sustanciosa y llena de sugerencias. Ofrece un prólogo lleno de matices y con gran sentido del humor y 11 capítulos, en los que va examinando los principales puntos de la reforma del Código civil, a través de la reforma de 2 de mayo de 1975. Creo que la recensión debe concretarse a lo que el autor dice en el prólogo, para luego agrupar los comentarios en dos partes: derechos personales y derechos patrimoniales de los cónyuges. Es la única forma de resumir el contenido del trabajo.

A) *Prólogo*.—Salvo en alguna ocasión en que he leído un artículo periodístico de LACRUZ BERDEJO en el que apuntaba mucho humor, el resto me he limitado a estudiarle en la seriedad de sus publicaciones. Estas dos facetas son las que ofrece el libro recensionado: el sentido del humor con que explica la reforma legislativa de la situación jurídica de la mujer casada y la explicación jurídica de dicha reforma.

El «prólogo», como hemos apuntado, se dedica a lo primero. Es preciso leerlo para no quitarle la gracia que lleva. Juega fundamentalmente con tres ideas en torno a la reforma legislativa: la del *slogan* publicitario de que «España es diferente», cosa que no resulta verdad si vemos esta tendencia modificativa del estatuto de la mujer casada, reformado en su «Año Internacional»; la torpeza de incorporar a Comisiones legislativas a quienes sólo están capacitados para el trabajo individual en la camilla hogareña, que hacen recordar aquella anécdota del parlamentario republicano que insistía en que no podía hablarse de «derechos reales», sino de «derechos republicanos», y la falta de previsión de no haber tenido en cuenta las Compilaciones y las inevitables diferencias que impone el sexo distinto.

B) *Derechos personales*.—Cuatro son los que, a mi entender, pueden entrar en este apartado. Son los que el autor titula en capítulos separados, hablando de la sustitución del deber de obediencia, nacionalidad y domicilio, la supresión de la licencia marital y la nueva potestad doméstica.

En el primer punto, el autor estudia, arrancando históricamente de Roma, el problema del deber de obediencia a cambio del de protección, que hoy se ha transformado en «respeto y protección recíprocos», en virtud del artículo 57 y su nueva redacción, que equipara a ambos cónyuges incluso en la «protección». La protección no puede ser privativa del marido: debe también ejercerla la mujer.

En materia de nacionalidad y domicilio, el autor examina solamente las bases o líneas directrices que han servido para reformar los artículos 19, 20, 22, 23-3.º-4.º y 25, así como el 24, sobre nacionalidad, redactados bajo la idea de que el hecho del matrimonio no implica modificación de nacionalidad. Respecto del domicilio, comenta la reforma del artículo 58, que en su nueva redacción deja de contemplar el traslado del marido al extranjero o a Ultramar y que parte de un previo acuerdo, y caso de disidencia (y de existir hijos, pues caso de no haberlos nada se dice) debe prevalecer la decisión del que ejerza la patria potestad, pudiendo Juez y Tribunales (a juicio del autor, siempre el procedimiento declara-

tivo ordinario de mayor cuantía) resolver lo procedente en interés de la familia o lo que proceda en los demás casos.

La supresión de la licencia marital es el tercer estudio del que el autor se ocupa. Hace una historia desde la tradición castellana para luego referirse a los nuevos artículos 59 a 66 y sus relacionados: 893, 995, 1.053, 1.263 y 1.716. El autor, al hacer aséptico el comentario, no lo relaciona con la redacción de los artículos 95 y 96 del Reglamento Hipotecario, que han provocado la gran discusión de la reforma en torno a si la mujer no administradora puede o no adquirir bienes gananciales y obligar a la sociedad conyugal. La redacción dada al artículo 59, la mantenida del 1.416 y los dichos del Reglamento han dividido ya a la doctrina. Quiero citar dos buenos artículos de ALVAREZ BEJGA y de RODRÍGUEZ ADRADOS, que, me imagino, van a llevar a buen puerto la intención que movió al legislador en su reforma.

Por último, el autor comenta lo referente a la potestad doméstica, regulada en el artículo 66, que encomienda a cada cónyuge lo que sea de «su propio cuidado», delimitando así unas «competencias» que vienen a demostrar la distinta función de marido y mujer o de varón y hembra en el matrimonio.

C) *Derechos patrimoniales*.—Agrupamos aquí el resto de los puntos tratados por el autor en sus comentarios: el cónyuge menor, la actuación sin consentimiento, la contribución a las cargas, capítulos matrimoniales, bienes parafernales, gananciales, separación de personas y bienes.

El cónyuge menor de edad, aunque no mayor de dieciocho, ofrece en la nueva reforma un conjunto de artículos nuevamente redactados, que vienen a sustituir la antigua regulación. El hecho de haber incluido este comentario en el aspecto patrimonial se justifica a la vista de que los preceptos 60, 61 y 62 del nuevo Código se están refiriendo a la administración no sólo de los bienes comunes del matrimonio, sino de los privativos. Se supedita la intervención del otro cónyuge y de las personas que se citan para los casos de la menor edad, cosa que al autor del comentario no le parece acertada, pues ello significa una intromisión innecesaria en el matrimonio. De la administración se pasa a los actos dispositivos, y para ello el artículo 61 dicta una norma especial que ya no se queda en el margen de los dieciocho años, sino que avanza hasta los veintiuno. Por último, se regula la comparecencia en juicio a través del artículo 62-2.º, preguntándose el autor: ¿Puede el mayor de dieciocho años comparecer en juicio sin complemento de capacidad cuando el pleito no verse sobre enajenaciones de bienes raíces o préstamos? El autor relaciona este artículo con los 317 y 315 del mismo Código.

La problemática de los actos realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro parecía ya solucionada antes de la reforma, aunque en la misma se modifican los artículos 65 y 1.301. El autor dice que el artículo 65 sólo puede referirse a dos supuestos: el artículo 1.413 y los nuevos artículos 60 a 62 (el cónyuge administrador menor de edad). De ahí su innecesidad, pues la clase de ineficacia que aqueja a las disposiciones no consentidas en estos casos era problema ya resuelto. Además, se presta a equívocos, ya que cabría entenderlo referido a los artículos 1.361 ó 1.415 y no es así, ya que en estos casos se exige una codisposición.

La contribución de cargas del matrimonio es estudiada por el autor, distinguiendo la terminología del Código entre «levantamiento de cargas» y «gastos diarios», reconociendo, sin embargo, la poca eficacia de la reforma frente al problema que prácticamente se intuía anteriormente. Más trascendental es la reforma del régimen de los capítulos matrimoniales, que permite modificar el contenido de los capítulos en cualquier momento, conforme al nuevo artículo 1.315-1.º del Código civil, así como esá

supresión del artículo 1.316 referida a los pactos «depresivos de la autoidad, que, respectivamente, corresponde en la familia a los futuros cónyuges», habiendo sido sustituida por la frase «los fines del matrimonio», cosa que al autor no le agrada por tratarse de un inciso que era realista y sagaz y no el actual, que traslada la limitación a un terreno distinto, al cual los capítulos no deben tener acceso por su propia naturaleza patrimonial.

En materia de bienes parafernales, la reforma afecta a los artículos 1.389 y 1.391, acercando la administración de los mismos al contrato de mandato, tanto en el ejercicio como en su restitución. En materia de gananciales, las tres repercusiones que ofrecen la licencia, el deber de obediencia y los capítulos matrimoniales se refieren a que: a pesar del artículo 1.393, el régimen pueda comenzar con un sistema distinto a los gananciales; que la responsabilidad por deudas hereditarias no afecta a la sociedad conyugal, salvo consentimiento del otro cónyuge, y que la recuperación o recobro de créditos por la esposa con preferencia no tiene razón de ser cuando es ella la administradora, valiendo sólo los artículos 1.421 a 1.423 para la dote y parafernales.

Por último, la materia de separación de personas y bienes, el autor se detiene en el problema de medidas provisionales; en el de la consecuencia de la separación absoluta del artículo 1.433; en el de la reconciliación de los cónyuges, que no alterará el régimen de separación, salvo pacto, y en la transferencia de la administración de la sociedad o bienes del matrimonio, de los artículos 1.441 y siguientes, así como la enajenación de los bienes por la mujer, caso que regula el 1.444.

En general, como dice el autor, puede calificarse la reforma de favorable, pero, como todo lo que lleva el signo de la urgencia, es incompleta y plena de roces legislativos, que quizá por pereza de Comisiones o de ignorancia de las mismas suele relegarse a través de autorizaciones al Gobierno para poner de acuerdo disposiciones contradictorias. Con cierta serenidad y pensándolo un poco más se hubieran logrado mejores resultados en orden a la mujer, que quizá no la hubieran dejado momentáneamente tan conforme con su entorchado del «Año Internacional», pero que a la larga la hubieran beneficiado notoriamente. No resulta momento adecuado para plantear el viejo problema de la distinción de sexos, que forzosamente repercute en las relaciones matrimoniales, y el problema de la igualdad jurídica, cosas ambas que apunta con gran acierto el autor citado.

En esta ocasión sólo me limito a pequeños comentarios que están lindando con hechos reales y con pareceres o dichos populares. Leo en un periódico de noviembre de 1975—Año, creo, de la Mujer; Año Internacional, por supuesto—que la Reina doña Sofía dobla la rodilla ante el Rey. La ceremonia tuvo lugar ya fuera del salón de las Cortes y no pudo ser captada por la televisión. ¡Qué lección para las pantaloneras! Si comparáis dos de los más importantes mandamientos de la Ley de Dios veréis que en ellos se aplica o utiliza la palabra «prójimo» con diferente proyección. En uno se dice que no debe desearse la mujer de tu prójimo, mientras que en otro se manda amar al prójimo—no a su mujer—como a sí mismo.

Es una pena que la mujer no haya comprendido que era mucho mejor su situación de «protegida», a la que el Derecho se inclinaba, que su situación de actual «igualdad», que no la lleva más que a perder derechos y a acumular responsabilidades. Línea *pop* de su «realización». Ellas olvidan que Dios—al realizarse—, porque pudo escoger, se hizo hombre y no mujer.

MILANI, FRANCESCO: *Lineamenti di Diritto agrario*. Un volumen, 276 páginas. Bolonia, 1976.

El ilustre profesor de Derecho agrario de la Facultad de Ciencias Agrarias de la Universidad de Bolonia, FRANCESCO MILANI, tan conocido en España y cuya visita hemos recibido más de una vez, publica ahora un precioso volumen en el que, con aspecto de un libro elemental, expone multitud de ideas personales componiendo un manual completo del Derecho agrario italiano.

En su opinión, el método para el estudio del Derecho agrario está todavía por hacer. En todo caso, para él, hay que negar resueltamente que todo se reduzca a normatividad: al contrario, el dato sociológico, los intereses en juego, el dato técnico y experimental, tienen gran importancia no sólo para interpretar el Derecho ya constituido, sino también para discernir las leyes más adecuadas que deban promulgarse. Por su parte, todos estos elementos los hace entrar ágil y oportunamente en juego, para llegar por aproximación a un criterio justo en la solución de los problemas de la obra y que constituyen el meollo de ella. Porque el autor concibe el Derecho como una ciencia problemática, y la verdad como una aproximación: «Verdad es sólo—dice—, las más de las veces, lo que *sirve a la verdad*. La doctrina no es algo estático, sino dinámico: explicitando conceptos, se da motivo a otros para expresar otros conceptos antitéticos, o conciliativos, o derivados.» La doctrina, para él, es el fruto de la colaboración de muchos, lo cual no quiere decir que caiga en el escepticismo, «sino en el probabilismo y en el problematicismo: ya plantear los términos exactos de un nuevo problema es un progreso científico».

Bajo este signo está redactada la obra del profesor MILANI. Escrita visiblemente para estudiantes de agricultura, comienza por unas nociones generales del Derecho y sus fuentes y sobre los derechos reales relacionados con la agricultura: tanto la propiedad fundiaria, cuya función social no resulta demasiado clara en las aplicaciones concretas del ordenamiento positivo italiano, salvo en tema de propiedad forestal, como las limitaciones de la propiedad y los derechos reales de goce.

Una segunda parte del libro viene dedicada a la empresa agraria y sus elementos: la propiedad del cultivador, el fundo cultivado o inculto, los frutos, la tutela de los productos agrícolas, las mejoras fundiarias, la reordenación y la reforma fundiaria. La tercera parte versa sobre los contratos agrarios (previo un estudio del contrato en general): aparcería y fórmulas semejantes en ganadería, las diversas clases de arrendamiento y los otros contratos. La parte cuarta trata del crédito agrario, la cooperación, los planes en agricultura, el Derecho de aguas y el de la alimentación y las adversidades atmosféricas y calamidades naturales, y la parte quinta contempla la Comunidad Económica Europea y sus relaciones con la agricultura.

Un precioso libro, denso y, sin embargo, de fácil lectura, con dotes pedagógicas, pero sin descender desde la sencillez a la pérdida de nivel científico. El autor expone los problemas, a veces opiniones ajenas, en cualquier caso, la solución suya, siempre medida y meditada: todo ello en un estilo conciso, que contiene un fuerte coeficiente de información sin mengua de la claridad. Un libro digno de lectura y consulta, que representa una conquista en su especialidad.

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO

RIVERA GARCÍA, IGNACIO: *Diccionario de términos jurídicos*. Equity Publishing Co. IX-513 págs. New Hampshire, 1976.

No es un diccionario de términos jurídicos, es algo más y algo menos. En efecto, de unas 12.000 voces recogidas, casi un tercio de las mismas son vocablos que nada tienen que ver con el Derecho, en cuanto ciencia y en cuanto técnica, sino que son expresiones corrientes, del uso comercial, de la economía (sin rigor económico, v. gr.: el concepto de capital), geografía, etc. Por diversos ejemplos, cabría citar: «a quemarropa», «a sobre hora», «abolengo», «adagio», «balacera», «balizaje», «bandera», «camino de herradura», «ciudad», «deberá» (?), «dedicación», «emigrar», «enchufe», «era cristiana», «exacta», «fascismo», «furor», «indiferente», «ínterin», «mafia», «máquina automática», «matón», «meter», «nudo», «obrero», «obstinación», «odioso», «pacifismo», «pengermanismo», «paso a nivel», «pescar», «porción», «prever», «puerto», «resguardar», etc. Por el contrario, se observa la omisión de conceptos puramente técnico-jurídicos (v. gr.: débito, precontrato, deferir, vocación, estirpe, etc.).

La razón de lo expuesto puede hallarse en las palabras del autor, que tuvo «que ponerse en guardia contra la tendencia a explicar la ley para así poder exponer el término en su acepción más adecuada». Precisamente ésta puede ser muy bien la finalidad de un diccionario de términos jurídicos, recoger la acepción *técnica* que el Derecho atribuye a palabras vulgares o ajenas al Derecho, aparte, claro es, de poderse incluir pequeñas exposiciones institucionales, planteamientos o enfoques doctrinales, etc.

Ciertamente, no se trata de emitir un juicio negativo contra el autor por lo hasta ahora indicado, por cuanto muy seguramente él se limita a seguir la corriente del medio profesional en que se ha desenvuelto (el señor RIVERA fue Secretario del Tribunal Supremo de Puerto Rico). Aquí quizá esté la clave para comprender su esfuerzo y, desde luego, el peligro al que, sin referirme, estoy dedicando mi pensamiento.

Es un tópico común en el país que el Derecho es algo muy sencillo, asequible a cualquiera; que basta explicarlo llanamente. Refutar el tópico es muy sencillo, pues resulta suficiente con leer a HERNÁNDEZ GIL (*El Abogado y el razonamiento jurídico*) para acreditar lo contrario. Por lo que los esfuerzos que pretenden sencillez pierden, necesariamente, en rigor técnico. Y la labor del jurista dirigida a juristas debe ser técnica.

El esfuerzo del autor es grande. Se nota, ciertamente, que su archivo se ha ido formando con el paso de muchos lustros (hablar hoy de abigeos, al menos con un Código penal como el vigente, es olvidarse que han pasado muchos años, muchísimos, desde los tiempos del «lejano Oeste»), pero ello no desmerece el esfuerzo, al contrario, es digno de encomio, pues expresa la tenacidad que ha debido rodear la redacción del libro comentado.

La obra está dividida, hecha excepción del injerto que supone incluir los cánones de ética, cuya presencia huelga en un diccionario, en cinco partes. La primera, dedicada a esa selección de términos, jurídicos y no jurídicos, en la cual, más que la tendencia a definir, priva la intención de conceptuar. La segunda intenta poner al alcance del lector una serie de términos propios de la lengua inglesa, que se vierten al castellano sin rigor de lenguaje y, obviamente, sin rigor jurídico, destacando siempre el deseo de aclarar significados, no de establecer correspondencias entre ordenamientos diversos (seguir traduciendo en 1976 la obligación *joint and several* por una particular «mancomunada y solidaria» es ironía; confundir, por identificarlas, la *mortgage* con la hipoteca, aunque es corriente, implica no distinguir entre derechos reales y de crédito). La tercera

parte incluye sentencias latinas y su correspondiente versión al castellano, es decir, «los latinajos» que de cuando en cuando suelto a mis estudiantes con intención de que capten mejor una idea, y con el resultado de tener que explicarles el proceso que en Derecho romano generó la institución o efecto de que se trate. La cuarta parte inserta una serie de vocablos franceses o en francés (con la única errata de impresión del *acel jour*). Y, finalmente, la quinta parte se dedica a recoger una serie de párrafos, elegidos de entre las sentencias del Tribunal Supremo, normalmente cuando en aquéllas se ha intentado precisar algún concepto, jurídico o no, para determinar su impacto en el caso objeto de interpretación.

La intención del autor es que el libro sea ayuda para el estudiante que, por cualquier causa, tiene dificultad en captar los términos jurídicos. En esta intención, tan sana, no puedo, sin embargo, acompañarle. No se trata, naturalmente, de que no comparta con el autor el deseo de ayudar al estudiante, sino porque estimo que la ayuda que no implica superarse, no es ayuda, sino perjuicio. La rapidez con que los estudiantes han adquirido el libro—caso poco frecuente, hasta donde llega mi experiencia—me sorprende... y me asusta, pues no serán pocos los estudiantes que estimen que con el *Diccionario* en la mano ya poco queda por aprender. Claro, este factor no es inherente al libro, mucho menos al esfuerzo del señor RIVERA. Y yo espero equivocarme en mi temor. Y en el otro: que los estudiantes piensen que porque en un diccionario de términos jurídicos hay conceptos que no lo son, también lo sean.

La impresión de la obra es igual que las propias de la Editorial: magnífico papel, excelente y clarísima impresión, casi ninguna errata de imprenta y muy adecuada encuadernación.

Y, para terminar, creo que debo felicitar al autor por su esfuerzo y dedicación. Que su tarea ha sido «ardua y prolongada», lo comprendo; que muchas veces sintió «la tentación de abandonarla», me suena muy familiar. Que, no empece ello, la haya terminado felizmente, ése creo debe ser el mensaje que hayan de recoger sus lectores, en especial el estudiantado de Derecho. Es la mínima contraprestación al débito asumido voluntariamente por el señor RIVERA.

EDUARDO VÁZQUEZ BOTE

TORRES LANA, JOSÉ ANGEL: *La configuración jurídica del volumen de edificabilidad*. Ediciones Universidad de Navarra, S. A. Pamplona, 1975.

La tesis doctoral de TORRES LANA es, sin duda alguna, una de las más prácticas y sugestivas aportaciones hechas en los últimos tiempos a la ciencia del Derecho. No es tan sólo un conjunto de profundas reflexiones sobre el llamado Derecho urbanístico y una de sus realidades más problemáticas, el volumen de edificabilidad, sino que se trata, al decir de SANCHIO REBULLIDA, quien prologa la obra, de un estudio muy actual y nuevo, atrevido y desembarazado, que abre insospechados horizontes en el campo legislativo y doctrinal.

En el capítulo primero, el autor sienta sus bases de arranque en torno al Derecho de propiedad inmobiliaria: el inmueble como objeto de derecho real, la desmaterialización jurídica del inmueble y la noción de *finca funcional*, surgida en el seno de la doctrina germánica durante la época

nacional-socialista, y que depurada de su carga ideológica trascendió a otras doctrinas jurídicas europeas implicando una nueva concepción de la finca, cualificada por su destino y por razón de utilidad pública, la cual se superpone y prevalece sobre los intereses particulares. Tras profundizar en el estudio de la extensión vertical del Derecho de propiedad inmobiliaria, llega asimismo a la conclusión de que en la legislación urbanística española esta cuestión es objeto de un tratamiento diversificado, atendiendo a dos variables: el volumen de edificabilidad y la altura máxima.

En el capítulo segundo, contempla el urbanismo como fenómeno jurídico. Partiendo del tan debatido tema de la posible autonomía de la normativa urbanística, examina la importancia que el urbanismo presenta en relación con los intereses de la colectividad, como justificativa de la intervención administrativa. A continuación, realiza una descripción de la actividad urbanística en España, con el fin de proporcionar al lector una visión de las operaciones que el urbanismo comporta, desde su primera manifestación—el plan general—hasta su ejecución total—la edificación—. Finalmente, en las tres últimas secciones de este capítulo, aborda ya de lleno la temática del volumen de edificabilidad, distinguiéndolo, en primer lugar, del espacio aéreo y luego del coeficiente de edificabilidad y del concepto de edificio futuro o edificio proyectado, para terminar sosteniendo la afirmación de que el volumen edificable está llamado a ser una de las primeras categorías uniformes de un futuro Derecho urbanístico común.

Al examinar, en el capítulo tercero, la vertiente patrimonial del urbanismo, TORRES LANA señala la doble función urbanística del volumen de edificabilidad: como elemento de valor de los terrenos y como índice de una dimensión jurídico-ideal de utilización del espacio. El autor pone a continuación de relieve, en el capítulo cuarto, las características más expresivas del volumen edificable, que son las siguientes: a) *Carece por completo de materialidad*. Su existencia se desenvuelve en el mundo jurídico. Es una criatura del plan de ordenación y sólo puede apreciarse a través de los documentos en que éste plasma. b) *Se halla afectado a un destino: la edificación*. c) *Tiene un valor jurídico*, en cuanto concede al titular del terreno un ámbito de poder, que se manifiesta en una doble vertiente de actos: de administración (remodelación, configuración y distribución del volumen edificable sobre la finca) y de disposición, comprensivos de la transmisión o adquisición de volumen edificable con independencia del suelo. d) *Tiene también un valor económico*, cuya incidencia en el total valor de la edificación propone sea determinado mediante las técnicas utilizadas por la ciencia económica. e) *Es inseparable del terreno*.

En el capítulo quinto de la obra sienta tres conclusiones: PRIMERA: El volumen presenta una dimensión patrimonial. No es un derecho subjetivo ni una expectativa o derecho eventual; no es tampoco propiamente una cosa. Nos encontramos ante un *bien patrimonial de naturaleza peculiar*. SEGUNDA: En consecuencia, y desde el punto de vista del sujeto, la anterior consideración da lugar a una titularidad real, que recae en última instancia sobre un bien inmueble. Se trata, pues, de una *titularidad inmobiliaria*, cuyo sujeto será en cada caso quien resulte titular del *ius aedificandi* sobre la finca. TERCERA: El volumen edificable constituye un *elemento configurador de la finca funcional urbana*, presentando desde esta perspectiva un aspecto objetivo: es parte de la finca, y un aspecto subjetivo: el que hace referencia a la actividad edificativa que debe realizarse por el titular en cumplimiento del plan.

Es el último capítulo, a nuestro parecer, el más sugestivo de la obra, en cuanto pretende sentar las bases para el establecimiento de un régimen

jurídico del volumen de edificabilidad apoyado en el Registro de la Propiedad.

En síntesis, el sistema propuesto parte de la obligatoria creación de la *Cédula Urbanística* de terreno o edificio prevista en el artículo 63 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, que se inscribirá en dicho Registro, como medio particularmente idóneo, para *unificar* la publicidad del conjunto de circunstancias y características de la finca funcional urbana (superficie más volumen edificable). TORRES LANA configura asimismo la *transmisión de volumen edificable* como modificación de una entidad hipotecaria, esto es, una *segregación*, operación netamente registral, que motivará dos asientos: en el folio de la finca que pierde el volumen y en el de la que lo gana; y concluye afirmando que para lograr una mayor coordinación con el órgano urbanístico, a toda petición de licencia de obras deberá acompañarse una *certificación registral*. En la misma, se acreditará la edificabilidad del inmueble y demás datos pertinentes. De esta manera, se evitarán esos lamentables «olvidos» administrativos respecto a fincas que han perdido su edificabilidad, pues en la segregación de un inmueble se harán también constar los metros cúbicos que se transmiten con la superficie.

JOSÉ LUIS BENAVIDES DEL REY
Registrador de la Propiedad

REVISTAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Abril-junio 1976

Las formas comunitarias de propiedad forestal y su posible proyección futura, por Eduardo García de Enterría, págs. 281 a 309.

Los actos contrarios a las normas y sus sanciones, por José Bonet Correa, págs. 309 a 337.

La jurisprudencia en el Código civil después de la reforma de 1947, por Mariano Fernández Martín Granizo, págs. 337 a 369.

La renta catastral en el nuevo régimen de contribución urbana, por P. L. Serrera, págs. 667 a 682.

Notas sobre la presunción de intereses en el impuesto sobre las rentas de capital, por E. Lejeune, páginas 682 a 705.

La base imponible del impuesto de compensación de gravámenes interiores, por J. Menéndez, páginas 705 a 707.

Crisis de identidad y fisco, por Alfonso Mantero Sáenz, págs. 707 a 714.

DOCUMENTACION JURIDICA

Enero-marzo 1976, núm. 9

El Derecho y el cambio social, por Lino Rodríguez-Arias Bustamante, págs. 7 a 23.

El ideal de justicia en «El Quijote», por Francisco Soto Nieto, págs. 23 a 45.

Presupuestos para una reforma de los arrendamientos rústicos en Derecho español, por José Luis de los Mozos, págs. 45 a 81.

Derecho procesal y Registro de la Propiedad, por José Lorca García, págs. 81 a 227.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y HACIENDA PUBLICA

Julio-agosto-septiembre-octubre 1976, núms. 124-125

La reincidencia en la Ley General Tributaria, por J. Menéndez, páginas 646 a 663.

Posible inclusión en el indulto de 25-XI-1975 de las sanciones impuestas por infracciones fiscales, por J. Menéndez, págs. 663 a 667.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Enero-marzo 1976, núm. 139

El Derecho mercantil del neocapitalismo, por Francisco Vicent Chuliá, págs. 7 a 73.

Evolución y realidad actual del derecho de voto, por Carmen Alborch Bataller, págs. 73 a 111.

El Congreso de Amberes sobre fletamentos y transporte combinado, por Aníbal Sánchez-José Luis Goñi, págs. 111 a 133.

REVISTA DE DERECHO PROCESAL IBEROAMERICANO

Año 1976, núms. 2-3

Valoración de la prueba, por Santiago Sentís Melendo, págs. 267 a 369.

El litisconsorcio necesario y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por Valentín Cortés Domínguez, págs. 369 a 423.

El secretario judicial en la nueva Ley Orgánica de la Justicia. Similitud de su configuración en el Derecho comparado. Posible desarrollo de sus funciones en los nuevos

Códigos de procedimiento, por Manuel Domínguez Moreno, páginas 423 a 499.

La pretensión de caducidad de registro en materia de propiedad industrial, por Francisco Fuentes Carsí, págs. 499 a 525.

En torno a la subsanabilidad de la falta de reclamación previa en vía gubernativa, por Julio García Casas, págs. 525 a 537.

Ideas en torno al artículo 387 de la L.E.C., por Manuel M. Gómez del Castillo, págs. 537 a 547.

La justicia, según la constitución portuguesa de 2 de abril de 1976, por Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario, págs. 547 a 583.

Juicio criminal y acusación criminal en el Derecho canónico, por Mateo Martín Caverio, págs. 583 a 615.

Perspectiva jurídico-procesal de la sociedad cooperativa, por Tomás Muñoz Rojas, págs. 615 a 647.

La reforma procesal penal de la R. F. de Alemania de 1975, por Ernesto Pedraz Penalva.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Noviembre 1976

Propiedad Horizontal: La Comunidad como ente sin personalidad horizontal. Representación y modo de actuar, por Eduardo Pérez Pascual, págs. 867 a 884.

Pluralidad de ventas de una misma cosa, por Manuel Albaladejo, páginas 885 a 894.

La evolución del Derecho privado alemán durante el año 1974, por Hans Stoll y Norbert Schroder-Klings, págs. 895 a 917.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO

Octubre-noviembre-diciembre 1976

Problemática del aprovechamiento medio, por José Martín-Crespo Díaz, págs. 13 a 27.

El valor urbanístico en la nueva ley, por Felipe Díaz Capmany, páginas 27 a 65.

La prescripción de la acción sancionadora en las infracciones urbanísticas, por José Manuel Sala Arquer, págs. 65 a 87.

Valoración del suelo urbano en la Ley de 2 de mayo de 1975, por Mauricio García Pérez, págs. 87 a 97.

Consideraciones sobre la refundición del ordenamiento urbanístico, por Rubens Henríquez, páginas 97 a 109.

Los grafismos y los conceptos técnicos del planeamiento urbanístico en el Derecho alemán, por Luciano Parejo Alfonso, págs. 109 a 121.

REVISTA DE ESTUDIOS AGRO-SOCIALES

Abril-junio 1976, núm. 95

Intervención del Estado en las producciones y precios agrarios, por Agustín Cotorruelo Sendagorta, páginas 15 a 31.

Intervención del Estado en el comercio exterior de productos agrarios, por Nemesio Fernández Cuesta, págs. 31 a 41.

Grado deseable de intervención del Estado en la agricultura y planificación regional, por José L. Rodríguez Alcaide, págs. 41 a 61.

Estrategia de las empresas agrarias frente a la intervención estatal, por Enrique Ballester Pareja, páginas 61 a 73.

El grado de intervención deseable del Estado en la investigación y el desarrollo tecnológico, por José Lostao, págs. 73 a 99.

El grado de intervención del Estado en los montes y en la conservación de la naturaleza, por Manuel Moreno Pinedo, págs. 99 a 115.

REVISTA DE ESTUDIOS DE LA VIDA LOCAL

Abril-junio 1976, núm. 190

El régimen municipal y sus reformas en el siglo XVIII, por Benjamín González Alonso, págs. 249 a 277.

La actividad de gestión de los entes locales en el marco de la estatización contemporánea de la vida pública, por Luis Morell Ocaña, páginas 277 a 319.

El visado colegial de proyectos técnicos como instrumento de disciplina urbanística, por José A. López Pellicer, págs. 319 a 349.

Los planes de circulación como actuaciones urbanas a corto plazo, por Rafael Izquierdo y José Luis Zubietta, págs. 349 a 369.

Julio-septiembre 1976, núm. 191

El protagonismo femenino en la política local española, por Julián Carrasco Belinchón, págs. 489 a 509.

El recurso contra la validez de elecciones y aptitud legal de los proclamados Concejales y Diputados provinciales, por Javier Salas, páginas 509 a 539.

Alternativas del régimen especial balear, por Francisco Lliset Borrell, páginas 539 a 551.

REVISTA GENERAL DE DERECHO

Octubre-noviembre 1976,
núms. 385-386

El ámbito del derecho de retención y su problemática, por José María Ramos González, págs. 959 a 968.

Licencias municipales de obras para la construcción de viviendas en régimen libre y en régimen de protección oficial, por Antonio Martí Bagué, págs. 968 a 978.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Septiembre 1976, núm. 3

El Derecho civil en el teatro de Shakespeare, por Rafael Alvarez Vi-
garay, págs. 209 a 251.

Tipología de las innovaciones en las cosas comunes en la disciplina positiva de la propiedad horizontal, por Carlos Vattier Fuenzalida, págs. 251 a 269.

Octubre 1976, núm. 4

La ley en Santo Tomás de Aquino,
por Gabriel Alférez Callejón, pá-
ginas 323 a 345.

La reforma procesal penal: necesidad de restaurar el recurso de manifestación, por Víctor Fairén Gu-
llén, págs. 345 a 381.

REVISTA JURIDICA DE CATALUÑA

Julio-septiembre 1976, núm. 3

Naviero, propietario del buque y empresario de la navegación y del transporte en el Código de Comercio español, por Francisco Vi-
cent Chuliá, págs. 557 a 655.

Los poderes del Juez, por Santiago
Sentís Melendo, págs. 655 a 701.

*Sobre el «trasplante» de pruebas pe-
nales a un proceso civil posterior*,
por Luis Muñoz Sabaté, págs. 701
a 713.

