



REVISTA
JURIDICA

— DEL —

NOTARIADO

OCTUBRE~DICIEMBRE 1993

REVISTA JURIDICA
DEL
NOTARIADO

Antigua **Revista de Derecho Notarial**

Fundada en 1953 por

Rafael Núñez-Lagos

LA REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO
NO SE IDENTIFICA CON LAS OPINIONES EXPRESADAS
POR LOS AUTORES EN SUS TRABAJOS

I.S.S.N.: 1132-0044

Depósito legal: GU-72/92

Gráficas Minaya, S.A. - calle Méjico, 45 - 19004 GUADALAJARA

CONSEJO DE DIRECCIÓN

Presidente

Ilmo. Sr. D. Antonio Rodríguez Adrados

Vocales

D. Fernando Pantaleón
D. Juan Luis Iglesias Prada
D. José Luis Martínez Gil
D. Antonio de la Esperanza Martínez-Radio
D. Augusto Gómez-Martinho Faerna
D. Angel Martínez Sarrión
D. Antonio Soto Bisquert
D. Luis Rojas Montes
D. José María Segura Zurbano
D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
D. Mariano Javier Gimeno Gómez-Lafuente
D. Fernando Arroyo del Corral
D. Francisco Javier Manrique Plaza
D. Julián Peinado Ruano
D. José Manuel Díe Lamana
D. Juan Francisco Delgado de Miguel

Director

D. Ignacio Solís Villa



Dirección:
Ruiz de Alarcón, 3
28014 MADRID

Tfno.: 91-531.49.05
Fax: 91-521.15.53

SUMARIO

9

Estudios

GOMA LANZON, Ignacio: "Las divisiones y segregaciones en suelo no urbanizable y el artículo 259.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo"

65

MARIN GARCIA DE LEONARDO, María Teresa: "Sustituto, subapoderado y auxiliar: Una interpretación de los artículos 1.721 y 1.722 del Código Civil"

Jurisprudencia

Dirección General de los Registros y del Notariado

RESOLUCIONES COMENTADAS

159

— "Distinta perspectiva de la R. D. G. R. y N., de 13 de junio de 1992 sobre marismas desecadas".

195

— "Usufructo y sociedad de gananciales" (Res. 25 febrero 1993).

205

— "Suficiencia del poder: Autocontratación, negocio indirecto" (Res. 29 abril 1993).

Actualidad jurídica

A) Informes y comunicaciones

226

— GONZALEZ-MENESES ROBLES, Manuel: "El objeto social. Régimen de las participaciones sociales".

269

— MARTINEZ-CALCERRADA Y GOMEZ, Luis: "La Junta General y la impugnación de sus acuerdos en la sociedad de responsabilidad limitada".

33

— PERDICES HUETOS, Antonio B.: “Las restricciones a la transmisión de participaciones en la sociedad de responsabilidad limitada. (Observaciones a propósito del derecho proyectado)”.

35

— REVUELTA GARCIA, Bernardo: “Algunas consideraciones sobre la fiscalidad de la empresa social”.

B) *Notas bibliográficas*

38

— DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco: “Estudios de Derecho agrario”, Madrid, Editorial Montecorvo, 1993, 575 págs.

**LAS DIVISIONES Y SEGREGACIONES
EN SUELO NO URBANIZABLE Y
EL ARTICULO 259.3 DEL TEXTO REFUNDIDO
DE LA LEY DEL SUELO:
FUNCIONES NOTARIAL Y REGISTRAL**

9

IGNACIO GOMÁ LANZÓN
Notario

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** NORMAS APLICABLES.
III. DIVISIONES Y SEGREGACIONES EN SUELO NO URBANIZABLE.
1. El aspecto sustantivo. **a)** *Remisión a la legislación agraria.* **b)** *La prohibición de las parcelaciones urbanísticas.*
b.1) *El complicado marco legal.* **b.2)** *Las dificultades del sistema.* **b.3)** *Parcelaciones urbanísticas y modificaciones hipotecarias.* **b.4)** *Concepto jurídico indeterminado y discrecionalidad de la Administración.* **2.** El aspecto formal. **a)** *Significado del mandato del artículo 259.3 TR.* **b)** *Ambito de aplicación del artículo 259 del TR.* **b.1)** *El aspecto competencial.* **b.2)** *Aspecto lógico y sistemático.* **b.3)** *El caso*

valenciano. c) *Las funciones notarial y registral.* c.1) *El control preventivo.* c.2) *Parcelaciones urbanísticas y principio de legalidad.* c.3) *El Anteproyecto de Real Decreto sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos y acuerdos en materia urbanística.* IV. CONCLUSIÓN: BREVE REFLEXIÓN SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA NORMA. ANEXO.

*Algunas reflexiones sobre el presente
y el futuro del Derecho Urbanístico*

I. Introducción

10 En algunas ocasiones, la aplicación de una regla formal, aparentemente clara, produce dificultades prácticas que nos obligan a elevarnos en la interpretación al fundamento mismo de la norma sustantiva.

Algo así se produce aquí. La aparición en el Texto Refundido de la Ley del Suelo de una norma, el artículo 259, punto tercero, que obliga a Notarios y Registradores a exigir, al autorizar o inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia o la “declaración municipal de su innecesariedad” ha suscitado algunas dudas en la práctica y concretamente, por qué no decirlo, al intentar la inscripción de determinados documentos en el Registro de la Propiedad, que justifican estas modestas reflexiones que me honro en publicar.

En efecto, el carácter taxativo de la norma mencionada no impide que, cuando se trata de autorizar la escritura pública aparentemente comprendida en ella, surjan algunas dudas que es preciso aclarar como, por ejemplo, las siguientes: ¿afecta esa obligación del artículo 259.3 al suelo no urbanizable?; en este caso, ¿se refiere a toda división de terrenos —incluso a meras segregaciones de grandes fincas

rústicas— o sólo a aquéllas que puedan implicar parcelaciones urbanísticas, como pretenden algunos Registradores?; ¿en qué se diferencian las meras segregaciones de las parcelaciones urbanísticas?; ¿puede el Notario, en su caso, apreciar cuándo se dan estas últimas?

Estas cuestiones, que podrían tener una contestación relativamente sencilla a la vista de la norma, resultan sin embargo extraordinariamente complejas por el juego de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y por la insuficiencia de la regulación sustantiva que, como es lógico, condiciona el aspecto formal; no obstante lo cual se perfila en las leyes una perniciosa tendencia a considerar que la actuación del Notario y el Registrador va a solucionar ilegalidades y fraudes que se proscriben con carácter general pero sin adoptar las medidas prácticas necesarias para su control.

En todo caso, señalo desde este momento mi vocación de tratar aquellos supuestos de mayor insuficiencia legislativa y de centrar la atención en aquellos territorios que, por carecer de legislación urbanística, plantean a su vez mayores problemas formales.

Después de las cuestiones mencionadas examinaré somerísimamente el Anteproyecto de Real Decreto sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos y acuerdos en materia urbanística, en cuanto trata el tema objeto de este trabajo, para concluir con una breve excursión sobre el fundamento de la norma, el sistema urbanístico actual.

Y es que tratando de resolver un problema técnico de relativa entidad, aunque de cierta utilidad para la práctica notarial, se le viene al estudioso encima un problema de mayor envergadura: el basamento mismo de la norma sustantiva de la que el problema formal surge y empieza a vislumbrar un panorama mucho más amplio, cual es el del sentido de la regulación actual de la propiedad urbana.

En efecto, burla burlando, van saliendo, casi sin proponérselo, preguntas más profundas como la de hasta qué

punto la planificación, técnica y complicada, pensada para unas pocas grandes urbes es aplicable a los numerosísimos pueblos pequeños de España; hasta qué punto es lícita la “sobrelegislación”, la producción sin medida de disposiciones en extremo concretas que resultan incumplibles por la mayoría de los ciudadanos y por consecuencia colocan a éstos en una situación de ilegalidad utilizable arbitrariamente por el poder establecido como un arma; si es realista y adecuada a los tiempos que corren una ley basada en el absoluto intervencionismo estatal y la práctica desaparición de la propiedad privada...

Es evidente que la resolución de estas cuestiones no es el objeto primordial de este limitado trabajo; pero sí subyacen y circundan todos los problemas planteados. Por ello, me limitaré a hacer unos apuntes finales, en el bien entendido que son sólo el marco de la cuestión central.

12

Antes de pasar al examen de la materia, es conveniente transcribir los preceptos del Texto Refundido que nos van a servir para contestar las preguntas formuladas.

II. Normas aplicables

“CAPÍTULO II. RÉGIMEN DEL SUELO NO URBANIZABLE Y URBANIZABLE NO PROGRAMADO.

SECCIÓN 1.^a RÉGIMEN DEL SUELO NO URBANIZABLE.

.....

Artículo 16 TR. Prohibiciones y autorizaciones.

1. En las transferencias de propiedad, divisiones y segregaciones de terrenos en esta clase de suelo no podrán efectuarse fraccionamientos en contra de lo dispuesto en la legislación agraria, o en otra aplicable, para la consecución de sus correspondientes fines.

2. En suelo no urbanizable quedan prohibidas las parce-

laciones urbanísticas, y habrá de garantizarse su preservación del proceso de desarrollo urbano, sin perjuicio de lo que la legislación aplicable establezca sobre el régimen de los asentamientos o núcleos rurales en esta clase de suelo.

.....

TÍTULO VII. INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA EDIFICACIÓN Y USO DEL SUELO Y DISCIPLINA URBANÍSTICA.

CAPÍTULO I. INTERVENCIÓN EN LA EDIFICACIÓN Y USO DEL SUELO.

.....

SECCIÓN 4.^a PARCELACIONES.

Artículo 257 TR. Parcelaciones.

1. Se considerará parcelación urbanística la división simultánea o sucesiva de terrenos en dos o más lotes cuando pueda dar lugar a la constitución de un núcleo de población.

2. Se considerará ilegal, a efectos urbanísticos, toda parcelación que sea contraria a lo establecido en el planeamiento urbanístico que le sea de aplicación o que infrinja lo dispuesto en la legislación urbanística.

.....

Artículo 259 TR. Régimen de las parcelaciones.

1. No se podrá efectuar ninguna parcelación urbanística sin que previamente haya sido aprobado el planeamiento urbanístico exigible según la clase de suelo de que se trate.

2. Toda parcelación urbanística quedará sujeta a licencia o a la aprobación del proyecto de compensación o reparcelación que la contenga.

3. Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de

división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia o la declaración municipal de su innecesariedad que los primeros deberán testimoniar en el documento.

4. En ningún caso se considerarán solares ni se permitirá edificar en ellos los lotes resultantes de una parcelación efectuada con infracción de las disposiciones de esta Sección.”

III. Divisiones y segregaciones en suelo no urbanizable

14

La contestación de las preguntas que se formulaban en la introducción exige un planteamiento sistemático y ordenado. Creo, en este sentido, que para averiguar cuál haya de ser la conducta del Notario en estas circunstancias hemos de distinguir entre un plano sustantivo —qué normas, y cómo son aplicables a estas realidades fácticas— y un plano formal —cómo vamos a documentar, si lo vamos a hacer, estas operaciones— que es el más propiamente notarial.

Es cierto, sin embargo, que el camino se recorre en el quehacer cotidiano de nuestra profesión en sentido inverso, pues de la escritura, que es el problema inmediato —cómo redactarla—, se pasa seguidamente al aspecto sustantivo, a analizar si el problema formalmente planteado tiene alguna relevancia en el campo de las normas sustantivas; como señala PAREJO (PAREJO GÁMIR, ROBERTO: “Perspectivas notariales en la nueva Ley del Suelo”, *Estudios sobre la reforma de la Ley del Suelo*, Centro de Estudios Registrales, 1991, pág. 169), siendo lo genuino del Notario la redacción de documentos, la perspectiva notarial se convertirá, antes o después, en una contemplación de la ley bajo el prisma del documento.

No obstante, una vez planteado el problema, parece lo lógico, y lo exige la claridad expositiva, comenzar por el problema sustantivo, lo abstracto, para descender luego a lo formal, lo concreto.

1. El aspecto sustantivo.

Dice atinadamente PAREJA (PAREJA Y LOZANO, CARLES: *Régimen del suelo no urbanizable*, Marcial Pons, 1991, página 231) que los efectos de la función pública urbanística en cuanto instrumento definidor del contenido de la propiedad inmobiliaria no se limitan a la determinación pública del *ius aedificandi*, sino que afectan también al *ius disponendi*, como se puede observar en la regulación que la ley hace de las “parcelaciones urbanísticas”.

En efecto, la incidencia de esa función pública en el suelo no urbanizable, dice, se efectúa desde una doble perspectiva: a) a través de una remisión en bloque a la legislación agraria en lo que se refiere a transferencias de propiedad, segregaciones y divisiones (ver hoy el artículo 16.1) y b) a través de la prohibición de efectuar parcelaciones urbanísticas (hoy en el 16.2). Ambas prescripciones, en opinión de este autor, tienen una lectura común que no es otra que el sentido teleológico de la regulación legal del suelo no urbanizable: preservarlo de procesos de desarrollo urbano que puedan producirse al margen de las previsiones que sobre cada tipo de suelo contenga el Plan.

Estas palabras enmarcan adecuadamente el problema del suelo no urbanizable pero exigen, en mi opinión, una triple consideración:

Por un lado, en cuanto al concepto de *ius disponendi*, quizá amplía excesivamente el autor el ámbito de los actos dispositivos que no limita a los actos de enajenación y asimilados, sino que, en su concepto, abarca también a las operaciones hipotecarias. Es una matización puramente terminológica, pues se entiende lo que quiere decir, pero revela una cierta tendencia a confundir acto de disposición con acto de riguroso dominio, enajenación en sentido estricto con mera configuración del objeto en sentido jurídico, que llevará, como luego veremos, a hacer trascender la operación hipotecaria más allá de sus límites estrictos

para convertirla en una operación sospechosa y perseguida.

En segundo lugar, la presunta lectura común de ambas prescripciones es parcial. No se acaba de ver por qué la remisión a la legislación agraria ha de tener un sentido negativo, la preservación del desarrollo urbano, cuando lo lógico es entender que la lectura es positiva: aplicar las normas que se refieran a las actividades agrarias. Posteriormente volveremos a hacer referencia a esta circunstancia.

16 Y en tercer lugar, en conexión íntima con lo que se acaba de decir, y como reconoce el propio PAREJA, la existencia de este denominador común no impide que ambas prescripciones tengan unos efectos y un alcance distintos pues, como luego podremos ver, el exacto cumplimiento de la legislación agraria sobre segregaciones no garantiza necesariamente que las segregaciones practicadas no puedan dar lugar a la constitución de núcleo de población y, viceversa, el hecho de que la segregación no dé lugar a núcleo de población no implica necesariamente que sea conforme a la legislación agraria.

Mas, en todo caso, esta doble perspectiva —la remisión a la legislación agraria y la prohibición de las parcelaciones urbanísticas— es la perspectiva del artículo 16, puntos 1 y 2 del Texto Refundido, por lo que resulta muy conveniente seguir esta sistemática en la exposición, no sin antes advertir que, conforme a la distribución competencial consagrada en la Constitución española, dicho artículo no puede ser el único punto de referencia normativo, sino que habrá que tener en cuenta, en una buena parte de las materias, las leyes autonómicas.

En efecto, el artículo 148 de la Constitución atribuye a las Comunidades Autónomas la posibilidad de asumir competencias en materias como la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (apartado 1.3.º) y la agricultura y ganadería, de acuerdo con la ordenación general de la economía (apartado 1.8.º), y ello ha llevado a varias Comunidades Autónomas, que las asumieron, a legislar sobre la materia.

Excede del propósito que nos hemos impuesto el estudio de la interesante cuestión de si la habilitación constitucional en materia de urbanismo y agricultura es título suficiente para regular cuestiones que afecten al estatuto de la propiedad, habida cuenta de que la legislación civil es competencia exclusiva del Estado (artículo 149.1.8 de la Constitución), Bástenos decir que, como recogen recientemente GUTIÉRREZ-ALVIZ y ROMERO (GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, PABLO; ROMERO CANDAU, PEDRO A.: *Las parcelaciones en el Derecho español*, Consejo General del Notariado, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, 1993, págs. 47 y ss.), el Tribunal Constitucional parece haber dado carta de naturaleza a esta posibilidad en la famosa sentencia sobre la reforma agraria andaluza (26 de marzo de 1987), al entender que no es aceptable que, al socaire de una ordenación uniforme de la propiedad, puedan anularse las competencias de las Comunidades Autónomas sobre aquellas materias en las que entre en juego la propiedad, de manera que es posible que, como ha ocurrido en la práctica con varias leyes autonómicas, el desarrollo de una competencia urbanística incida más o menos directamente en la regulación del dominio.

17

Precisamente este hecho ha motivado que el Texto Refundido no tenga la pretensión de regir en todo el territorio nacional y contenga en su Disposición Final Única una serie de criterios para determinar el nivel de vigencia territorial de los diversos artículos: desde aplicación plena, hasta supletoria, pasando por la básica. En cuanto a nosotros nos interesa, baste decir que tanto el punto 1 como el 2 del artículo 16, es decir, tanto en la remisión como en la prohibición, son legislación básica en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.1.^a, 8.^a, 13.^a y 18.^a de la Constitución, lo que significa que los preceptos del Texto Refundido actúan de marco dentro del cual la normativa autonómica puede desarrollar, respetando siempre la remisión y la prohibición.

a) *Remisión a la legislación agraria.*

En efecto, de acuerdo con el art. 16.1., sensiblemente parecido al antiguo 85.1.4, corresponde a la legislación agraria (u “otra aplicable”, como la forestal) determinar cuáles son las condiciones de fraccionamiento; legislación agraria que hoy, conforme a la distribución constitucional, como decíamos, es competencia de las Comunidades Autónomas.

Consecuencia de ello será que ante un suelo probadamente no urbanizable, habrá que estar a la legislación agraria autonómica para determinar la procedencia o no de la licencia (y de hecho algunas, como luego veremos, la han establecido) y demás requisitos y normas sustantivas aplicables.

Entre estas normas se encuentran las relativas a la **Unidad Mínima de Cultivo** (UMC, en adelante) que, aunque no es el objeto en sentido estricto de este trabajo, merece un breve comentario sobre todo en relación a la normativa aplicable, a su eficacia y a la supuesta finalidad urbanística de su aplicación.

En cuanto a lo primero, aunque algunas Comunidades Autónomas han promulgado normas en este sentido, como los Decretos de la Generalidad de Cataluña de 12 de abril de 1983 y de la Comunidad de Castilla-León de 16 de agosto de 1984, en otras Comunidades no existen normas de similar contenido, lo que nos lleva a plantearnos la aplicación en estos territorios de las disposiciones que sobre Unidades Mínimas de Cultivo contenía la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973. Parece que ha de ser así en cuanto que conforme al artículo 149.3 de la Constitución, el Derecho estatal será, en todo caso, supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas.

Pero es que el problema no es en este caso de competencias, sino de vigencias, pues no son pocos los autores, e incluso alguna sentencia del Tribunal Supremo como la de 10 de mayo de 1980, que entienden que el sistema de

UMC no puede tener aplicación práctica pues no fue determinada reglamentariamente, como preveía el art. 43 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, la extensión de las UMC y la Orden de 27 de mayo de 1958, que las había fijado, se consideró derogada porque la propia LRDA derogó la Ley de 15 de junio de 1954 en que aquélla se sustentaba. Estos argumentos no son totalmente seguros, pues, como señala PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1982, pág. 144), lo que la LRDA hizo fue refundir en un texto legal unitario las normas legales existentes, por lo que siguen vigentes las normas de rango inferior; o PAREJA (*ob. cit.* pág. 234) que observa que el art. 43.1 de la LRDA hace referencia al señalamiento “y revisión” de las superficies, lo que parece indicar que no se pretendió una derogación inmediata de dicha Orden. En todo caso, como sigue indicando este autor, es criticable la inseguridad jurídica a que ha dado lugar esta falta de desarrollo reglamentario.

19

En todo caso, vigente o no, lo que conviene recordar es que aunque el art. 44 afirma claramente que la segregación “sólo será válida” cuando se ajuste a sus prescripciones, han surgido dudas en relación a la eficacia de la norma:

—Para algunos del tenor y finalidad de la disposición legal hay que deducir la falta de validez y, por tanto, no deben ser autorizadas ni inscritas. Recientemente parece sumarse a esta tesis VERDAGUER GÓMEZ (VERDAGUER GÓMEZ, SEGISMUNDO: “Fraccionamientos inmobiliarios”, *La Notaría*, n.º 5-1993, pág. 35).

—Para otros, la única consecuencia de tal infracción es la concesión, en el artículo 45, a los colindantes con parcelas de superficie inferior a la UMC de un derecho de adquisición, lo que en definitiva no es sino una especial aplicación del artículo 6.3 del Código civil en cuanto establece un efecto distinto de la nulidad para el caso de contra-

vención de la norma. Señala PEÑA (*ob. cit.* pág. 145) que esta postura podría sustentarse en un Decreto de 22 de septiembre de 1955 en el que se consideran válidas esas operaciones prohibidas puesto que Notarios y Registradores pueden autorizarlas e inscribirlas, respectivamente.

PAREJA (*ob. cit.* pág. 238) resume la situación doctrinal decantándose por la validez, incluso a pesar de la expresión “no podrán” del artículo 85 (hoy 16.1) de la Ley del Suelo, habida cuenta que la *lex specialis* es la LRDA y ésta no establece la nulidad.

En cuanto al tercer aspecto, su finalidad urbanística, dice PAREJA que la falta de nulidad absoluta en este incumplimiento no hace sino confirmar la insuficiencia de la remisión estudiada a la que sólo cabe atribuir la función básica de establecer un mínimo a las facultades de disposición en suelo no urbanizable. Como dijimos, para este autor, la finalidad de la remisión de la Ley Urbanística es preservar la estructura de la propiedad rústica e instrumentalizar la legislación agraria para preservar al suelo no urbanizable de los procesos de desarrollo urbano.

Pero, como también señalaba antes, esta finalidad no aparece del todo clara. Sostener esta tesis implica partir de una distinción radical entre ambos tipos de suelo y de la prevalencia del urbano, lo que quizá, aunque de acuerdo con la ley, no resulte del todo realista: aparte de la posibilidad, reconocida por la ley, de edificar en suelo no urbanizable, es palpable la existencia en la realidad de estadios intermedios entre suelo urbano y no urbanizable, como luego trataremos de demostrar. Obsérvese que la definición del rústico se hace negativamente —el que no se puede urbanizar— cuando quizá sería más lógico llamar al urbano “no cultivable”, pues al fin y al cabo las ciudades están en medio del campo.

Quiero decir que indudablemente la definición del suelo rústico o no urbanizable como el que se dedica a determinados usos, excluirá indirectamente los no comprendidos en

la definición, como los urbanísticos, pero que, en cambio, resulta excesivo y deformador examinar los instrumentos aplicables a ese suelo, cuya legislación goza incluso de tanta autonomía como la urbanística, desde un punto de vista exclusivamente negativo, por mucho que el valor del suelo urbano sea mucho mayor y su legislación más complicada.

En definitiva, la finalidad de la UMC es agraria, evitar la excesiva parcelación de las fincas rústicas, no evitar núcleos de población. Si fuera así, al fijar las superficies mínimas habría que tener en cuenta otras circunstancias distintas de las agrarias, o establecer específicamente criterios presuntivos como hace la legislación catalana a la que más adelante nos referiremos de nuevo. En este sentido VERDAGUER GÓMEZ (*ob. cit.* pág. 35), que entiende que esta norma no tiene finalidad urbanística y que no cabe equipararla con las limitaciones en suelo urbano o urbanizable programado.

Y, en todo caso, es evidente que ni en la teoría ni en la práctica, las UMC, sin una regulación adecuada, impiden la aparición de un núcleo de población.

21

b) *La prohibición de las parcelaciones urbanísticas.*

El segundo aspecto sustantivo que hemos de tratar es el de la prohibición expresa de las parcelaciones urbanísticas que contiene el art. 16 punto 2, que no ha de coincidir necesariamente, como ya hemos dicho, con las prescripciones contenidas en la legislación agraria.

Pero, ¿qué es una parcelación urbanística?, ¿en qué se diferencia de una operación hipotecaria normal?, ¿por qué normas se rige?

b.1) *El complicado marco legal.*

La primera dificultad que surge en la contestación de estas preguntas se encuentra en la norma en virtud de la cual hay que hacer la definición.

El artículo 16 en su punto 2, como antes señalábamos, tiene el carácter de legislación básica a efectos de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y el 257, definidor de la parcelación urbanística, y el 259.2, que exige la licencia para la parcelación urbanística, son sólo de aplicación supletoria, según se desprende de la Disposición final.

Por todo ello, las Comunidades Autónomas podrán, dentro del marco de la prohibición, determinar en lo posible qué es una parcelación urbanística, así como establecer los requisitos que toda división de terrenos haya de cumplir desde el punto de vista sustantivo, como la sujeción a licencia, por ejemplo (resulta, no obstante, poco coherente que la prohibición de las parcelaciones sea de legislación básica y su definición supletoria, pues bastará manipular la definición para burlar la prohibición).

22 Así, podríamos clasificar las normativas autonómicas en tres grupos: las que no tienen normativa que regule estas cuestiones; las que la tienen pero no definen la parcelación urbanística aunque establezcan requisitos como la licencia; las que tienen legislación y además establecen criterios definidores o presuntivos de infracción urbanística en esta materia.

Entre las primeras podemos señalar la Comunidad autónoma de Castilla-La Mancha, Castilla-León, la de Extremadura o Andalucía...

Entre las segundas podemos destacar, la Ley 5/1987, de 7 de abril, sobre Ordenación del Suelo Rústico en Canarias, que define en su artículo 6 las parcelaciones urbanísticas de modo casi idéntico al del artículo 257 del Texto Refundido, e impone la licencia municipal con previo informe favorable de la Consejería competente en materia de agricultura para las segregaciones y divisiones de fincas rústicas.

Igualmente la Ley 4/84, de 10 de febrero de la Comunidad de Madrid, en su artículo 14, no define las parcelaciones urbanísticas, pero exige para las "parcelaciones rústicas"

autorización de la Comisión de Urbanismo y Medio Ambiente de Madrid, previo informe favorable de la Consejería de Agricultura y Ganadería e informe del Ayuntamiento correspondiente y posterior licencia de parcelación, siendo nulas de pleno derecho en caso contrario.

Pero quizá las más perfectas son aquéllas que contienen, además de requisitos específicos como la licencia, criterios que permiten definir o al menos reconocer con claridad cuándo nos encontramos ante una parcelación urbanística prohibida en suelo no urbanizable. Entre ellas podemos señalar el Decreto 169/1983, de 12 de abril, de la Generalidad Catalana, que ha establecido la prohibición de segregar fincas por debajo de la Unidad Mínima de Cultivo y establece que la vulneración de esa prohibición determina la presunción de infracción urbanística, presunción que también se producirá cuando se realicen alineaciones de partes indivisibles o se constituyan sociedades que den lugar al uso exclusivo de porciones inferiores a la UMC, aunque admite como excepción el de los huertos familiares y edificaciones industriales u otros usos no agrícolas, con la pertinente autorización. Por otro lado, el artículo 139 del Texto Refundido de la Ley del Suelo en Cataluña define el núcleo urbano como asentamiento urbano generador de requerimientos o necesidades asistenciales o de servicios urbanos.

23

También en este grupo se puede comprender la reciente Ley 4/1992, de 5 de junio, de la Generalidad Valenciana sobre suelo no urbanizable, en su disposición adicional tercera, impone la previa licencia municipal para todo acto de parcelación o segregación de fincas o terrenos en suelo no urbanizable o urbanizable no programado. Pero lo interesante de esta norma no es sólo eso sino, y sobre todo, que establece la prohibición de efectuar actos de división y segregación en algunos casos concretos que son presuntivos de las parcelaciones urbanísticas y que por su interés reproduzco seguidamente:

- a) Cuando pudieran dar lugar a la creación de un mayor

número de fincas que sean inferiores a la unidad de cultivo establecida reglamentariamente como mínima. En defecto de esta previsión reglamentaria no podrá realizarse la división que creara un mayor número de fincas inferiores a la parcela mínima fijada para la realización de usos o aprovechamientos previstos en esta ley.

No obstante, sí podrá autorizarse la división, en este caso, con informe favorable a ella, fundado en necesidades de la actividad agrícola y expedido por la consellería competente o previo compromiso, adquirido por el peticionario de la licencia e impuesto como condición de ella a inscribir en el Registro de la Propiedad, de no efectuar obras de construcción ni de urbanización de la parcela.

b) Cuando se refieran a fincas en las que ya existan construcciones ilegales, salvo que la segregación no agravara las circunstancias determinantes del cumplimiento de la legislación.

24

c) Cuando la división pretendida sea incompatible con las condiciones de indivisibilidad impuestas por una autorización previa o declaración de interés otorgada a los efectos previstos en el artículo 8. Para comprobar este extremo el Ayuntamiento que otorgue la licencia exigirá, si fuera preciso, certificación negativa del Registro de la Propiedad.

d) Cuando deba presumirse legalmente que tienen un fin urbanístico por existir ya de hecho en los terrenos o encontrarse proyectada la instalación de infraestructuras o servicios innecesarios para las actividades a que se refiere el artículo 5, apartado A), 1, de esta Ley, o de carácter específicamente urbano, así como por proponerse realizar o responder a una división fáctica que, por sus características, pudiera suponer riesgo de formación de un núcleo urbano.

b.2) Las dificultades del sistema.

Como se puede apreciar, la primera complicación con la que nos encontramos es la variedad de disposiciones sustan-

tivas aplicables según el territorio, la posibilidad de que en algunas Comunidades Autónomas no haya norma sustantiva aplicable e incluso la de que, aun habiendo, no contenga un criterio definidor claro de lo que haya de ser parcelación urbanística o, como ocurre en la catalana o en la valenciana, unos criterios presuntivos que faciliten la aplicación de la norma. Indudablemente, en los territorios autónomos en que no hay norma o criterio claro se produce una cierta inseguridad jurídica en el particular que, actuando de buena fe, como debe presumirse, no puede saber a ciencia cierta si la segregación que pretende es o no urbanística, e incluso, como luego veremos, fomenta una discrecionalidad de la autoridad urbanística que, con esa misma imprecisión en los conceptos, va a conceder o a denegar licencias.

Ahora bien, la falta de determinación de lo que es posible núcleo de población y, en conexión con ello, lo que es parcelación urbanística en la correspondiente legislación autonómica, podrá ser paliada, por un lado, por la legislación estatal del suelo, que como hemos dicho actúa como supletoria o como legislación básica en sus artículos 16, 257 y 259.2, y por otro, por las previsiones del Planeamiento de cada municipio.

En efecto, como señala ARGULLOL (ARGULLOL MURGADAS, ENRIQUE: "Régimen jurídico del suelo no urbanizable", en *Derecho Urbanístico Local*, coordinada por José M. Boquera Oliver, Civitas, 1992, pág. 299), corresponde al Planeamiento determinar, en función de las peculiaridades de cada territorio, el concepto de núcleo de población aplicable y las condiciones que den lugar a su formación. De hecho, el Planeamiento se aplica también al suelo no urbanizable, aunque sólo para preservarlo del destino urbano (art. 162 TR). Además, este criterio se desprende del artículo 257, que para determinar la ilegalidad se remite a lo establecido "en el planeamiento urbanístico que le sea de aplicación" y del Reglamento de Planeamiento, en sus artículos 36 b), 92 c) y 93 c) que han sido declarados subsistentes por el De-

creto 304/1993, de 26 de febrero en el que se contiene la tabla de vigencias de las normas reglamentarias.

En este sentido, la STS de 11 de julio de 1984 reconoce la competencia de las normas del planeamiento a estos efectos y, en defecto de normativa en el planeamiento municipal, como indicó la de 30 de diciembre de 1986, corresponde a las normas provinciales actuar subsidiaria y complementariamente en la regulación del suelo no urbanizable y también orientadoramente para los planeamientos que en el futuro se redacten.

26 Sin embargo, con ello no quedan agotadas todas las posibles complicaciones normativas, pues es perfectamente posible, y se da mucho en la práctica en municipios pequeños, que tal definición no exista en los Planes, que a lo sumo contienen algunas normas referidas exclusivamente a la edificación por interés social en suelo no urbanizable, y que tampoco haya normas provinciales. De hecho, y aunque no sea fácil hacer estadísticas, es probable que la mayoría del territorio español se encuentre en estas circunstancias.

Dada nuestra vocación de analizar aquellos supuestos y territorios más huérfanos de regulación es, pues, imprescindible, volver al principio: al análisis del artículo 16.2 y a la interpretación del significado de la expresión “pueda dar lugar a núcleo de población” que contiene el artículo 257, pues ambos, como decíamos, son de aplicación supletoria en aquellas Comunidades Autónomas que no tengan legislación propia y por tanto han de ser el punto de referencia de los municipios que no tengan normas al respecto, y el marco en el que se han de mover los que las tengan o las pretendan aprobar. En realidad, y como se ha podido apreciar, el examen de estos dos artículos servirá también para buena parte de las normas autonómicas que se han basado en la estatal.

b.3) Parcelaciones urbanísticas y modificaciones hipotecarias.

¿Qué es una parcelación urbanística a la luz del artículo 257?

Ya el artículo 94.1 de la antigua Ley del Suelo señalaba que “se considerará parcelación urbanística la división simultánea o sucesiva de terrenos en dos o más lotes cuando pueda dar lugar a la constitución de un núcleo de población...”, en forma idéntica a la hoy recogida por el artículo 257.1, si bien éste añade luego la coletilla “en la forma en que éste (el núcleo de población) se determine reglamentariamente”, que nunca se ha llevado a cabo y que, además, ha desaparecido del artículo 257, probablemente porque esa definición deba hacerse ya por normas de carácter autonómico.

La ley trata de evitar la formación de nuevos objetos jurídicos a través del fraccionamiento de las fincas rústicas, pues ello puede propiciar la formación de urbanizaciones privadas o núcleos de población, mediante su enajenación individualizada, creando una apariencia de legalidad por la existencia física de parcelas que incluso puede estar documentada. Se trata de atacar en el germen, evitar el nacimiento del problema, pues más adelante va a ser muy difícil de extirpar, reponiendo las cosas a su estado primitivo, por la enorme tensión social que plantea la demolición: realizada la edificación quizá es ya demasiado tarde.

Pero, ¿cuándo nos encontramos ante una parcelación urbanística?, ¿en qué se diferencia de una simple segregación? De la escueta definición del artículo 257 se puede apreciar la existencia de dos elementos:

— Un elemento real: la existencia de una “división de terrenos”.

— Un elemento potencial: el “núcleo de población”, que podrá o no llegar a tener existencia.

El elemento existente está condicionado por el potencial:

no se trata de una “división de terrenos” simple, sino **cualificada**, porque sólo accede al título de parcelación urbanística aquélla que puede dar lugar a núcleo de población.

Como dice la STS de 10 de febrero de 1987 “si bien toda división de fincas o segregación de porciones de una finca supone creación de parcelas, no puede, sin embargo, afirmarse que ello implique una parcelación urbanística... pues para tal clasificación se requiere que... pueda dar lugar a la creación o constitución de núcleo de población”.

Ahora bien, esa “división de terrenos” cualificada a que se refiere la ley, ¿es la simple y pura segregación o división, como tales operaciones hipotecarias?

28 Este es quizá el nudo de la cuestión. Téngase en cuenta que no hay una conexión inexorable entre fraccionamiento del terreno en dos o más lotes, entendida como operación jurídica destinada a configurar un objeto de derecho, y el concepto de núcleo de población; y así parece entenderlo la Ley cuando sólo prohíbe aquéllas que puedan dar lugar a éste.

Pero, todavía más, en términos lógicos no hay relación necesaria entre segregación o división y núcleo de población, ni siquiera con la existencia de pluralidad de propietarios, que en todo caso serán debidos a actos materiales o jurídicos posteriores. La venta de un cuchillo de cocina puede dar lugar a un asesinato, pero **en sí misma** es un acto indiferente, que puede propiciar muchas actividades lícitas. Es decir, la división de terrenos **nunca dará lugar a núcleo de población**, como causa próxima; el núcleo de población se formará posteriormente debido a las obras de urbanización, edificación y, sobre todo, al poblamiento, a la llegada de gente. Más aún, aunque la segregación o división puedan ser un paso lógico en la formación consciente de un núcleo de población, por pretenderse que los adquirentes de las parcelas tengan un título inscrito aunque la finca figure como rústica, es claro que parcelación urbanística y modificación hipotecaria no son términos homogéneos y la prueba

es que, como señalan acertadamente GUTIÉRREZ-ALVIZ y ROMERO CANDAU (*ob. cit.* pág. 131), puede existir parcelación sin alteración de finca registral e incluso, sin finca registral (caso de que la finca no esté inscrita).

Y en realidad ni la misma ley es clara al respecto pues, cuando habla de “división de terrenos”, más que a la operación hipotecaria en sentido estricto (sería “división de fincas”), parece que se está refiriendo a la parcelación en sentido material, a la separación física de terrenos. Y es que todavía en estas últimas operaciones materiales de separación podría tener sentido lógico la norma, pues esa operación física ya presupone una mínima urbanización.

De hecho, es posible encontrar sentencias del Tribunal Supremo (30 diciembre de 1985, 23 de julio y 24 de septiembre de 1984) que decretan la ilegalidad de determinadas parcelaciones en atención a indicios como apertura de calles, existencia de alumbrado, etc., e incluso en la de 13 de marzo de 1990 (que tomo de GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS: *Comentarios a la Ley de Reforma del Régimen urbanístico y Valoraciones del Suelo*, Civitas, 1991, pág. 119) se dice que “la parcelación urbanística... no se produce con la simple división física de la finca, sino que se completa con la división jurídica del derecho de propiedad sobre el suelo...” dando a entender que la parcelación urbanística es **algo más** que una simple operación hipotecaria: es una conjunción de operaciones jurídicas y materiales que provocan la fundada sospecha de que se va a formar un núcleo de población. Pero cuando se trata exclusivamente de la segregación o división en sentido jurídico, es decir, en la formación de una finca registral, el suelo sobre el que ello se opere puede permanecer perfectamente inalterado, sin rastro alguno de la mano humana.

Es claro que la construcción de calles, alumbrado o alcantarillado sólo puede tener una lectura: el núcleo de población naciente y máxime si ello va acompañado de una configuración jurídica por parcelas. Esta configuración, por sí

sola, en cambio, puede ser una preparación aparente de un núcleo de población, por la similitud y simetría de las parcelas y de las vías de acceso, pero aun en ese supuesto cabe la duda de si se va a utilizar para construir casas o para aparcar tractores que no quieren introducirse en la población (caso real que he tenido la posibilidad de seguir). Calificarlo como parcelación urbanística prohibida sería tanto como encarcelar al que tiene varias escopetas por sospechoso, en una resurrección urbanística de la antigua Ley de Vagos y Maleantes.

30

En conclusión, el elemento constitutivo esencial de la parcelación urbanística es el material: la formación de parcelas. La operación hipotecaria es un elemento **accidental** o, a lo sumo, **natural** de la parcelación urbanística, pues, aunque sea frecuente que la acompañe, ésta puede existir sin aquélla. Por tanto, si el razonamiento seguido hasta ahora es correcto, no parece posible calificar a una simple operación hipotecaria de parcelación urbanística si no va acompañada de una serie de operaciones materiales que hagan presuponer que la operación jurídica que la acompaña está encaminada a la formación de un núcleo de población. Pero la operación jurídica aislada, por no ser un presupuesto indispensable del núcleo de población (puede no existir finca registral), porque puede propiciar otras finalidades lícitas, y por no ser de naturaleza homogénea a la de la parcelación, no puede tener el mismo tratamiento que ésta.

Otra cosa sería, no obstante, que la ley preconstituyera los indicios de núcleo de población (parcela mínima, por ejemplo) de modo análogo a los criterios que establece el Código civil para la medianería, como presunciones *iuris tantum*. En este sentido se pronuncia la legislación catalana, como hemos visto antes, y la valenciana, de la cual, incluso, se puede extraer un criterio confirmador de nuestra tesis: en la letra b) del punto 2 de la Disposición Adicional tercera, anteriormente transcrita, prohíbe la segregación cuando se refiera a fincas en las que existe ya una construcción ilegal,

y la letra d) cuando existan infraestructuras o servicios innecesarios para las actividades agrarias o cuando se propone o responde a una división **fáctica** que pueda suponer un riesgo de formación de un núcleo urbano. Ambos criterios suponen algo más que una mera operación hipotecaria: implican la existencia de unas operaciones materiales o de unas construcciones preexistentes que fundamentan la presunción de parcelación prohibida.

b.4) Concepto jurídico indeterminado y discrecionalidad de la Administración.

Ahora bien, si se admite lo que afirmamos en el apartado anterior, y nos encontramos con el supuesto, no poco frecuente, de que la legislación autonómica establezca la licencia previa, pero no defina la parcelación urbanística más allá de lo que dice la Ley del Suelo estatal (casos de Madrid y Canarias) y no existen tampoco normas en el planeamiento del municipio concreto, hemos de hacernos varias preguntas: ¿con arreglo a qué criterios el Ayuntamiento al que corresponda, de acuerdo con la legislación autonómica, otorgar la licencia para una segregación en suelo no urbanizable va a concederla o denegarla, si no puede conocer exactamente si hay o no parcelación urbanística? ¿Cómo va a saber el particular que lo solicita si está dentro de la ley o no, si el posible núcleo de población puede incluso no depender de él? ¿Hasta qué punto no concede esta situación un poder excesivamente discrecional a la autoridad urbanística? O si no se usa ese poder, ¿hasta dónde llega la eficacia de la prohibición?

Es evidente que nos encontramos ante un punto de tensión entre la eficacia de la prohibición y la protección de los particulares. A mayor poder de la Administración, mayor eficacia de la prohibición, pero también un mayor riesgo de perjuicio para el particular ante una actuación discrecional de la Administración. ¿Cómo enfocar el problema?

El punto de partida ha de ser el del carácter reglado de las licencias urbanísticas incluso, como señala ENTRENA (ENTRENA CUESTA, RAFAEL: "Licencias Urbanísticas y discrecionalidad administrativa" en *Derecho Urbanístico Local*, coordinado por José M. Boquera Oliver, Civitas, 1991, pág. 366) en el caso de las llamadas licencias especiales, salvo algún supuesto muy concreto. Es decir, en materia de licencias, la falta de concreción por la ley del concepto general prohibido (la parcelación urbanística) y, por ende, de los supuestos en que es preceptivo conceder o denegar la licencia, no debe interpretarse como un campo abierto a la discrecionalidad de la Administración: se impone antes precisar el concepto indeterminado prohibido.

32

Destacan EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ (*Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas, 1981, págs. 385 y ss.) que resulta capital distinguir la idea de discrecionalidad de la Administración del "concepto jurídico indeterminado". Este último, a diferencia del "determinado", se refiere a una parcela de la realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto. Por ejemplo, "incapacidad permanente", "buena fe", "negligencia", conceptos aplicados en casi todas las disciplinas. Pero lo que caracteriza al concepto jurídico indeterminado es que permite una sola aplicación justa: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de la aplicación. O hay buena fe o no la hay. En cambio, la potestad discrecional permite una pluralidad de soluciones justas, entre las cuales se puede optar, porque son indiferentes jurídicamente pues la decisión se basa en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos).

Por lo dicho, señala PAREJA (*ob. cit.* pág. 240), que la falta de previsión en el Plan (y debemos añadir, en las legislaciones autonómicas) no afecta a la eficacia de la limitación pues, en definitiva, la posibilidad de formación de un núcleo de población es un concepto jurídico indeterminado

cuya existencia puede ser establecida en cada caso mediante el examen de las circunstancias objetivas concurrentes en cada caso.

De acuerdo con estas ideas, el Ayuntamiento concedería la licencia si del conjunto de las circunstancias concurrentes, tanto jurídicas como físicas, comprobadas después de la pertinente inspección, se deduce que difícilmente puede surgir población; y la denegaría en caso contrario. Ahora bien, si lo que se presenta al Ayuntamiento es sencillamente un proyecto de segregación o división, concebido como operación jurídica, sin que existan operaciones materiales, parece muy difícil que nadie pueda determinar que de ahí puede surgir un núcleo de población. Y por ello, y salvo el caso de que del proyecto de segregación o división se dedujese claramente la finalidad de formar el núcleo, que sería tanto como confesar la intención, no hay más remedio, en mi opinión, que presumir la licitud del acto, en tanto no existan criterios presuntivos establecidos por la ley autonómica o el planeamiento municipal que permitan resolver otra cosa.

33

Dicho de otra manera, si de la operación calificada se puede deducir, por la concurrencia de factores jurídicos o materiales, o sólo materiales, que se está dando lugar a un núcleo de población, o que no, el Ayuntamiento, precisando el único sentido que el concepto jurídico indeterminado "parcelación urbanística" puede tener, concederá o denegará la licencia. Esto, de acuerdo con las ideas de GARCÍA DE ENTERRÍA, antes señaladas, no es un supuesto de discrecionalidad de la Administración, y siempre podrá ser recurrido ese criterio por erróneo. Aunque, claro es, en la práctica, la indeterminación puede convertirse en discrecionalidad e incluso en arbitrariedad por las dificultades que supone al ciudadano tener que enfrentarse a un criterio contrario de la Administración, tener que defender su derecho. Determinación, en este caso, es seguridad jurídica, certeza sobre lo que corresponde, abrigo frente a la mera sospecha, justificada o no. En este sentido ENTRENA (*ob. cit.* pág. 366)

señala que en ocasiones los conceptos jurídicos indeterminados, por su ambigüedad y amplitud dejan una amplia posibilidad de interpretación en manos de la Administración y por ello tales actos deben ser revisables ante los Tribunales, en particular en lo que se refiere a la debida aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados y a la obligatoria aplicación de los principios de proporcionalidad administrativa y de menor restricción.

34

Ahora bien, si la operación calificada es puramente jurídica, una mera segregación, el no otorgamiento de la licencia será, por lo menos en la mayoría de los casos (excluyendo los supuestos en los que se declare expresamente la finalidad) puramente arbitrario pues será intelectualmente imposible saber si va o no a surgir de la segregación proyectada un núcleo de población. Por ello, en un Estado de economía de mercado, en el que se proclaman derechos fundamentales y libertades públicas, rige la presunción de buena fe y de inocencia, se protege la propiedad y su contenido esencial, no cabe sino autorizar lo que no aparece expresamente prohibido (las segregaciones en suelo no urbanizable), sin que la mera sospecha de otra cosa (la parcelación) pueda llevar a su denegación.

2. El aspecto formal.

Una vez examinados los aspectos sustantivos de la operación pretendida, los problemas de concepto que plantea, y presupuesto que se han resuelto, es preciso pasar a examinar su formalización documental: la escritura.

Es evidente que rara vez se presentará nadie al despacho con la pretensión de formalizar una "escritura de parcelación urbanística" en suelo no urbanizable; no, se pretenderá una segregación o división y venta bajo juramento de que las finalidades son puramente agrícolas.

Pero el quid de la cuestión radica en la sospecha que el Notario o el Registrador puedan tener de que haya algo

más que una pura segregación. Es cierto que cuando la ley impone la licencia u otro control de la regularidad del acto, la sospecha del Notario no tiene importancia pues es claramente otra la instancia encargada de velar por el cumplimiento de la regularidad de la legalidad urbanística material, cumpliendo al Notario respetar la formal —exigir la licencia— pues otra actitud más rigurosa podría ser considerada un abuso de competencias. Si no hay control alguno, ¿es la sospecha un elemento que puedan tener en cuenta el Notario y el Registrador al autorizar o inscribir? ¿Si no es así, pueden exigir pruebas u otros documentos, no impuestos específicamente por la ley, que alejen la sospecha creada?

a) Significado del mandato del artículo 259.3 TR.

Es hoy claro que en virtud del mandato impuesto por el artículo 145 del Reglamento Notarial, el Notario deberá comprobar que concurren todos los requisitos necesarios para la validez del acto, entre ellos las licencias y autorizaciones previas, pues como indica GOMÁ (GOMÁ SALCEDO, JOSÉ ENRIQUE: *Derecho Notarial*, Dykinson, 1992, pág. 136) según la doctrina más reciente, el Notario, como funcionario público, ha de aplicar todas las normas y no sólo las civiles y, por tanto, debe exigir la pertinente autorización con carácter previo cuando ésta sea necesaria, haciéndolo constar en el documento, con la única excepción de aquellas legislaciones que, como la de minas, establecen tales requisitos sólo a efectos administrativos o permiten su acreditación posterior.

Por todo ello, en aquellos casos en que la legislación competente exige licencia y sobre todo cuando establece la nulidad por su falta o específicamente impone al Notario su exigencia, el Notario deberá tenerla en cuenta para autorizar, incorporándola o insertándola.

Esto ocurre precisamente con el artículo 259.3 del Texto Refundido, que, con independencia de cuál sea su ámbito de aplicación, asunto que trataremos seguidamente, impone

esa exigencia respecto a la licencia y la declaración de innecesariedad.

Sin embargo, GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ROMERO (*ob. cit.* pág. 181) no parecen ser de esta opinión pues entienden que en ningún momento la ley impide la autorización o la inscripción: sencillamente tal artículo dice que Notario y Registrador exigirán la licencia o la declaración de innecesariedad, sin que ello signifique que, si no se acredita, no se pueda autorizar e inscribir, salvando el Notario su responsabilidad con las pertinentes advertencias y el Registrador la suya con una nota marginal. Ello, a su juicio, se vería reforzado por el hecho de que la ley no establece la nulidad para las infracciones de la normativa de parcelaciones sino sólo su ilegalidad a efectos urbanísticos, con la consecuencia de unas multas pecuniarias.

36

No puedo estar de acuerdo: aparte de que, como se decía, el Notario ha de aplicar toda la ley, incluso la administrativa, el artículo 259 no puede ser más claro en su expresión y cualquier otra interpretación es a mi juicio un juego de palabras sin demasiado sentido. Por otro lado, el hecho de que no se sancione específicamente con nulidad la falta de licencia no quiere decir que no sean nulos, pues aquélla resulta directamente del artículo 6.3 del Código civil, por mucho que sea cierto que la Jurisprudencia haya moderado los efectos de la nulidad radical en aquellos supuestos en los que el requisito omitido pueda ser cumplimentado posteriormente; y, aunque no fuera nulo, no parece admisible utilizar la técnica de documentar un negocio incompleto cuando la licencia es previa y la ley se molesta en recordar al Notario que en el mismo momento del otorgamiento ha de exigirla. Finalmente, ha sido reformado el Reglamento Hipotecario en su artículo 98, suprimiendo la posibilidad de inscribir provisionalmente los actos de disposición carentes de licencia, de manera que hoy tampoco las normas hipotecarias permiten el acceso al Registro sin cumplir estos controles previos.

b) Ambito de aplicación del artículo 259 del TR.

Ahora bien, el artículo 259 plantea varias incógnitas en su aplicación: ¿se aplica al suelo no urbanizable, o sólo al urbano y urbanizable?, ¿se aplica a todo el territorio nacional y, en su caso, con qué carácter?; ¿cómo puede ser el punto 2 —que establece la licencia para las parcelaciones urbanísticas— supletorio y el punto 3 —que determina la actuación de los Notarios y Registradores— de aplicación plena?

Hay que reconocer que en aquellas Comunidades Autónomas en que existe regulación urbanística estos problemas —quizá con la excepción del punto 3 que por ser de aplicación plena exige una coordinación, como luego veremos— se evitan porque la norma especial desplaza a la general. En este sentido, algunas normas urbanísticas autonómicas, para evitar la posible duda, establecen la nulidad de las parcelaciones sin licencia y, quizá excediéndose un tanto de sus competencias, al tratar la cuestión formal, establecen también algunas reglas relativas a la actuación de los Notarios y Registradores al respecto. Así, la legislación canaria, la de Madrid y la valenciana, en coincidencia con el artículo 259.3, pero en referencia específica al suelo no urbanizable (cosa que el artículo 259 no aclara) prohíben a Notario y Registrador, la autorización e inscripción, respectivamente, sin que se acredite el otorgamiento de licencia, añadiendo la valenciana alternativamente el certificado de innecesariedad.

Por su parte, la ley núm. 9, 18 de noviembre de 1981, de Protección de la Legalidad Urbanística de Cataluña, en su artículo 31 impone al Notario la obligación de exigir al otorgante la pertinente licencia, que deberá testimoniar en la escritura y “en todo caso, en un apartado correspondiente a la situación urbanística de la finca, hará las advertencias pertinentes sobre las responsabilidades de todo tipo en que pudieran incurrir los otorgantes por carecer de las licencias urbanísticas adecuadas para la actuación que pre-

tendan sobre los terrenos correspondientes a las fincas objeto del instrumento público”, que, aunque plantea dudas de legalidad al ser la ordenación de los registros e instrumentos públicos competencia exclusiva del Estado, como antes se decía y luego se repetirá, sin embargo establece una regulación sustantiva y formal que contribuye a despejar dudas.

Pero, ¿qué decir de aquellas Comunidades Autónomas en las que no hay norma al respecto, ni sustantiva ni formal? Un primer examen lleva a pensar que si nada pide la ley, nada hay que exigir. Sin embargo, en algunos registros se ha mantenido que en estos casos es perfectamente aplicable el artículo 259 del Texto Refundido en su parrafo 3.º y por tanto procede pedir, ya que no la licencia, que no viene exigida por la ley autonómica, sí por lo menos la declaración municipal de su innecesariedad que viene impuesta, con carácter pleno para todo el territorio nacional, por dicho artículo.

38

Y, ciertamente, hay argumentos que pueden llevarnos a pensar así: literalmente, dicho precepto dice que los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia o la declaración municipal de su innecesariedad que los primeros deberán testimoniar en el documento. Habla de “división de terrenos”, sin distinguir un tipo de otro; está situado en la Sección 4.ª, dedicada a las parcelaciones, sin aclarar si se refiere sólo a las que se practican en suelo urbano o si también comprende las que se dan en el urbanizable o no urbanizable. Y, por otro lado, el artículo 16 TR hace referencia a las parcelaciones en suelo rústico, para prohibirlas.

Sin embargo, esta interpretación apresurada no convence totalmente y da lugar a serios desajustes desde dos puntos de vista: el de la distribución de competencias legislativas y el sistemático y lógico, en relación al tipo de suelo a que sea aplicable.

b.1) El aspecto competencial. La aplicación plena del artículo 259.3 a cuestiones sustantivas puede suponer una invasión de las competencias de las Comunidades Autónomas.

La “declaración de innecesariedad de la licencia”, que no aparecía en la primitiva Ley del Suelo de 1976 ni en la de 1990, ve finalmente la luz en el Texto Refundido de 1992 excediendo, en mi opinión, la finalidad de la “refundición” por mucho que la Disposición Final Segunda de la Ley de 1990 estableciera que ésta comprendería también la “regularización, aclaración y armonización” de las disposiciones sobre la materia.

Y ve la luz en un precepto, el artículo 259, párrafo 3, que es considerado por la Disposición Final Unica del Texto Refundido como de “aplicación plena” en virtud, dice, del artículo 149.1.8 y 18 de la Constitución.

39

La regla 8 establece como competencias exclusivas del Estado la legislación civil y “**En todo caso** las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial”; y la 18.^a, después de referirse a las bases del régimen jurídico de la Administración, menciona la legislación sobre expropiación forzosa sin referencia a su carácter básico.

Pues bien, ¿en cuál de esas competencias exclusivas se encuentra comprendido el artículo 259.3? Lo cierto es que no acaba de apreciarse con meridiana claridad cuál sea la razón de que este precepto se aplique “en todo caso” cuando la regla general es que la legislación agraria y la urbanística son competencias exclusivas de las Comunidades Autónomas. Quiero decir que ese certificado de innecesarie-

dad de la licencia en materia urbanística o agraria no parece tan claramente competencia exclusiva del Estado como otros preceptos del Texto Refundido que son también de “aplicación plena”, como son los artículos 46 y siguientes, que se refieren a las valoraciones y que pueden entenderse comprendidos en la reserva exclusiva a favor del Estado de la Legislación sobre expropiación forzosa.

40 Y la cuestión tiene trascendencia pues, de llegarse a la conclusión de que el carácter de pleno del artículo 259.3 no tiene un claro apoyo en el artículo 149, podría considerarse inconstitucional por invadir las competencias que la misma Constitución atribuye a las Comunidades Autónomas en materia urbanística o agraria. En este sentido, GUTIÉRREZ-ALVIZ y ROMERO (*ob. cit.* págs. 103 y 116) entienden que el precepto ha invadido competencias ajenas al introducir nuevos requisitos (la declaración de innecesariedad) que no establecen o pueden no establecer las normativas autonómicas, por la vía indirecta de imponer al Notario y al Registrador que la exijan; cuando a lo más a lo que la ley estatal podría haber llegado es a establecer el carácter básico de la norma como medio de establecer una igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad.

Pero como la interpretación de que este precepto invade las competencias de las Comunidades Autónomas nos conduciría a la inconstitucionalidad y, como ha declarado el Tribunal Constitucional en sentencia de 5 de mayo de 1982, las normas han de interpretarse en el sentido más adecuado a la Constitución, hemos de buscar un sentido que evite aquélla.

Y esta interpretación no puede ser otra, en mi opinión, que la de entender que el Texto Refundido ha considerado que el 259.3 es un modo de “ordenar los registros e instrumentos públicos” y que, por tanto, al estar comprendido en el artículo 149.1.8.^a de la Constitución, ha de ser regulado por una norma estatal para todo el territorio.

A esta interpretación podría quizá oponerse que determi-

nar lo que el Notario ha de hacer con una licencia o una declaración municipal no es ordenar los registros e instrumentos públicos, expresión que podría reservarse a los efectos del instrumento público o de la inscripción y no tanto a la actuación de Notario y Registrador en un caso concreto que no afecte a la naturaleza de la prestación de sus funciones. Y, en todo caso es una cuestión de hecho que las normas autonómicas que han regulado sustantivamente esta cuestión han tratado también, como hemos visto, la formal de la actuación de Notario y Registrador, y alguna de ellas, como la catalana, en sentido distinto del artículo 259, con lo cual, de mantenerse la postura de competencia amplia del Estado podría cuestionarse la vigencia de estas normas autonómicas.

En todo caso, el Texto Refundido parece decantarse por la postura amplia pues declara de aplicación plena otros supuestos similares como por ejemplo el artículo 43.3, que se refiere a la remisión de determinadas certificaciones al Registro de la Propiedad por parte de los Ayuntamientos o el 258.2, relativo a la consignación de la indivisibilidad.

GUTIÉRREZ-ALVIZ y ROMERO (*ob. cit.* págs. 63 y ss.), sin embargo, partiendo de las ideas que antes señalaba, es decir, de que no cabe que el Estado, desarrollando una competencia exclusiva como es la de ordenar los registros e instrumentos públicos, invada competencias ajenas al exigir nuevos requisitos, concluyen entendiendo que el refundidor de la norma estatal actuó con ligereza al dar el carácter de pleno a dicho precepto discutido, entendiendo que hay argumentos suficientes para considerar que en realidad el artículo 259.3 tiene carácter de legislación básica de manera que las Comunidades Autónomas, partiendo de la existencia de la licencia y de la declaración que se consideran básicas y un común denominador a todas ellas, pudieran desarrollarlo introduciendo nuevos requisitos.

En dichos argumentos resaltan 1) la concordancia con el artículo 37 TR, relativo a la formalización de la obra nueva,

y con los artículos 15 y 16, que son legislación básica; 2) la incoherencia que supone que el artículo 257, definidor de la parcelación urbanística, sea supletorio; 3) el hecho de que las normas sobre impacto ambiental sean legislación básica; 4) el interés general predominante y el principio de especialidad, que tienden a dar preferencia al urbanismo de las Comunidades Autónomas frente a la legislación civil.

No puedo compartir estas ideas, por varias razones:

Primero, porque la consideración del precepto como básico no soluciona el problema que ellos mismos plantean. Si “legislación básica” se entiende como norma cuyo desarrollo es realizado a través de normativa de las Comunidades Autónomas, coexistiendo pues ambos ordenamientos aunque con prevalencia del estatal que es el que establece el “marco” (así lo entendieron los Colegios Notariales a través de una nota informativa de septiembre de 1990), es evidente que, considerando el artículo 259.3 como básico, persiste la invasión de las competencias de las Comunidades Autónomas en cuanto no podrán prescindir de esos requisitos o regularlo de manera diferente. Además, difícilmente se puede considerar como legislación básica (de bases, susceptible de ser desarrollada) aquélla que taxativamente impone lo que los dichos funcionarios han de hacer, con muy poca posibilidad de desarrollo.

Segundo, porque, en cambio, la consideración del precepto como básico tiene el enorme inconveniente de contrariar a la Constitución en cuanto considera competencia exclusiva del Estado la regulación del funcionamiento de Notarios y Registradores, introduciendo la duda de si las Comunidades Autónomas pueden regular su actuación, en contra de un interés tan evidente como la igualdad y la homogeneidad de las formas públicas en todo el territorio nacional sobre lo que no creo que sea necesario insistir. La referencia al artículo 37 no es argumento pues quizá lo que deba patrocinarse es el carácter pleno de éste y no el básico del 259.3; aparte de que ello quizá pueda deberse

a que el carácter básico del punto 1 del artículo 37 haya arrastrado al punto 2.

Y tercero, porque el carácter pleno, adecuadamente situado en la ordenación de los registros e instrumentos públicos, permite sortear perfectamente la presunta invasión de las competencias de las Comunidades Autónomas y explicar el carácter supletorio de los artículos 257, 15 y 16 del Texto Refundido.

En efecto, la solución está en distinguir adecuadamente el plano sustantivo del formal. Es evidente que lo que no cabe es que, so pena de regular los Instrumentos y Registros Públicos, se entre en aspectos sustantivos que no corresponde a la legislación estatal en manera alguna regular. De hecho, podría surgir una norma autonómica que dispensara de licencia en las parcelaciones urbanísticas del art. 259.2 o en las “parcelaciones urbanas” (¿las que no pueden dar lugar a núcleo de población?) del 242.2 del TR, pues ambos preceptos son de aplicación supletoria en defecto de regulación específica por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias. Y lo mismo podemos decir respecto de la misteriosa declaración municipal de innecesariedad, lo que implicaría dejar vacío de contenido el artículo 259.3.

Es decir, el artículo 259.3 no puede tener la lectura de que, por ser de aplicación plena, impone la existencia de licencia o de declaración de innecesariedad en todo caso, pues ello implicaría entrar en materias sustantivas competencia de las Comunidades Autónomas. Por tanto, se impone una interpretación, en este caso restrictiva, del precepto que mantenga su constitucionalidad.

Y éste no puede ser otra que entender que el **precepto será de aplicación a Notarios y Registradores siempre y cuando la legislación sustantiva exija la licencia y declaración aludidas**. Se trata de aislar el aspecto sustantivo, que será atacado por las legislaciones autonómicas como tenga por conveniente, del formal, que será uno y el mismo para

todo el territorio nacional ex artículo 259.3, sin que ello suponga invasión de las competencias de aquéllas porque está tratando solamente competencias exclusivas del Estado.

En conclusión, el precepto ha de ser leído de tal manera que se entienda que se exigirá y testimoniarán dichos documentos si la norma reguladora de los aspectos sustantivos impusiera su expedición. Y en consecuencia, no parece que se pueda exigir esa declaración de innecesariedad con carácter general, sino sólo cuando la ley sustantiva autonómica, o la estatal supletoriamente, la exija. Por cierto, que resulta curioso que la propia ley estatal no imponga la declaración como requisito sustantivo, ni la mencione en ningún momento más que en el artículo 259.3.

b.2) Aspecto lógico y sistemático. La aplicación del art. 259.3 al suelo no urbanizable produce incoherencias insalvables.

44

Delimitados los aspectos sustantivos y formales, hemos llegado a la conclusión provisional de que sólo deberá exigirse la licencia o la declaración cuando la ley sustantiva urbanística para el suelo urbano y agraria para el no urbanizable así lo impongan.

Pero hay que dar un paso más en el análisis del precepto para situarlo en el lugar que sistemáticamente le corresponde. Obsérvese que en todo el contexto de la sección en que está ubicado el precepto se tratan las parcelaciones como algo perfectamente admisible, siquiera con limitaciones y requisitos. El punto 2 del artículo 259 habla de licencia para la parcelación y en general este artículo se titula "Régimen de las parcelaciones". Mal casa ello con el régimen del suelo no urbanizable en el que están prohibidas dichas parcelaciones y por tanto las licencias. Y con la declaración de innecesariedad, que repito, no aparece exigida con carácter sustantivo en la sección de parcelaciones (sólo en el 259.3 a efectos formales), nos encontramos parecidas

incoherencias: si la división o segregación pretendida no es parcelación urbanística y en la Comunidad Autónoma en que se practica no hay prevista licencia para suelo no urbanizable, la declaración del Ayuntamiento está de más, pues ello ya resulta de la ley, o de la ausencia de ésta, y el Ayuntamiento no es el órgano adecuado para certificar sobre la vigencia o no de las leyes, que se publican en boletines oficiales; y si verdaderamente es una parcelación urbanística, no es que no sea necesaria la licencia, o que se precise, es que no se puede hacer sin que previamente hayan sido recalificados los terrenos.

Desde la perspectiva que estamos contradiciendo, la naturaleza de esta declaración municipal aparece un tanto oscura: no se ve claramente si se pretende que sea una especie de nuestros testimonios de vigencia de leyes o si más bien pretende ser un tipo de pseudo licencia para aquellas comunidades que no tengan aprobada la licencia.

45

Lo cierto es que la redacción del precepto, que tiene trampa, incita a un pensamiento incoherente que consiste en la mezcla de los planos sustantivo y formal. En efecto, en el discurrir lógico, se coloca la exigencia de licencia adecuadamente en el plano sustantivo (probablemente porque el propio 259.3 permite que no exista al admitir la disyuntiva de la declaración de innecesariedad), de manera que si la ley agraria autonómica no exige licencia, no se pide; pero en cambio, la declaración de innecesariedad, que ni siquiera aparece recogida en el Texto Refundido como requisito sustantivo, se sitúa en el plano formal que, por ser de aplicación plena hace siempre exigible al requisito, induciéndonos a pensar que, si la ley autonómica no exige licencia es exigible en el aspecto formal la declaración de innecesariedad; cuando en realidad hay una tercera alternativa: que la ley sustantiva no exija tampoco la declaración de innecesariedad y, por tanto, nada haya que exigir en el formal. En resumen: mientras para la licencia de parcelación no se entiende aplicable el Texto Refundido, para la declaración municipal

sí, cuando en realidad ambas exigencias forman parte de un mismo precepto.

Pero todos estos desajustes a los que nos referimos desaparecen si situamos el precepto en el ámbito que le corresponde: el suelo urbano o urbanizable. En efecto, el número 2 del artículo 259 establece que toda parcelación urbanística queda sujeta a **licencia o a la aprobación del proyecto de compensación o reparcelación que la contenga**. Como se puede ver, limitando el artículo 259 al suelo urbano o urbanizable el sentido de la “declaración municipal de la innecesariedad” aparece ante nuestros ojos con total claridad. La división de terrenos exigirá la licencia salvo en aquellos casos en que esté inmersa en un proyecto de compensación o reparcelación que ya haya recibido las correspondientes licencias, en cuyo caso el acto de segregación o división singular ajustado a dicho proyecto no precisa ulterior autorización, que ya se ha concedido con carácter general, pero sí una declaración del Ayuntamiento, expresando dicha innecesariedad.

La conclusión es que por la sola virtud del párrafo 3 del artículo 259, no parece precisa la declaración de innecesariedad en las divisiones y segregaciones rústicas, y por la misma razón la licencia; y que dicha declaración es aplicable a aquellos casos en que la Administración ya ha tenido un control en la parcelación, como en los proyectos de reparcelación o compensación, casos en los que no es más que una licencia un tanto especial, porque ya ha habido aprobación previa.

Todo ello, por supuesto, dejando a salvo de lo que disponga la legislación autonómica en cada caso.

b.3) *El caso valenciano.*

En este último sentido, convendría hacer una referencia a la única normativa autonómica que ha contemplado este certificado de innecesariedad. Se trata de la Ley valenciana,

antes referida, de fecha anterior al Texto Refundido, aunque entrara en vigor después por efecto de las distintas *vacationes legum*. Esta norma establece con carácter general y sustantivo la licencia para todo tipo de suelo. Sin embargo, cuando regula, quizá fuera de sus competencias, como antes dije, la actuación del Notario, dice que “alternativamente podrán exigir y testimoniar el certificado administrativo de la innecesariedad de la licencia”.

Resulta curioso que lo que se afirma desde el punto de vista sustantivo se desdiga desde el formal; pero, en cualquier caso, lo que nos interesa es averiguar la naturaleza de este documento. En este sentido, la Ley valenciana entiende que este certificado es expedible cuando se trate de proyectos de reparcelación u otros actos necesarios para la mejor ejecución de las obras públicas; cuando se enuncie la mora en la expedición de la licencia y transcurrido el plazo para resolver se aprecie que la división pretendida no infringe la ley; cuando reglamentariamente se determine, por no ser necesaria la licencia.

47

A esta regulación se le podían hacer los siguientes comentarios:

1. Que si se entiende que se refiere al no urbanizable (y parece que debe entenderse así en cuanto esta ley es específica del suelo no urbanizable) y que el 259.3 se aplica sólo al urbano, la norma autonómica se estaría saliendo de sus competencias pues regularía la actuación del Notario y Registrador de modo distinto al señalado por la estatal, que es la competente.

2. Que, en todo caso, confirma la interpretación de que el certificado se refiere básicamente al urbano, a los casos en los que la licencia está presupuesta, como en los proyectos de reparcelación o compensación, cuyas bases han sido aprobadas por la Administración.

3. Que confirma la dudosa naturaleza de esta figura el punto 2. Si las licencias son regladas y consiste en apreciar si se dan los requisitos legales, tanto el punto anterior como

el caso de que haya pasado el plazo para otorgarla, los certificados administrativos son sencillamente licencias otorgadas en circunstancias especiales.

c) Las funciones notarial y registral.

c.1) El control preventivo.

48 Pero después de hacer el análisis literal, sistemático y lógico de la ley la cuestión no está ni mucho menos acabada. La circunstancia de que el núcleo de población y, por consecuencia, la parcelación ilegal, puede no surgir en un primer momento sino producirse sucesiva y lentamente, así como las enormes consecuencias sociales y económicas que produciría la declaración de ilegalidad, y la sensibilización pública que existe con estos temas últimamente, exige por nuestra parte una serie de consideraciones acerca del control preventivo de estas operaciones.

Señala PAREJA que el mejor medio es sujetar a licencia urbanística a todo acto divisorio de la propiedad fundiaria, y se lamenta de que la Ley del Suelo (se refiere a la de 1990) no lo haya previsto en relación al suelo no urbanizable. Por ello, señala, no corresponde a Notarios y Registradores de la Propiedad la evaluación de si los actos divisorios pueden ser constitutivos de parcelaciones urbanísticas y por tanto ilegales si se producen en suelo no urbanizable. En este sentido le parecen muy acertadas las legislaciones de Madrid o de Canarias, que establecen la licencia en suelo no urbanizable e imponen a los Notarios y los Registradores la prohibición de autorizar e inscribir sin la previa acreditación de la licencia. Por el contrario, le parece des-
acertada la legislación catalana, que sencillamente impone al Notario la obligación de hacer las advertencias pertinentes y al Registrador hacer constar por nota marginal la falta de licencia, pues en realidad, entiende, se están atribuyendo al Notario y Registrador facultades de evaluación sobre la

verdadera naturaleza de los actos divisorios que no puede ejercer por falta de medios.

Creo que estas cuestiones precisan dos consideraciones: una relativa al control preventivo en el aspecto sustantivo y otra relativa a la actuación notarial.

En relación a lo primero, es evidente que si se somete toda segregación o división en suelo rústico a licencia, existirá un control preventivo de las parcelaciones ilegales. Pero el problema está en que, como señalábamos antes, puede no ser fácil detectar una parcelación urbanística en sus inicios, con lo cual el Ayuntamiento tendrá graves problemas para determinar qué es y qué no es o puede llegar a ser una parcelación urbanística, si no tiene los medios presuntivos o definidores que establecen algunas normas autonómicas, con lo cual estará muchas veces al borde de la arbitrariedad por mucho que honradamente se trate de precisar el contenido de este “concepto jurídico indeterminado”, con la posibilidad de corrupción que ello supone.

49

En relación a la segunda cuestión, hay que distinguir dos aspectos. Si la Ley autonómica exige licencia, parece que es preceptivo para el Notario y el Registrador el cumplimiento del artículo 259.3 TR y una vez incorporada la licencia o el testimonio acaban las obligaciones y los problemas del Notario, independientemente de que la concesión de la licencia desde el punto de vista sustantivo haya sido difícil o sencilla. No obstante, como hemos visto, la legislación catalana se limita a exigir al Notario que haga las advertencias pertinentes. Ello lo critica PAREJA en cuanto que el Notario no puede evaluar la existencia o no de parcelación urbanística en suelo no urbanizable. Pero es que no es esa la cuestión pues, aunque esta afirmación sea cierta, no es eso lo que pretende la legislación catalana: sencillamente se limita a recordar la obligación notarial de asesorar y advertir de las consecuencias de los actos que se otorgan. La cuestión es otra: si de acuerdo con la distribución constitucional de competencias una norma autonómica puede establecer la

actuación notarial en relación a la licencia y si por tanto la legislación catalana ha de entenderse modificada.

c.2) Parcelaciones urbanísticas y principio de legalidad.

Pero el caso interesante se produce cuando la legislación autonómica no exige licencia, que es cuando cobran pleno sentido las palabras de PAREJA cuando dice que los Notarios y Registradores no pueden evaluar si la división es o no una parcelación urbanística, pues no parece que ni Notarios ni Registradores puedan denegar sus funciones porque sospechen que una división es una verdadera parcelación urbanística, como algunos Registradores parecen defender, entendiendo posible incluso dirigirse al Ayuntamiento correspondiente para que emita informe.

50 Lo lamentable es que por dificultades competenciales o reglamentarias o quizá, yendo más allá, metafísicas, sea casi imposible precisar, si no hay normas sustantivas aplicables, qué es aquello que “puede dar lugar a núcleo de población”, al menos *a priori*. Quiero decir que si el problema es abstruso en el ámbito sustantivo, si es difícil para los técnicos detectar cuándo hay núcleo de población, más lo será para el Notario, que no es técnico en urbanismo, que sólo recibe el “elemento accidental” de la parcelación urbanística (la formalización documental de la operación hipotecaria), sin poder apreciar el esencial (la formación de parcelas) y que además tiene tasadas sus funciones al aspecto jurídico. Es decir, lo que no es claro en el ámbito sustantivo, mal se puede pretender que se ilumine en el momento de la formalización.

El problema que aquí se plantea, en definitiva, es el del alcance del **principio de legalidad** en los ámbitos notarial y registral: ¿Puede denegarse la prestación de estas funciones por sospecharse que la segregación o división practicada es una parcelación urbanística, una operación, por tanto, ilegal? ¿Se puede, para mejor juzgar, exigir documentos que aclaren

la operación, como licencias o declaraciones del Ayuntamiento?

Como dice PEÑA (*ob. cit.* pág. 552), en la calificación del Registrador no rige el principio de inquisición de oficio, ni siquiera hay una fase especial de prueba. Además, la prueba en la que se basa la calificación se caracteriza por su rigidez y por su carácter incompleto.

Es rígida en cuanto que es básicamente documental: se ha de realizar por lo que resulte del título presentado y de los asientos.

Es incompleta en cuanto que no todos los requisitos exigidos para la validez del acto con trascendencia real han de ser (más bien “pueden ser”) acreditados auténticamente. Son múltiples los supuestos en los que el calificador parte de presunciones o pruebas insuficientes: estado civil, vicios del consentimiento, vigencia actual de la representación...

Pues bien, aunque de esos dos elementos pudiera deducirse a primera vista la imposibilidad de que el Registrador entre a calificar si una segregación es constitutiva de parcelación urbanística, cuando la ley no exige licencia, en realidad hay otros argumentos que pudieran llevarnos a pensar lo contrario. Por ejemplo, el Registrador puede en algunas ocasiones apoyarse en la duda para no inscribir (“duda fundada sobre la identidad de la finca” del artículo 298 del Reglamento Hipotecario); puede también exigir en determinadas ocasiones “documentos complementarios —máxime si aparecen relacionados en el documento principal— que puedan serle necesarios para un mayor acierto”, como dicen las Resoluciones de 2 de enero de 1927 y de 29 de septiembre de 1978 (piénsese en que se solicitara una declaración del Ayuntamiento, como documento complementario, de que determinada segregación no constituye parcelación urbanística); e incluso puede exigir la presentación de la copia literal o íntegra del poder cuando dudare de la veracidad o fidelidad de los insertos (Resoluciones de 14 de febrero de 1916, 20 de diciembre de 1932 y 28 de abril de 1941).

No obstante, mi opinión es la contraria: ni el Notario ni el Registrador pueden suspender o denegar la autorización o inscripción, porque sospechen que hay una parcelación urbanística ni pueden pedir documentos que la ley no exija para calificar.

En efecto, hay determinados aspectos que escapan a la calificación del Registrador y del Notario, como antes veíamos. Deben cumplir el principio de legalidad, pero no pueden ir más allá de lo que se puede constatar documentalmente o ser declarado por los interesados. Por ejemplo, mal puede el Notario saber si una donación llegará a ser inoficiosa, si unas capitulaciones matrimoniales se hacen con la finalidad de defraudar a los acreedores, si el precio de la compraventa es real, si la obra nueva declarada existe, si una venta lo es en garantía, si un acto de la sociedad está dentro del objeto social realmente, o si hay una interposición de persona. Como bien dice el artículo primero de nuestro Reglamento, la función notarial ampara, en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes. Es revelador este precepto: ampara las declaraciones de voluntad en un instrumento que se redacta conforme a las leyes, lo que no quiere decir que necesariamente se ajuste el contrato a ellas, porque pueden existir elementos que excedan de la función notarial y de la calificadora del Registrador, en cuanto no aparezcan en las declaraciones de voluntad de las partes o no sean fácilmente constatables por otros medios documentales.

Precisamente por ello en algunas ocasiones la ley toma algunas medidas de carácter preventivo que los Notarios y Registradores han de tener en cuenta para autorizar, como requisito previo: es el caso de la licencia de edificación o la certificación del arquitecto, que han de ser tenidas en cuenta por ambos para autorizar e inscribir, pero sin que ello sea específicamente función de ambos. Es decir, son

otros los que expiden, y ambos han de incorporarlo con carácter, esta vez sí, formal y sin que sepan realmente si el edificio está o no construido; la autorización judicial para vender...

Ahora bien, si el Notario o el Registrador tiene duda de la legalidad de una parcelación, en un territorio en que la ley no toma esa medida cautelar de carácter preventivo, como es la licencia, ¿pueden exigir documentos complementarios que les saquen de la duda?

En mi opinión, como señalaba antes, lo que no se impone en el plano sustantivo, mal se puede imponer en el formal. Si la calificación de Notario y Registrador es incompleta pues hay aspectos que les están vedados, que no pueden alcanzar con los medios de que disponen y la ley no establece medidas preventivas, como la licencia, mal pueden Notario y Registrador hacer otra cosa que presumir la validez del acto, como no podría ser de otra manera.

Pero todo lo que excediera de ello supondría la inmisión en las funciones del Juez o del Ayuntamiento, suponiendo una traba intolerable a la libertad del individuo, que no gozaría además de la posibilidad de defensa de su derecho a través de las pruebas materiales pertinentes habida cuenta que en el estrecho margen de la calificación notarial o registral no hay una fase hábil para tal tipo de pruebas, que más bien corresponden al orden jurisdiccional en el que se puede, sin traba de ningún tipo, examinar con detenimiento todos los elementos concurrentes. Admitir otra cosa sería conceder a Notarios y Registradores unas facultades exorbitantes que convertirían la autorización y la inscripción en verdaderos "procesos" kafkianos.

Y no son argumentos en contra ni la posibilidad de duda sobre la identidad de la finca, que es un problema puramente tabular, ni la posibilidad de exigir documentos complementarios: se podrán pedir aquellos documentos que falten al documento principal porque deban incorporarse o acompañar (testamento en una partición), pero la regla fun-

damental es que se ha de calificar de acuerdo con los documentos presentados, sin poder exigirse otros no impuestos por la ley en modo alguno.

Si la ley lo considera conveniente se podría exigir un certificado expedido por el Juez de que el acto pretendido no lo es en fraude de ley, pero en tanto no sea así el Notario no puede jurídicamente, ni tiene medios materiales para hacerlo, denegar sus funciones por una mera sospecha. Una situación parecida se produce con la legislación de consumidores, también en cierto sentido abstracta e indeterminada. Y a tales efectos, las R. de 8, 9, 10 y 11 de octubre de 1991, en las cuales se dice que los medios de calificación que tiene el Registrador le impiden apreciar si unas estipulaciones son abusivas conforme a dicha ley.

54

Ciertamente, en la práctica del despacho no es infrecuente encontrarse con casos que bordean el límite de lo que lícitamente se puede tolerar, poniendo al Notario en la tesitura de elegir entre cerrar los ojos y persignarse o cerrarse en banda ante el mal olor de lo que se está cociendo. Ya al tratar el aspecto sustantivo decíamos que, si bien de una mera operación hipotecaria no acompañada de elementos materiales es muy difícil deducir la parcelación urbanística, cuando ella resulta palmariamente de las declaraciones de los interesados o de los documentos no cabe sino denegar la autorización. En el aspecto formal otro tanto hay que decir: aunque la Ley autonómica no exija licencia, es evidente que si de las manifestaciones de los interesados o de la descripción de las fincas resulta claramente la parcelación (se citan calles, se muestran planos de una urbanización), lo procedente sería denegar, del mismo modo que si un vendedor manifestara que el acto otorgado encubre una donación o que se hace en fraude de acreedores. En este sentido la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 abril de 1985 entiende no inscribible una escritura en la que segregaban varias parcelas en suelo que se declaraba como no urbani-

zable cuando dichas parcelas lindaban por tres de sus aires con calles y además se declaraban unas obras nuevas de almacenes sobre ellas.

c.3) *El Anteproyecto de Real Decreto sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos y acuerdos en materia urbanística.*

Estando ya muy avanzado en la elaboración de estas líneas llega a mis manos el Anteproyecto que titula este apartado y que, en la parte que nos afecta, incluyo como un anexo al final.

Una lectura somera permite apreciar que establece formalmente todo lo contrario de lo que defendíamos en las líneas anteriores consagrando la tesis que, con las debidas matizaciones, podríamos llamar registral.

En mi opinión, el Anteproyecto es, en relación a esta materia, confuso y erróneo.

En relación a aquellas Comunidades Autónomas que imponen la licencia, toda la regulación está de más, pues el Notario necesariamente deberá testimoniarla. Al efecto, la Exposición de Motivos dice que “se ha tenido en cuenta la existencia de distintas normas urbanísticas en diferentes Comunidades Autónomas, por lo que los artículos son estrictamente tabulares dejando a aquellas normas las cuestiones de fondo; ello significa que la aplicación de las soluciones hipotecarias —únicas y uniformes— dependerán de la previa aplicación de las diversas regulaciones sustantivas autonómicas”. No queda muy claro pero parece que debe entenderse que si hay licencia esos artículos no valen para nada.

Si nos encontramos en una Comunidad Autónoma que no exige licencia, los artículos tienen plena aplicación, si el Notario tiene duda, no autorizará; si es el Registrador, pedirá al Ayuntamiento que le saque de dudas. El problema, como señalábamos antes, es que no se puede arreglar en el ámbito formal las lacras del sustantivo. La solución del

Anteproyecto consiste en que, aunque la Ley autonómica no exija licencia (que es muy libre para no hacerlo), el Registrador se la mete de matute en la inscripción. Esto, como veíamos al hablar de la declaración de innecesariedad, es inmiscuirse en las competencias de las Comunidades Autónomas que pueden legítimamente no exigir licencia o establecer otro medio de control, o sencillamente pueden encontrarse más retrasadas que otras, riesgo inherente a la diversidad legislativa. Lo que no cabe es, una vez consagrada esta diversidad, dar sopa para todos.

Todo ello sin perjuicio, claro está, del error que supone, a mi entender, conceder a Notarios y Registradores unas facultades extraordinarias basadas en meras sospechas derivadas de las dimensiones de la finca o del número de fincas segregadas que, y esto es importante, **no consagra específicamente la ley sustantiva**. Cabría plantearse si seríamos responsables civilmente de los perjuicios producidos por una sospecha errónea a un particular que no ha podido formalizar sus transmisiones.

IV. Conclusión: breve reflexión sobre el fundamento de la norma

Lo primero que, a modo de conclusión o colofón, viene a la cabeza es el excesivo esfuerzo para interpretar y aplicar una norma como es el artículo 259, por mucho que pueda tener un interés práctico. Este excesivo esfuerzo viene exigido por su falta de claridad y por el olvido de los problemas sustantivos que se esconden tras cualquier regulación de la propiedad, por mucho que esté intervenida por la Administración; falta de claridad que genera confusión y por tanto inseguridad, que alcanza incluso a aquellos profesionales destinados a proporcionar seguridad.

Lo cierto es que esto es un fallo generalizado de toda la legislación urbanística, que desde sus comienzos ha tenido a

bien dar la espalda a los problemas sustantivos de carácter civil que su regulación acarreaba (piénsese hoy día en las edificaciones sin licencia y en la pretendida exclusión del patrimonio del dueño del suelo). Y con esos problemas sustantivos daba también la espalda a Notarios y Registradores y los principios por ellos representados; lo que no es óbice para que, cuando se considera conveniente, se les utilice para sus propios fines, sin tener en cuenta que si el problema sustantivo no ha quedado resuelto mal se podrá arreglar imponiendo obligaciones formales a los Notarios.

Yendo todavía más allá, se podría decir que esa confusión es un síntoma de la enfermedad de una legislación que no parece adecuada a los tiempos que vivimos y que plantea más problemas que los que estaba destinada a resolver. Desde la perspectiva económica, ya se oyen voces que hablan de la “liberalización del suelo” —cosa impensable hasta hace poco— aduciendo que la legislación actual no frena la especulación y la corrupción, sino que las alimenta; que cierra excesivamente la oferta y paraliza un mercado tan importante como el inmobiliario (recuérdese una polémica reciente entre dos importantes políticos del partido gobernante).

57

Desde el punto de vista jurídico-político, la normativa actual, elevada a la máxima expresión en el Texto Refundido de 1992, responde a una realidad social y política que ya no existe.

Así, por ejemplo, en el caso que nos ocupa, ¿cuál es el proceso racional que nos lleva a prohibir las parcelaciones en suelo no urbanizable? Sencillamente; que no está previsto en el Plan, que la urbanización ha de ser ordenada y dirigida por la Administración para evitar desaguizados. Esta filosofía tutelar o tuitiva, que ha dejado de estar vigente en política y en otros muchos campos de la vida social y económica (piénsese en las connotaciones de Plan Quinquenal o Plan de Desarrollo), conservan sin embargo en este ámbito una insospechada pujanza hasta el punto de ser eleva-

dos a la máxima expresión en las últimas regulaciones. Hoy, que se habla de cosas —por otro lado tan malsonantes— como “privatización”, “desregulación” o “autorregulación”, nos damos una ley que refuerza todavía más los poderes de la Administración, cuando hemos comprobado que esa filosofía genera corrupción (como dice GONZÁLEZ PÉREZ, la línea que separa lo urbanizable de lo que no lo es, es muchas veces arbitraria pero, eso sí, vale millones), produce especulación (mantiene a los propietarios a la espera de una mejor calificación) y, en fin, precios más altos y escasez de vivienda.

58

Pero lo cierto es que la nueva legislación del suelo establece una regulación que ha consagrado finalmente la idea de una propiedad “vacía de contenido”, en expresión de CHICO (“La propiedad urbanística y el Registro de la Propiedad”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, número 2/1991), dando finalmente por buena la teoría de las delimitaciones de la propiedad que frente a las meras limitaciones (obstáculo que es preciso remover) defiende que es el propio Plan el que determina el contenido concreto de la propiedad urbana. Esta teoría, introducida en Alemania por WESTERMANN e importada a España por GARCÍA DE ENTERRÍA en 1958, responde a una mentalidad ya trasnochada que sitúa al Estado como motor de la economía y que hace predominar, hasta ahogar, lo colectivo sobre lo individual.

Pero no se me acuse de “liberalismo salvaje”. Es evidente que hoy día la libertad y los derechos individuales se ven constreñidos no tanto por una teoría o doctrina política o económica, sino por una realidad ineludible: la rebelión orteguiana de las masas, que hoy accede a todo y que hace imprescindibles normas para que todos puedan usar y disfrutar de bienes y derechos que, por definición económica son escasos. Ahora bien, una cosa es que sea necesario detenerse en un semáforo (lógica limitación a mi libertad individual de circulación) y otra muy distinta que el Estado

además me diga qué modelo de coche he de comprarme, me obligue a reservar un asiento para el Ayuntamiento, tenga que pagar yo la gasolina y además, no pueda elegir el destino. Es decir, una cosa es que para edificar en suelo no urbanizable haya de cumplir ciertas condiciones relativas a infraestructuras y servicios (lógico tributo al interés común) y otra cosa es que no pueda edificar de ninguna manera en las fincas que me pertenecen. Un cosa es que para edificar se precise licencia y que si se edifica sin licencia quepa la expropiación por un valor que no comprenda lo edificado y otra que el titular del suelo no adquiera lo edificado sin licencia.

Como señalaba CHICO ORTIZ en referencia a la nueva Ley (*ob. cit.*), “bajo unas ideas de igualdad, función social y contenido económico del derecho de propiedad se altera —como veremos— el concepto de propiedad, se establece el principio de que la Comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos y se concentra en manos de la Administración un auténtico arsenal de medidas de ataque al propietario, que se asemeja a una declaración de guerra contra el mismo. Conviene preguntarse, ¿con ello se persigue una municipalización o nacionalización del suelo urbano? Se trata de medidas drásticas que conducen —en caso de aplicación estricta— a esa conclusión”.

Esta tesis intervencionista no está ya en sintonía con la marcha de los tiempos y éstos han demostrado en la práctica que las finalidades pretendidas no se alcanzan así. Y no sólo ello: habría que plantearse si desde el plano estrictamente jurídico la nueva regulación no excede del texto constitucional que, si bien señala que la función social de la propiedad determinará su contenido de acuerdo con las leyes (art. 33), también exige que estas leyes respeten su “contenido esencial”. Y obsérvese que hoy se ha llegado a decir que la propiedad urbana está “vacía de contenido” *ab initio*; y, en todo caso, de acuerdo con el TR, ese con-

tenido se va obteniendo paulatinamente, según se van cumpliendo las determinaciones del Plan, que es dudoso tenga la categoría suficiente para cumplimentar el requisito de reserva de ley de que habla el texto constitucional para regular la propiedad.

Se hace preciso y hasta urgente un nuevo planteamiento de la propiedad urbana y también quizá de otras especiales que, sin perder lógicamente el nuevo concepto de función social de los derechos, la proscripción del abuso, y la ordenación de los intereses, vuelva a dejar a la iniciativa privada la marcha de la economía y en consecuencia el ejercicio de los derechos.

En este sentido me complace señalar dos aportaciones, procedentes de campos distintos, que parecen ir en esta línea. Por un lado, el libro de JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS *El derecho de propiedad: Crisis y retorno a la tradición jurídica* (EDERSA, 1993) que, en una interesante aportación desde la perspectiva civilista, defiende el concepto de propiedad como un centro de facultades, el más amplio que puede tenerse sobre una cosa, sin perjuicio de las diversas limitaciones que por razón del destino de los objetos sobre los que recae, pueda tener; colocando la llamada función social, como concepto no propiamente jurídico, en el lugar que le corresponde: no dentro del concepto de propiedad que es uno y único para toda clase de bienes, sino fuera del sistema, como justificante de las limitaciones que se imponen al propietario. La propiedad no es una función social; tiene una función social.

Por otro lado, cabe destacar la aportación de eminentes administrativistas en las Jornadas de Burgos celebradas este año bajo el título *Urbanismo, Derecho y Notariado* en las que, como destaca JOSÉ ANTONIO RIERA ALVAREZ ("Perspectivas del futuro urbanístico", *Boletín del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, número 149, mayo 1993), se juzgó negativamente el nuevo Texto Refundido en cuanto agota totalmente un modelo de urbanismo cuyos orígenes se en-

cuentran en la política de ensanche del siglo XIX; se destacó la difícil compatibilidad entre el régimen urbanístico y el estatuto civil de la propiedad inmobiliaria y la rigidez del plan que dificulta que el sistema de mercado cumpla regularmente su función, y fomenta que el propietario retire sus propiedades del mercado en espera de una planificación más favorable; llegándose a la conclusión de la urgencia de replantearse el sistema urbanístico para obtener una mayor simplificación en los procesos urbanos que lleve a una mejor coordinación, dentro del marco constitucional, de la Administración, la sociedad y el mercado.

Como dice DE LOS MOZOS en la introducción de la obra citada, aunque las tendencias doctrinales en que se basa el modelo de propiedad que criticamos están ya periclitadas, no parece que haya llegado su definitivo ocaso, como no ha llegado tampoco el del intervencionismo estatal que es su verdadera huella, habida cuenta de que el pensamiento y las actitudes tardan más en reformarse que los mismos hechos que las sustentan. Esperemos que la agonía sea lo más corta y lo menos virulenta posible.

A N E X O

Anteproyecto Real Decreto sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actas y acuerdos en materia urbanística

CAPÍTULO X. INSCRIPCIÓN DE ACTOS DE PARCELACIÓN.

Artículo 76. Actuación de Notarios y Registradores de la Propiedad.

Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán para autorizar e inscribir, respectivamente, escrituras de división o segregación de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la licencia que estuviere prevista por la legislación urbanística aplicable o la declaración municipal de su innecesariedad, que los primeros deberán testimoniar en el documento.

62

Artículo 77. Divisiones y segregaciones en suelo no urbanizable y urbanizable no programado.

Sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en la legislación agraria, en la autorización de escrituras y en la inscripción de divisiones o segregaciones de fincas realizadas en suelo no urbanizable o urbanizable no programado, se aplicarán las siguientes reglas:

1. Cuando por resultar parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo o, en todo caso, aun siendo superiores, cuando por las circunstancias de descripción, dimensiones, localización o número de fincas resultantes de la división o de las sucesivas segregaciones, surgiera duda fundada sobre el peligro de creación de un núcleo de población, los Notarios y Registradores de la Propiedad actuarán con arreglo a lo establecido en este artículo.

2. Los Notarios no autorizarán las escrituras públicas

pertinentes sin la preceptiva licencia, cuando de los títulos anteriores, de las declaraciones de las partes o del contenido de la escritura cuya autorización se pretende, se den las circunstancias previstas en el número anterior.

3. Los Registradores de la Propiedad, cuando, a pesar de haberse autorizado la escritura pública, tuvieren la duda expresada en el número 1 de este artículo, remitirán copia del título o títulos presentados al Ayuntamiento que corresponda, acompañado de escrito de solicitud de que se adopte el acuerdo que en cada caso sea pertinente, con advertencia expresa de que en caso de no contestación se procederá con arreglo a lo establecido en número 6 de este artículo. Dicha remisión se hará constar al margen del asiento de presentación, el cual quedará prorrogado hasta un límite de ciento ochenta días a contar desde la fecha de la nota de remisión de los títulos presentados.

63

4. Si el Ayuntamiento comunicare al Registrador de la Propiedad que no existe peligro de formación de núcleo de población, se entenderá que es innecesaria la licencia de parcelación y se practicarán las operaciones solicitadas.

5. Si el Ayuntamiento remitiere al Registrador certificación del acuerdo del órgano competente, adoptado previa audiencia de los interesados, en el que se afirme la existencia de peligro de formación de núcleo urbano o de posible parcelación ilegal, se denegará la inscripción de las operaciones solicitadas. Sin perjuicio de la práctica de las anotaciones preventivas que procedan, si fuesen solicitadas, por vulneración de la legalidad urbanística, el Registrador de la Propiedad reflejará el acuerdo municipal mediante nota al margen de la finca o resto de la finca matriz; dicha nota producirá los efectos del artículo 309.3 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

6. Transcurridos cuatro meses desde la fecha de la nota puesta al margen del asiento de presentación, prevista en el

número 3 de este artículo, el Registrador de la Propiedad practicará las operaciones solicitadas.

Artículo 78. Fincas de dimensión inferior a la parcela mínima.

1. Para poder reflejar en el Registro de la Propiedad la cualidad de indivisible de una parcela, el Ayuntamiento correspondiente comunicará al Registrador las dimensiones de la parcela mínima, de acuerdo con las previsiones del planeamiento urbanístico vigente.

2. Cuando con la edificación permitida o existente se hubiese agotado la totalidad del aprovechamiento materializable sobre la finca, el Ayuntamiento lo comunicará al Registro de la Propiedad al otorgarse licencia de edificación. Cuando la edificación consumiere sólo parte del aprovechamiento, la comunicación especificará la porción de terreno susceptible de segregación.

3. La cualidad de indivisible de la parcela se hará constar mediante nota al margen de la última inscripción de dominio vigente, cuando el Registro de la Propiedad reciba la comunicación del número anterior y cuando se creen nuevas fincas por consecuencia de operaciones de modificaciones hipotecarias.

Artículo 79. División de parcelas edificadas.

Quando sobre las parcelas resultantes del expediente de equidistribución se construyan, conforme al planeamiento, diferentes edificios, éstos podrán constituir fincas registrales independientes sin necesidad de licencia de parcelación. Si la parcela fuere indivisible, sólo podrán crearse fincas registrales independientes si los distintos edificios se asientan sobre suelo común y se les somete a un mismo régimen de propiedad horizontal o conjunto inmobiliario.

**SUSTITUTO, SUBAPODERADO Y AUXILIAR:
UNA INTERPRETACION
DE LOS ARTICULOS 1.721 Y 1.722
DEL CODIGO CIVIL**

65

TERESA MARÍN GARCÍA DE LEONARDO

*Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Valencia*

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. **II.** IDEAS PREVIAS PARA EL ESTUDIO DE LA SUSTITUCIÓN EN EL MANDATO Y EN EL PODER. **1.** Distinción mandato-representación. **2.** Concepto de mandato. **A)** *Caracteres.* **B)** *Mandato representativo: necesidad o no del otorgamiento del poder.* **III.** PRECEDENTES HISTÓRICOS DE LA SUSTITUCIÓN. **1.** Derecho romano. **2.** Evolución en el Derecho español. **A)** *Derecho Histórico castellano.* **a)** *Fuero de Soria.* **b)** *Las Partidas.* **B)** *Etapas de la Codificación.* **a)** *Proyecto de 1836.* **b)** *Proyecto de 1851.* **c)** *El Código civil de 1889.* **IV.** LA CUESTIÓN EN LAS LEGISLACIONES EXTRANJERAS. **1.** La idea de sustitución en el Derecho

francés. **A)** *Precedentes*. **B)** *Influencia en el sistema español*. **2.** La idea de sustitución en el Derecho italiano. **A)** *Precedentes*. **B)** *Influencia en el sistema español*. **V.** CRITERIOS DE DISTINCIÓN. **1.** Generalidades. **2.** Notas distintivas. **A)** *Actuación en nombre del principal*. **B)** *Sustitución en la actividad jurídica y sustitución en el cumplimiento*. **C)** *Relaciones principal —sustituyente— sustituto*. **VI.** RELACIONES MANDANTE-MANDATARIO. **1.** Sustitución autorizada con designación de la persona del sustituto. **2.** Sustitución autorizada sin designación de la persona del sustituto. **A)** *Calificación del supuesto*. **B)** *Sustituto notoriamente incapaz o insolvente*. **3.** Sustitución ni autorizada ni prohibida: Silencio del principal. **A)** *Doctrina tradicional*. **B)** *Actuación en nombre del dominus*. **4.** Prohibición de sustituir. **5.** Posibilidad de reconducir los supuestos examinados a las distintas figuras de cambio de deudor. **A)** *Planteamiento de la cuestión*. **B)** *Presupuesto del artículo 1.721*. **VII.** RELACIONES MANDANTE-SUSTITUTO. **1.** Acción directa del mandante contra el sustituto. **2.** Acción directa del sustituto contra el mandante. **VIII.** EFECTOS DE LA SUSTITUCIÓN FRENTE A LOS TERCEROS.

I. Introducción

La ejecución del mandante por persona distinta de la inicialmente prevista como mandatario, regulada en los artículos 1.721 y 1.722 del Código civil, es un tema que ha planteado no pocas dificultades, porque los dos principios fundamentales en los que se apoyan los preceptos objeto de nuestro estudio, como ya expresó PORPETA CLÉRIGO (1), son

(1) PORPETA CLÉRIGO, F., "Sustitución de poder". *A.A.M.N.*, 1943, I, pág. 141.

antagónicos y no admiten fácil sutura: El principio de confianza intransferible y el de la fungibilidad del actuante.

Se dice que la aptitud del que ejecuta el mandato constituye la base de esta relación. Pero por otro lado, hay que tener en cuenta que en virtud del contrato de mandato se va a llevar a cabo una actividad gestora y al mandante le interesa que efectivamente se realice. Se tratará de coordinar el rigor institucional con la mayor eficacia práctica; y, como señala LEÓN ALONSO (2), aquél en ocasiones debe ceder ante una mayor eficiencia objetiva, teniendo en cuenta que “si bien los actos del sustituto despliegan su peculiar eficacia representando al *dominus*, la legitimación y justificación inmediata de todos ellos arranca en el margen de confianza que el sustituyente le ha dispensado” (3).

Es verdad que en el mandato existe una relación de fiducia entre las partes, pero al mandante también le interesa que realmente se ejecute el mandato. Y por otra parte si hablamos de sustitución no siempre tiene que ser en sentido propio, ya que si bien para este tipo sí que aparece con más facilidad el “*intuitu personae*”, cuando se trata de una “colaboración”, ya sea por la vía del subapoderamiento o del mero auxiliar del mandatario, las posibilidades de hacerla efectiva son mayores.

Por otra parte, los principios en los que se inspira la sustitución habrá que analizarlos también a la luz de la distinción entre el poder y el mandato. Sabido es que el Código civil regula en los artículos 1.709 y siguientes el contrato de mandato, mientras la representación viene recogida con carácter de principio al tratar de las disposiciones generales de los contratos (artículo 1.259, ap. 2, del Código

(2) LEÓN ALONSO, J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXI, volumen 2, Madrid 1986, pág. 258. Sobre la importancia de la sustitución en sentido propio, en relación con el *intuitu personae* y con el carácter personal del mandato, puede verse VISINTINI, G. *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Padova 1965, págs. 82 y 85.

(3) Así lo pone de relieve PORPETA CLÉRIGO, F., *ob. cit.*, pág. 166.

civil). Al inconveniente de su no consideración específica en nuestro cuerpo legal, se añade el de ser “una institución enormemente compleja con unos perfiles no demasiado bien definidos y que, además, son objeto de contradictorias opiniones en la teoría del Derecho Civil” (4). La sustitución, regulada en el artículo 1.721 del Código civil en sede de mandato, se manifiesta en muchas ocasiones a través del otorgamiento de poderes.

68

Junto a este panorama, las diferencias entre mandato y poder obligan a enfocar el problema de su posible sustitución con una técnica diversa (5), porque a pesar de que, como hemos apuntado, la regulación del contrato de mandato es la única disciplina legislativa que poseemos, lo que nos lleva a acudir continuamente a ella— “este recurso no es, ni debe ser, una indiscriminada aplicación analógica, sino una búsqueda, a través de ella, de las reglas atinentes al fenómeno unas veces más amplio y otras más estricto de la representación” (6).

Ahora bien, nuestra pretensión no es la realización de un análisis de la teoría general del mandato, sino el intento de deslindar los distintos supuestos, calificados todos ellos como de sustitución en el artículo 1.721 del Código civil, poniendo de relieve ante las diversas situaciones, en qué concepto se actúa, el influjo de la voluntad del *dominus* y del sustituyente respecto de la subsistencia, limitación o extinción de sus funciones..., con la finalidad de clarificar el juego de los denominados “sustituto” y “sustituyente” respecto del *dominus*. Porque ¿Hasta dónde les es lícito responder?

(4) En este sentido DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, tomo 1, Madrid 1989, pág. 595.

(5) De estas afirmaciones parte ROCA SASTRE, R., con la colaboración de PUIG BRUTAU, J. en *Estudios de Derecho Privado*, Tomo I, *Obligaciones y contratos*, Madrid 1948, pág. 435.

(6) Así se pronuncia DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La representación en el Derecho Privado*, Madrid 1979, pág. 194.

La jurisprudencia española ha venido enfocando la distinción, apoyándose en la doctrina franco-italiana clásica, tan sólo desde el punto de vista de la responsabilidad. En efecto la sustitución se ha calificado en atención a criterios de responsabilidad y dependiendo del consentimiento que el *dominus* otorga para aquélla. De esa forma, se dice que si el *dominus* la consiente estamos ante una sustitución, porque el consentimiento tiene tal fuerza que implica de suyo un apartarse el sustituyente de la esfera de la relación. Pero realmente la posibilidad de sustitución ya la concede el Código civil a nivel de principio en el artículo 1.721. Lo que no detalla es ante qué tipo de sustitución estamos. A nuestro juicio, el consentimiento para sustituir no implica directamente que estemos ante un supuesto de sustitución en sentido estricto. La confianza, idea clave en el mandato y en la representación. ¿Acaso se ve ampliada a la designación de una persona, que tal vez según los casos, ni siquiera conoce el *dominus*?

69

Por otro lado, se piensa que según derive una responsabilidad sólo del sustituto o también del mandatario o apoderado estaremos respectivamente ante la sustitución en sentido propio o ante el subapoderamiento. Esto nos conduce a la paradoja de que otorgado el consentimiento para la sustitución sin designación de persona, la calificación de esta situación como de sustitución o no depende de que el nombrado sustituto “sea notoriamente incapaz o insolvente”. A resultas de esto, los efectos van a ser distintos.

A nuestro juicio, lo que el artículo 1.721 del Código civil contempla es, junto a la facultad general de sustitución —empleado este término en un sentido gramatical, como la facultad de poner una persona en lugar de otra con independencia de las consecuencias jurídicas— unas garantías menores o mayores según haya o no autorizado expresamente la sustitución; generalmente, según se contempla o no en el poder expresamente la facultad de sustitución, con o sin designación de la persona, en un intento de coordinar la

idea de confianza con la de interés del mandante. Además, en el ámbito del poder, el que otorga un poder concede una facultad, no crea un vínculo. La vinculación vendrá después, cuando el apoderado actúe. Por tanto, la materia de responsabilidad podrá constituir un punto de apoyo cuando examinemos la sustitución, pero no puede ser el criterio de distinción básico entre unas y otras figuras.

Por otro lado, habrá que tener en cuenta que en el mandato late la idea de confianza por lo que habrá que contar con la expresa voluntad del *dominus*, ya que se trata de un contrato caracterizado por el elemento de la confianza, aunque no basado necesariamente sobre el “*intuitu personae*”.

II. Ideas previas para el estudio de la sustitución en el mandato y en el poder

1. Distinción mandato-representación.

Antes de entrar en el estudio de la sustitución en el mandato o en el poder y de las diferencias con la figura del subapoderamiento, conviene hacer una breve referencia a la distinción entre mandato y representación fundamentalmente por lo que se refiere al poder de representación y a sus diferencias con el contrato de mandato.

El mandato, como se ha apuntado, “crea la situación más importante de todas las que justifican la concesión del poder de representación” (7).

La distinción entre representación y mandato es sobradamente conocida en la actualidad. Sabido es que el Código de Napoleón confunde mandato y representación, lo que lleva a la doctrina francesa a considerar como esencial al

(7) PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, volumen 2, Barcelona 1982, pág. 399, nota 7.

mandato la representación (8). Incluso en la doctrina española tradicional autores como SÁNCHEZ ROMÁN (9) definían el contrato de mandato como aquél en virtud del cual una persona, el mandante, confiere su representación a otra, el mandatario, que la acepta.

Esta confusión entre mandato y poder fue desvanecida por obra de la doctrina alemana, siendo LABAND el primer autor que siguiendo a WINDSCHEID comprendió la diferencia entre mandato y poder (10), si bien fundaba éste en un especial contrato de "procura" entre el representante y el representado, idea modificada posteriormente en el sentido de considerar el apoderamiento más que un contrato consensual, como lo veía LABAND, como un negocio jurídico unilateral (11).

En España, la traducción del estudio de HUPKA (12) con-

(8) Véase GARCÍA VALDECASAS, G., "La esencia del mandato", *R.D. Privado*. Octubre 1944, pág. 771.

(9) Seguimos en este punto el estudio llevado a cabo por Díez PICAZO en el que examina con profundidad esta materia. *La representación...*, cit., págs. 65 y ss.

(10) Así lo destaca LENEL, O., "Mandato y poder", *R.D. Privado*. Diciembre 1924, pág. 571, aunque la diferencia ya había sido apuntada por JHERING.

(11) La doctrina mayoritaria considera que esta declaración unilateral de voluntad es recepticia, es decir, el apoderamiento tiene un carácter recepticio. Sobre este último punto existen discrepancias, siendo LENEL el que puntualiza que el destinatario de la declaración es el tercero o terceros con quienes el apoderado ha de contratar o entrar en relaciones como representante, LENEL, O., *ob. cit.*, pág. 371. ALBALADEJO GARCÍA, M., "La representación", *A.D.C.*, 1958, págs. 7.784 y ss. también destaca que la calificación del apoderamiento, como declaración unilateral de voluntad, es la más apoyada en la doctrina española. Sobre el particular puede verse Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La representación...*, cit., págs. 133 y ss., y GORDILLO CAÑAS, A. *La representación aparente*, Sevilla 1978, págs. 24 y ss. y págs. 31 y ss., que, en contra de la postura anterior, considera que el apoderamiento constituye un caso de declaración no recepticia.

(12) Véase las afirmaciones de HUPKA, J., *La representación voluntaria en los negocios jurídicos*, Madrid 1930, págs. 90 y 91. Sobre la existencia de poder sin mandato y la discusión acerca de si cabe o no una representación que subsiste por sí misma, tema que rebasa el objeto de nuestro estudio, nos remitimos a lo expuesto ampliamente por GORDILLO CAÑAS, A., *ob. cit.*, págs. 63 y ss., que niega siguiendo en parte a PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*, Milano 1965, y dejando fuera el problema de la representación legal, que la mera facultad de representación no puede subsistir por sí misma, es decir, la representación otorgada no puede tener existencia autónoma.

tribuyó a la divulgación de la distinción entre mandato y representación, apoyando la calificación del apoderamiento como negocio jurídico unilateral. De todas formas fue LABAND el que claramente expuso que mandato y poder pueden coincidir, pero no necesariamente y de ninguna manera puede decirse que constituyan el lado externo y el interno de una misma relación, porque en realidad son dos relaciones distintas. Puede existir un mandato sin poder, un poder sin mandato (13) o en su caso, coincidir ambos (14).

Esta doctrina fue acogida por nuestro Tribunal Supremo y así, en numerosas sentencias destaca ya la distinción entre el mandato y la representación (15).

Los postulados clásicos en la doctrina española han sido revisados fundamentalmente por Díez PICAZO (16). Por lo que respecta al poder de representación, se ha criticado el dogma de la independencia y de la separación total entre negocio de concesión de poder y negocio representativo. En este sentido, sigue destacando Díez PICAZO, ha sido ALBA-

(13) GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M., "La distinción entre poder y mandato en el Código Civil", *Revista Internacional del Notariado*, 1960, pág. 112, estima que la representación (poder) siempre trae causa en un mandato o en otro negocio. Por otro lado puede verse lo expuesto por Díez PICAZO, L., *La representación...*, cit., págs. 38 y ss., cuando afirma que la esencia de la representación radica en que la voluntad del representante y del autor del negocio se debe centrar en que los efectos del acto se produzcan inmediatamente en la esfera jurídica del representado. Más adelante pone de relieve cómo, pese a que se admita el negocio de apoderamiento como abstracto, esto es, desligado de la relación subyacente, un planteamiento riguroso del tema obliga a enfocarlo no desde la abstracción del poder, sino desde la existencia de normas que protegen a los terceros de buena fe. En parecido sentido GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M., *ob. cit.*, pág. 120, añade: El poder concedido voluntariamente se integra siempre dentro del contenido de un mandato o de otro contrato de gestión y no cabe negocio autónomo dirigido a conferir tal poder.

(14) Puede verse el desarrollo en Díez PICAZO y PONCE DE LEÓN, *La representación...*, cit., págs. 35 y ss.

(15) El Tribunal Supremo, desde las Sentencias de 8 de octubre de 1927 (C. Legislativa, n.º 39, págs. 185 y ss.) y 17 de octubre de 1932 (C. Legislativa, n.º 93, pág. 597) que marcan la transición, pasando por la de 16 de febrero de 1935 que es la primera que expone la distinción, viene recogiendo las diferencias. Véase también Sentencias de 21 de enero de 1957 (C. Legs., n.º 38, págs. 442 y ss.) y Sentencia de 17 de diciembre de 1959 (C. Legis., n.º 711, pág. 829).

(16) Díez PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *ob. cit.*, págs. 39 y ss.

LADEJO el que sobre este punto ha recogido la opinión más generalizada en la doctrina y de forma más práctica al poner de relieve que el apoderamiento encuentra su razón de ser en las relaciones jurídicas entre apoderado y poderdante. Desde el momento en que puede ser el apoderado mandatario, sirviente, empleado, socio, etc., del poderdante, el apoderamiento constituye un medio instrumental al servicio de los fines que persigue la relación básica subyacente. Lo que se discute es si la relación subyacente puede o no considerarse como causa del apoderamiento. A lo que ALBALADEJO responde: si por causa se entiende la función económico-social o el fin práctico perseguido por un negocio, la respuesta tiene que ser negativa. En cambio, si por causa se entiende la situación o negocio subyacente es claro que el apoderamiento tendrá su causa en esa relación jurídica básica. Esto hay que entenderlo, como pone de relieve LEÓN ALONSO (17), en el sentido de que lo realmente interesante de cara al mandato no es tanto el poder de representación cuanto el poder desnudo, el “posse” en su significado más lato. Porque quizás en ocasiones se haya olvidado que así “como el mandato no es la única causa de la representación, de ahí igualmente ésta no tiene que ser efecto ineludible del mandato” (18). El mandatario representa el interés del mandante pero no siempre actúa en su nombre. Porque puede suceder que se otorgue únicamente el contrato de mandato. Posteriormente celebre el mandatario con el tercero como si fuera para él, pero realmente por cuenta del mandante el negocio cuya realización le encomendó éste (19). Aquí se presenta el mandato sin represen-

73

(17) LEÓN ALONSO, J., *ob. cit.*, pág. 5

(18) Véase LEÓN ALONSO, J., *ob. cit.*, pág. 4.

Por su parte la Sentencia del TS de 28 de febrero de 1975 (C. L., n.º 98), págs. 923 y ss., señala cómo el artículo 1.709 define la figura jurídica del mandato, sin incorporar a la esencia del mismo la idea de representación. En el mismo sentido Sentencia del T.S. de 1 de marzo de 1988 (R. J., n.º 1.541).

(19) ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, tomo II, volumen 2. Barcelona 1989, pág. 349.

tación directa, por lo que se puede hablar de mandato con independencia de la representación, si bien hay que reconocer que en la actualidad el contrato de mandato es difícil que se presente como tal, ya que en la mayoría de los casos subyace en el poder de representación.

Existiendo poder de representación, la independencia de éste con respecto a la relación subyacente se plantea desde el punto de vista de la relación con terceros. Como dice DÍEZ PICAZO (20), "La seguridad del tráfico jurídico y un normal y fácil desenvolvimiento de las relaciones jurídicas exige que los terceros que contratan con el apoderado —siempre que actúen de buena fe— no tengan que conocer, examinar o preocuparse de las internas relaciones existentes entre apoderado y poderdante, entre los que es evidente el carácter causal del apoderamiento y la vinculación entre el apoderamiento y el negocio básico o subyacente y que puedan confiar exclusivamente en el contenido externo y formal del negocio jurídico de apoderamiento".

74

Finalmente, aunque es cierto, como ya destacaba en 1943 TOMÁS ALBI (21), que en la práctica sólo se autorizan con todas escrituras de mandato, existiendo hoy una preponderancia de los poderes de representación, "no debemos olvidar el esquema normativo, pleno y maduro, que el Código civil nos ofrece del mandato, esquema por otro lado básico

(20) DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La representación...*, cit., págs. 42 y 43, y añade: No hay pues verdadera abstracción de poder, sino únicamente un efecto protector de los terceros de buena fe. En parecido sentido GORDILLO CAÑAS, A., *ob. cit.*, págs. 69 y 70, puntualiza que lo decisivo es la buena fe del tercero.

Por otro lado, "inter partes" el apoderamiento y la representación han de conmensurarse según la relación interna y sólo respecto a terceros este criterio ha de atemperarse con las exigencias de la protección de la apariencia. Por más que se reconozca la autonomía negocial del apoderamiento, dicha autonomía no permite el ser aislado ni el régimen abstracto de la representación. Entre quienes conocen, en términos del contrato base son éstos quienes fijan los límites de la representación; sólo en favor del tercero que, sin infracción del deber general de diligencia puede desconocer las particularidades de la relación interna, es posible el juego atemperador y corrector de la protección de la buena fe.

(21) ALBI AGERO, T., "Escrituras de mandato, poder, sustitución y delegación de facultades", *R. D. Privado*, 1943, pág. 804.

de todo el fenómeno de la representación” (22). Además lo que realmente nos importa es que la concesión del poder, independientemente de que tenga su causa en una relación jurídica especial (servicios, sociedad, etc...) hace aplicables las normas del mandato, sin entrar ahora a discutir si por ello conserva su primitiva naturaleza o se convierte en una relación mixta.

2. Concepto de mandato.

A) Caracteres.

Antes de señalar las características de la noción de mandato, conviene destacar que el concepto mandato que recoge nuestro Código civil, apartándose parcialmente del Código civil francés, “se anticipa a acoger una distinción, hoy axiomática, hacia la que posteriormente se orientaron las legislaciones y doctrina más moderna” (23).

75

En efecto, de acuerdo con el artículo 1.709 del Código civil “Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra”. A partir de esta definición la doctrina ha ido señalando diversos rasgos característicos que pueden aclarar la noción de mandato. En concreto, CÁMARA (24) parte de tres elementos: 1.º) Obligación inicial a cargo de una de las partes. 2.º) Dicha obligación ha de consistir en hacer alguna cosa o prestar algún servicio. 3.º) Esta cosa o servicio ha de realizarse por cuenta o encargo de otro.

En cuanto al primer elemento, CÁMARA señala que en el contrato de mandato debe resultar obligado inicialmente una de las partes, el mandatario. La otra, el mandante, salvo el supuesto de mandato retribuido, sólo resulta obligada even-

(22) LEÓN ALONSO, J., *ob. cit.*, págs. 15 y 20.

(23) LEÓN ALONSO, J., *ob. cit.*, pág. 23.

(24) DE LA CÁMARA ALVAREZ, M., “La revocación del mandato y del poder”, *A.A.M.N.*, Madrid 1948, págs. 557 y ss.

tualmente como consecuencia de la actuación del mandatario.

Con respecto al segundo elemento, DÍEZ PICAZO (25) señala cómo del examen de la normativa del mandato aparece que el legislador lo concibe como un contrato por el que el mandatario gestiona negocios o asuntos del mandante. Lo que sucede es que el término gestiones o asuntos del mandante es un término muy amplio y a la vez impreciso. Parece que una concreción válida, a juicio del citado autor, puede encontrarse en la misma regulación del mandato: El legislador se refiere a actos o negocios jurídicos a realizar por el mandatario (contraer obligaciones, administrar, disponer, ...), por lo que se puede afirmar que su prestación consiste en el desarrollo de una actividad jurídicamente relevante (26).

76

Parece pues, que el objeto del mandato viene centrado, en sentido amplio, en un conjunto de actos muy diversos con relevancia jurídica (27). Esta posición, seguida por bas-

(25) DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Tomo II, Madrid 1990, págs. 475 y ss.

(26) Por su parte ENNECCERUS, L., *Derecho de Obligaciones*, Tomo II, volumen 2, Barcelona 1935, pág. 320, apoyándose en el Derecho alemán puntualiza que pueden ser objeto de mandato cualesquiera negocios de naturaleza, de hecho o de derecho. Sin embargo, a continuación añade: Así pues, todos los asuntos que pueden ser objeto de contrato de servicios o de obra, descartando las órdenes dadas sobre la base de una relación obligatoria. En la misma línea HEDEMANN, J. W., "Tratado de Derecho Civil", *Derecho de obligaciones*, Madrid 1958, págs. 427 y ss.: Todo lo que puede ser objeto de contratos de obra o de servicios pueden también constituir el contenido del mandato, con tal que esté ausente la retribución. Pero es de destacar que en la actualidad, la gratuidad no es elemento esencial sino natural del contrato de mandato, a excepción del B.G.B. que proclama el carácter inderogablemente gratuito del mandato. De ahí que CÁMARA ALVAREZ, M., *ob. cit.*, pág. 563, rechace por poco convincentes las deducciones de ENNECCERUS, L. Además la falta de regulación a la que hace referencia el citado autor a juicio de CÁMARA, no es motivo para rasgarse las vestiduras pues en materia de contrato no rige el criterio de "numerus clausus" y, en cuanto a que tendrían que aplicarse por analogía las disposiciones del mandato, podría replicarse que sólo lo serían algunas.

(27) Autores como GARCÍA VALDECASAS, G., *ob. cit.*, pág. 773, estiman que objeto del mandato pueden serlo los actos más diversos, aunque el mandato juega su papel más importante en la gestión de negocios, sean éstos de orden jurídico o económico. Además acude a la idea de sustitución como esencial al mandato. Autores

tantes autores (28) se apoya en la doctrina italiana, que partiendo del concepto del mandato en el Derecho italiano (29), pone la esencia del mismo en la realización de actos jurídicos (30). En consecuencia, el objeto del mandato, como acertadamente ha resumido LEÓN ALONSO (31), consiste en cualquier actividad jurídicamente relevante, ya sea aquella comprensiva de verdaderos negocios jurídicos, ya sea simplemente de otros actos jurídicos que no tengan esa consideración: Siempre que una persona dirija, administre, gestione "amplio sensu" intereses y asuntos de otra, será mandatario; pero que un mandatario podrá ser tal, limitando su actividad a tan sólo un acto de ejecución.

como BONET RAMÓN, F., aún dan una visión más amplia del objeto del mandato, entendiendo que la expresión legal es absolutamente exacta tratándose del mandato gratuito y que comprende la ejecución tanto de actos jurídicos como de hechos materiales; debiendo interpretarse restrictivamente si el mandato es retribuido, limitándolo a la gestión o cuidado de negocios, entendidos éstos en su acepción amplia de asuntos, y no restringida, de negocios jurídicos. BONET RAMÓN, F., *Código Civil* de Q. MUCIUS SCAEVOLA, tomo 26, volumen 1, Madrid 1976, pág. 323.

(28) En este sentido ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho Civil español*, Volumen 3, Madrid 1978, pág. 621. También puede verse PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo 2, volumen 2, Barcelona 1982, págs. 397 y ss.: En los casos de mandato se trata de una relación que, desde el punto de vista de los intereses afectados, aparece una estructura triangular, porque una persona gestiona intereses de otra mediante negociación con terceros. Esta idea es recogida por CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español común y foral*, tomo 4, Madrid 1988, pág. 539.

(29) Véase el artículo 1737 del Código civil italiano de 1865: El mandato es un contrato en virtud del cual una persona se obliga gratuitamente o por compensación a ejecutar un negocio jurídico por cuenta de otra persona que le confirió el encargo. El actual artículo 1703 define el mandato como contrato por el cual una persona se obliga a cumplir uno o más actos jurídicos por cuenta de otra.

(30) DE LA CÁMARA ALVAREZ, M., *ob. cit.*, pág. 567, comentando esta postura, puntualiza que si bien el articulado del Código civil está pensado sobre la base de que el objeto propio del mandato es la ejecución de actos jurídicos, como quiera que no hay tampoco precepto que expresamente limite a los mismos la órbita del mandato, es lícito utilizar este contrato como molde de la relación más amplia de la gestión de negocios. Véase también en págs. 573 y ss. el intento que hace de formación del concepto de gestión de negocios, para concluir que la prestación a la que obliga el mandatario tiene a aquélla por contenido.

(31) LEÓN ALONSO, J., *ob. cit.*, págs. 33 y 34, siguiendo a GULLÓN BALLESTEROS, A., "Curso de Derecho civil". *Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid 1968, pág. 283.

El tercer elemento fundamental en la definición de mandato aparece en el artículo 1.709 con la expresión “por cuenta o encargo de otro”. El punto de partida para el estudio de su significado, a juicio de CÁMARA (32), se encuentra en el negocio objeto del mandato. En este sentido afirma que el Código civil parte de la base de que el negocio objeto del mandato ha de ser, al menos en parte, del mandante. En la misma línea PACCHIONI (33) puntualiza que “para que los resultados del negocio sean de otra persona es preciso que todos (cualitativamente), al menos en parte (cuantitativamente), se atribuyan a éste”. La pertenencia del negocio en tema de mandato se determina “no solamente por la ponderación de los intereses, sino también por la atribución de sus resultados; incluso caben, sin que deje de haber mandato, los más diversos entrecruzamientos de las esferas de intereses (34). La doctrina, con unos u otros términos destaca en general que lo característico del mandato es la actuación por cuenta de otro “pues de faltar tal elemento, sobre la base de proteger a los terceros, se habría operado la completa desprotección del mandante y mandatario, además de una gravísima dejación del principio de autonomía de la voluntad” (35). Lo que se quiere poner de relieve es que “las consecuencias económicas favorables o desfavorables de la conducta del mandatario se atribuyen al patrimonio del mandante como si fuera éste mismo el que actúa” (36).

La idea de ajenidad no depende, ni del interés, ni tampoco de la actuación en nombre propio. En este sentido parece que la idea más generalizada es que, pese a que la representación acompañe frecuentemente al mandato, el

(32) DE LA CÁMARA ALVAREZ, M., *ob. cit.*, págs. 581 y ss., en las que analiza las diversas hipótesis que pueden plantearse.

(33) PACCHIONI, *Trattato della gestione d'affari altrui*, Milano 1917.

(34) El interés puede corresponder al propio mandatario o a un tercero, sin que el mandato deje de ser tal.

(35) LEÓN ALONSO, J., *ob. cit.*, págs. 33 y ss.

(36) Así lo pone de relieve GARCÍA VALDECASAS, *ob. cit.*, pág. 771.

mandato en sí no supone una actuación del mandatario en nombre del mandante.

Si el apoderamiento se incorpora al mandato, el apoderado adquiere la facultad de obrar por cuenta y en nombre del poderdante (37), aplicándose las reglas de la representación. Pero puede también existir el simple mandato “exento de representación directa, privado de todo actuar en nombre del mandante, reducido el mandatario a obrar exclusivamente en su propio nombre, si bien por cuenta y encargo del mandante” (38).

B) Mandato representativo: necesidad o no de otorgamiento del poder.

La línea que separa el mandato representativo del no representativo es la “contemplatio domini”, simbolizada usualmente en el obrar en nombre del mandante (39). Ello significa, en palabras de NÚÑEZ LAGOS (40), “consentir explícita o implícitamente, que los efectos del negocio serán para el *dominus* y no para el gestor”. Pese a que las formulaciones sobre la “contemplatio domini” no son acordes, pues algunas incluyen no sólo el supuesto del empleo del nombre sino también la actuación en interés del

79

(37) ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil, cit.*, págs. 349 y la mayor parte de la doctrina se inclinan por considerar que no es característica del mandato la facultad de representación del mandante por el mandatario, como lo indica el propio Código al definir el mandato en el artículo 1.709. BONET RAMÓN, F., *ob. cit.*, págs. 374 y ss., recoge los distintos autores que se pronuncian en el mismo sentido.

(38) Así lo expone NÚÑEZ-LAGOS, “Mandatario sin poder”, *R. D. Privado*, 1946, págs. 609 y 610. Puede verse también la distinción que hace entre 1) El complejo mandato y poder unidos 2) El simple poder sin mandato 3) El simple mandato sin poder. Por su parte la Sentencia del T. Supremo de 14 de octubre de 1989 (R. de Jurisprudencia n.º 6921) destaca la posibilidad de una actuación “propio nomine”, que no desvanece la definitiva adquisición por el mandante.

(39) DIEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, Tomo 2, Madrid 1975, pág. 359.

(40) NÚÑEZ-LAGOS, *ob. cit.*, pág. 614, nota 6. Además especifica que la “contemplatio domini” exige que mandatario y tercero tengan por lo menos conciencia de que el negocio es ajeno y de que pertenece a un determinado *dominus*.

dominus (41), todas apuntan en una misma dirección: “El dar a conocer al *tercero* la peculiar condición en que actúa el representante” (42).

Algún autor incluso ha apuntado que siempre que se utilice el nombre del mandante, aun cuando no exista una concesión formal de poder, los efectos del mandato se producirán directa e inmediatamente en la esfera jurídica ajena. En este sentido, el estudio de GONZÁLEZ ENRÍQUEZ (43) parte de que por razones de conveniencia práctica el poder no suele reflejar la realidad de la relación entre poderdante y apoderado, ya que se concede al apoderado un ámbito de facultades más amplio de lo que en realidad es la voluntad

(41) En este sentido D'AVANZO, “Rappresentanza”, *Novissimo Digesto Italiano*, Tomo 14, Torino 1967, págs. 822 y ss., y PUGLIATTI, S., *ob. cit.*, pág. 402.

(42) GORDILLO CAÑAS, A., *ob. cit.*, págs. 45 y ss., expone las distintas posiciones sobre la *contemplatio domini*. Por su parte PORPETA CLÉRIGO, F., *ob. cit.*, pág. 152, habla de exteriorización de la voluntad del representante, mediante la cual los efectos del negocio jurídico repercuten directa o indirectamente sobre el patrimonio del *dominus*. Consiste en que el representante se dé a conocer como tal al celebrar un negocio cualquiera.

(43) Es muy interesante desde este punto de vista el trabajo ya citado anteriormente, de GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M., en lo que se refiere a la distinción llevada a cabo entre poder y mandato, págs. 83 y ss. Por otra parte puede verse también PUGLIATTI, S., *ob. cit.*, págs. 69 y ss., que, en esta línea, parte de que la declaración de “procura” debe entenderse implícita en la manifestación de voluntad por la que el mandante confiere el encargo al mandatario. En la página 104, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, M., añade: De igual manera que, respecto de la autorización del artículo 1.259, puede el mandante excluir del contenido del mandato la posibilidad de intervención del mandatario en nombre de aquél, obligándole a que actúe en nombre propio; en tal caso, el mandatario carecerá de poder de representación, y si, a pesar de todo, actúa en nombre del mandante, sus actos serán ineficaces respecto de éste y quedarán sometidos al régimen del párrafo 2 del artículo 1.259. Pero no hay que desconocer que, como observa LÓPEZ Y LÓPEZ, A., *Retención y mandato*, Bolonia 1976, pág. 103, en contra de la tesis de GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, se levantan argumentos nada despreciables. En primer lugar, el poder no sólo tiene la finalidad de desvincular de las vicisitudes del mandato a los terceros, sino que cumple aquella otra de conectar sin la intermediación del mandatario, dos esferas jurídicas distintas, la del mandante y los terceros; en segundo lugar, el concepto de poder como documento es parcial porque ... puede darse perfectamente y de hecho se da, un apoderamiento no desvinculado documentalmente del mandato, con lo cual el módulo de apariencia que protege al tercero, incluye la relación gestoria, en cuyo caso el único modo de distinguir el poder del mandato es concebir aquél como el medio que tiene como finalidad principal hacer ostensible la actuación “nomine alieno”, con lo que se ve que el efecto relación gestoria, sin el poder, se agota inter partes.

del poderdante. Ello produce una discordancia entre el poder y la realidad de la relación que media entre poderdante y apoderado. Pero necesariamente no tiene que producirse el otorgamiento del poder, para que exista una actuación eficaz del mandatario. El mandato es un contrato que autoriza por sí para que dicha actuación sea eficaz en nombre ajeno (artículo 1.725 del Código civil), haciendo descansar la protección del tercero en la buena fe de éste. De ahí que el citado autor afirme que “el poder de representación en nuestro Ordenamiento forma parte de la autorización para ingerirse en la esfera jurídica del mandante que es inherente a todo mandato y, es más, se confunde con ella, sin que sea necesario ningún otro requisito para que el mandatario actúe eficazmente respecto de los terceros en nombre del mandante”. La existencia de un poder sobreañadido al mandato tiene como finalidad la desvinculación del mandato, para conseguir que su eficacia respecto de terceros sea independiente de las vicisitudes de éste, dando un corte totalmente arbitrario en el contenido del contrato que tendrá efectos respecto de terceros de cara a una mayor seguridad y agilidad. Lo que sucede es que no siempre se da un poder totalmente desvinculado del mandato, además de que, como señala LÓPEZ Y LÓPEZ, la “*contemplatio domini*” es elocuente signo de representación, pero no es todo el fenómeno representativo (43 bis). En este sentido afirma que si bien ciertamente la “*contemplatio domini*” se define principalmente por su aspecto formal (actuar en nombre del representado) se define completamente por una base sustancial (actuar en interés del *dominus*).

81

(43 bis) LÓPEZ Y LÓPEZ, A., *ob. cit.*, pág. 111, que además especifica: Mirada desde el punto de vista del *dominus*, la ajenidad se traduce en una potencial titularidad. Toda la actividad de cooperación tendente a hacer conseguir el *dominus* la titularidad, encuentra su medida en la relación interna (de gestión). En efecto, el comprador, incluso cuando actuando en nombre propio adquiere formalmente él mismo, opera en el ámbito de la relación (interna) de gestión, puesto que actúa en el (para la actuación del) interés del *dominus*.

III. Precedentes históricos de la sustitución

1. Derecho romano.

Ordinariamente se dice (44) que en el Derecho romano se admitía la sustitución, por regla general en los negocios extrajudiciales y únicamente se excluía cuando el mandante había ordenado expresamente la gestión personal o tenía ya por sí carácter personal la gestión encomendada. La base de estas actuaciones se centra en la Ley 8,3,D (17,1) (45). Pese a las voces discordantes que consideran la aplicación de este principio con excesiva generalidad (46), lo cierto es que en los textos romanos se reconoce la validez de la sustitución “aunque haciendo responsable al mandatario por las acciones de su sustituto, y cuando no haya tenido explícito permiso de sustituirse responde de la más leve culpa en la elección de sustituto; lo que los textos romanos denominan

(44) Véase en este sentido GLUCK, F., *Commentario alle Pandette*, Tomo XV, Milano 1907, pág. 65.

(45) La citada Ley establecía: “Si quis mandaverit alicui gerenda negotia eius, qui ipse sibi mandaverat, habebit mandatii actionem, quia et ipse tenetur: tenetur autem, quia agere potest. Quamquam enim vulgo dicatur procuratorem ante litem contestatam facere procuratorem ante litem contestatam facere procuratorem non posse, tamen mandati actio est; ad agendum enim dumtaxat hoc facere non potest”.

(46) HUPKA, J., *ob. cit.*, págs. 326 y ss., considera que se ha aplicado con excesiva generalidad el principio relativo a la licitud de la sustitución, porque este texto se está refiriendo a que el mandatario de una actuación extrajudicial tiene contra sus sustitutos la acción del mandato, mientras que tal actuación no se da contra el procurador judicial sustituido “ante litem contestam”, porque, con arreglo a los principios del Derecho procesal romano, ese sustituto no es admitido al procedimiento, con lo cual el mandato a él conferido es nulo desde el primer momento. Lo que ocurre es que la citada opinión tiene en cuenta sólo la segunda parte del fragmento, existiendo otros textos que claramente hacen presuponer la existencia de la sustitución del mandato. Por ejemplo, la Ley 28, título V, de “negotiis gestis”, Libro III Digesto. Por otra parte Hupka cita como apoyo de sus afirmaciones la “L.1 parag. 5D de exercitoria actione” (14,1) en la que se basan algunos autores, ya que los textos, afirma, se refieren a la concesión al “magister navis” en todo caso, aun en contra la prohibición del “exercitor”, de la facultad de sustitución, pero el jurisconsulto agrega inmediatamente que esta resolución se adoptó en atención a la “utilitas navigantium”. Este texto, conocido por los defensores de la sustitución, es citado a mayor abundamiento, si bien se basan en otros más generales que se refieren al mandato.

“elección imprudente” (47). El mandatario tiene además, en su caso, la posibilidad de ceder al mandante las acciones ejercitables contra el sustituto (48), ya que aquél no tiene acción directa contra éste (49). Incluso algunos autores cuestionan si, no establecida expresamente la facultad de sustitución, es decir, si ante el silencio del mandante cabría una determinación en el sentido de insustituibilidad, pronunciándose por la admisión de la sustitución en atención a la búsqueda de la concreta utilidad del mandante (50).

PACHECO CABALLERO (51) apunta ciertos datos, que con-

(47) BONET RAMÓN, F., *Código civil* de Q. MUCIUS SCAEVOLA, Tomo XXVI, volumen 2, Madrid 1951, pág. 219, transcribe varios textos en apoyo de sus afirmaciones.

(48) OLIVIERI, A., *Il Digesto Italiano*, Volumen XV, Torino 1903-1907, parte prima, pág. 369 se apoya en 8, parag. 3, Dig. n.t., 5, para poner de relieve la citada posibilidad.

(49) MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código civil español*, Tomo XI, Madrid 1911, pág. 509, puntualiza que la disposición contenida en el actual artículo 1.722 del Código civil no tiene precedente romano de ninguna clase y no sorprende ciertamente, porque en el rigorismo sutil de aquel Derecho, el mandante no tenía acción directa sino contra el primer mandatario, según se infiere de la Ley 1.^a y de la 16 del Título 3, Libro 10 del Digesto y de la 21, Título 1, Libro 17 del mismo cuerpo legal. En la misma línea señala COZIAN, M., *L'action directe*, París 1969, pág. 13, que la acción directa no se funda en ninguna tradición histórica; es un invento relativamente reciente.

(50) Véase ARANGIO RUIZ, *Il mandato in Diritto romano*, Napoli 1949, págs. 110 y 161. También SANFILIPPO, “Il mandato”, *Annali Sem. Giur.* Catania 1947, págs. 167 y ss., refutando las tesis en contra del “mandatum incertum” de DONATUTTI contenida en el *Bulletino dell'Institut di Diritto romano*, volumen 33, 1923, págs. 181 y ss. Estas ideas han sido recogidas por DOMINEDO, Francesco M., en *Novissimo Digesto Italiano*, Torino 1964, Tomo X, pág. 106. Sanfilippo y Arangio Ruiz consideran que los compiladores justinianos admitieron que en alguna ocasión el contrato de mandato ejecutado mediante sustituto tuviera eficacia liberatoria en atención al eventual y empírico criterio de búsqueda de la concreta utilidad del mandante. Así, Sanfilippo destaca la impracticabilidad de una regla en virtud de la cual el mandante podría actuar por el incumplimiento en el acto mismo en que el mandatario le presentase el resultado de una puntual ejecución, sólo porque se había realizado en colaboración con otros.

(51) PACHECO CABALLERO, F. L., “La recepción de la doctrina del mandato en las Partidas”, *R. D. Privado*, Septiembre 1990, págs. 656 y ss. Sobre la distinción, por su origen y finalidad, de la “procuratio” y el “mandatum” puede verse más extensamente ARANGIO RUIZ, V., *ob. cit.*, págs. 44 y ss., donde expone también el acercamiento y confusión de ambas figuras en la época clásica. PACHECO CABALLERO también puntualiza cómo de la noción de mandato emergen con virulencia todos aquellos aspectos relacionados con el mandato como medio de representación frente a terceros, mientras quedan sumergidos sus aspectos contractuales.

tribuyen a explicar la razón por la que las fuentes que se ocupan del mandato contienen una vertiente procesal o judicial, relegando los problemas sustantivos: “Las transformaciones que sufre el contrato de mandato consecuencia del vulgarismo hacen que la figura del “procurator” pierda autonomía frente al mandato, hasta el punto de convertirse éste último en único fundamento jurídico de su actuación. Todo lo que hasta el momento constituía la actividad del “procurator”, muy señaladamente la representación en juicio del “dominus negotii” encuentra ahora su fundamento en un “mandatum” de este último. Entonces es cuando “entra en crisis la idea del mandato como contrato, como relación que liga al mandante y al mandatario, y pasa a convertirse en un poder de representación que se manifiesta preferentemente en el campo procesal” (52).

2. Evolución en el Derecho español.

A) *Derecho Histórico castellano.*

a) *Fuero de Soria.*

El principio germánico de que cada uno debe perseguir por sí sus asuntos se refleja en los Fueros Municipales. La representación en juicio parece que, en términos generales, estaba prohibida: Gestión de un proceso de personas con plena capacidad por medio de un poderhabiente, gestor de la acción, *missus*, apoderado, *procurator*, *mandatarius* (53). Sin embargo, se reconocía la posibilidad de una representa-

(52) PACHECO CABALLERO, F. L., *ob. cit.*, pág. 657, especifica que todo esto es lo que explica que cuando se opera la total sustitución de la institución de la “procuratio” por el “mandatum”, ésta ya no alude al contrato consensual por el que una parte encarga a otra la realización de algo, sino al poder de representación otorgado unilateralmente por una de ellas, poder que casi siempre se ciñe a la representación en juicio.

(53) BRUNNER - VON - SCHEWERIN, *Historia del Derecho germánico*, traducción española 1936, pág. 176.

ción en voz. En punto a la sustitución del mandatario tan sólo existe un reflejo en el Fuero de Soria (54).

b) *Las Partidas.*

Las Partidas van a recuperar “en el nuevo ambiente de la Recepción, la noción de mandato, entendido éste como otra manera de obligación cuyo contenido no se reduce exclusivamente, aunque así pueda ocurrir, al compromiso de representar a otro en juicio” (55). El tratamiento que el mandato recibe en Las Partidas se centra en la adaptación del Derecho romano justiniano, aunque en algunos aspectos se reflejan diferencias.

Por otro lado, utiliza distintas fuentes justinianas en el tema objeto de nuestro estudio, ya que la concepción de los “personeros” que se refleja en Las Partidas parte tanto del modelo del “procurator” (D.3.3.) como del “mandatum” (D.17,1) según actúe en juicio o fuera de él. Y si bien contempla la materia relativa al mandato a continuación de la fianza (56), asimilándola a ésta, algunas normas vienen ubi-

85

(54) SÁNCHEZ, G., *Fueros castellanos de Soria y Alcalá de Henares*, Fuero de Soria, parag. 138, 139 y 143, Madrid 1919. En el Fuero de Soria se establece:

“Ninguno de los personeros non pueda dar a otro por su personero en nngun pelyto pora demandar ni pora responder, si non fuere pora antel rey por emplazamiento, o en pleyto de alçada, o en pleyto quel acaeciére en otra ujilla o en otro lugar, tambien por demandar commo por responder”. “Aquel que enpleyto de alçada diere personero pora antel rey o sobre emplazamiento, que oujere a parecer antel o ante otro alguno por el o por carta suya o en otra manera. Otrossi aquel que diere personero en pleyto que oujere ademandar o sobre que oujere a responder en otro ujilla o en otro lugar, delo por carta de esciuano publico o seellada de su seello o dotro seello connosçido”.

“Tod aquel que diere personero en algun pleyto por carta, nombre assi mismo en la carta et el iuez pora ante quien leda por personero et el nombre desu contendedor et el pleyto sobre aquel diere por personero; et que diga en ella que el stara por quanto el personero fiziere et razonare en aque pleyto, et que lo aura firme. Mas non pueda conponer el personero ni poner el pleyto en amigos ni en conponedores ni recibir paga ni quitar la demanda, si nol fuere dado et otorgado da quel que dio personero en aquella personeria o en otra”.

(55) PACHECO CABALLERO, F. L., *ob. cit.*, pág. 660.

(56) Véase Partida 5, Ley 12, Título 20 a 25. La definición que da la Partida 3, Título 5, Ley 21 de Personero sirve de fundamento a PACHECO CABALLERO para afirmar que el mandato, tal y como aparece en Partidas, se ha convertido en funda-

cadadas por relación al “personero”, reconduciéndolas, como venía haciéndolo la tradición, a la casuística de la representación procesal. Tal es el caso de la sustitución contemplada en la Partida 3, título V, Ley 19 (57) cuando al establecer la posibilidad de sustitución se refiere a lo que puede “facer el Personero”. Los comentaristas de Las Partidas admiten la sustitución “a menos que el procurador fuese nombrado para cierto negocio, y no se hubiese prescrito determinada-mente lo que debía practicar, pues entonces parece elegida su industria y por lo mismo no podría nombrar sustituto” (58). Pese a ser ésta la opinión más equitativa, al no puntualizar la Ley, se reconoce que incluso esta matización sería desechable, admitiéndose con carácter general la sustitución.

De todas formas, como veremos, la regulación posteriormente recogida en el Código civil español, aun partiendo

mento de la actuación del Personero, en paralelismo con la suerte del procurador en el Derecho justinianeo: “Personero es aquel que recabda, o faze algunos pleytos, o cosas ajenas, por mandado del dueño dellas. E ha nome personero porque paresce, o esta en juyzio, o fuera del, en lugar de la persona de otri”.

(57) A pesar de que GARCÍA GOYENA, F., en *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza 1974, págs. 838 y ss., considera que en el Derecho patrio no se encuentra disposición alguna que tenga analogía con estos artículos, los distintos comentaristas del Código civil recogen este precedente de la sustitución que parece bastante claro. Véase MANRESA Y NAVARRO, J. M., *ob. cit.*, pág. 509; LEÓN ALONSO, J. R., *ob. cit.*, pág. 256, y BONET RAMÓN, F., *ob. cit.*, pág. 223. La Partida 3, título V, Ley 19 establece: “E otrosi dezimos, que el Personero non puede poner otro en su lugar, en aquel pleyto mismo sobre el que fue dado, si primeramente non lo ouiesse comencado por demanda, o por respuesta. Pero si le fuesse otorgado tal poderio en la carta de personería, entonce lo podria fazer ante, e despues. E esto ha de logar en los Personeros, que son dados para seguir los pleytos en juycio. Mas los otros que son fechos para recabdar, o fazer otras cosas fuera de juycio, estos atales bien pueden dar otros Personeros en su lugar. Pero si estos fiziessen alguna cosa a daño del señor, entonce los primeros personeros que los cogieron, e los pusieron en sus logares, son tenudos de se parar a ello”.

(58) El comentario está tomado de *Las siete Partidas del sabio Rey Alfonso el IX*, con la glosa de Gregorio López, por SANPONTS Y BARBA, I., MARTI DE EIXALA, R., y FERRER Y SUBIRANA, J., Tomo 2, Barcelona 1844, pág. 160. Así lo sostiene Bart. en la L. ult. al fin de divers temp. praescript. Sin embargo, parece pretender lo contrario la glosa del capítulo penúltimo de efect. in 6 cuando dice que si un canónigo nombrare a otro su procurador, podrá este elegir un sustituto: V. Abb. cap. ult., Parágrafo último de offic. de legat.

también de la facultad de sustitución es, como destaca LEÓN ALONSO (59), “mucho más aceptable por completa y coherente”.

B) Etapa de la Codificación.

a) Proyecto de 1836.

El Proyecto de 1836, después de destacar en el artículo 1.401 que el mandato es el contrato por el que una persona da a otra el cargo de que haga alguna cosa, contiene dos preceptos relativos a la sustitución. Se parte de la regla general de su admisibilidad en los siguientes términos:

El mandatario que haya sido constituido para negocios extrajudiciales puede nombrar un sustituto que los desempeñe por él; pero será responsable de los daños que el mandante haya recibido por impericia, negligencia o culpa de dicho sustituto en la forma que expresa el artículo ...

87

Cesará esta responsabilidad del mandatario cuando, habiéndole dado en el mandato poder para nombrar determinadamente un sustituto, haya nombrado a la persona que se le designó (60). El Proyecto contiene tres ideas fundamentales en materia de sustitución:

1) La regla general de sustitución en el mandato, concediendo esta facultad al mandatario, aunque expresamente no le haya sido dada.

2) La exención de responsabilidad en el supuesto de haber recibido poder para nombrar determinadamente un sustituto, ya que en este caso la confianza base del mandato permanece inalterada; y, por tanto, no quedan mermadas las garantías.

3) Dejando a salvo el supuesto anterior, si en uso del poder que se concede al mandatario sufriera algún perjuicio el mandante por la actuación del sustituto, el mandata-

(59) LEÓN ALONSO, J. R., *ob. cit.*, pág. 256.

(60) Artículos 1.422 y 1.423 del Proyecto de 1836 en *Crónica de la Codificación civil española*, LASSO GAITE, J. F., Madrid 1970, volumen 2, pág. 241.

rio responde ante el mandante de la “gestión” del sustituto.

Se parte de que el mandante otorga al mandatario un margen de confianza en su actuación —en este caso en el uso de la facultad de sustitución— mayor o menor según los casos, a resultas de lo cual se establece un grado distinto de cobertura de responsabilidad. Además es de destacar que, como también se reflejaba en Las Partidas, aparece la idea de responsabilidad del mandatario por la actuación del sustituto, aunque no haya culpa a cargo de aquél, toda vez que el mandante no haya concedido expresa facultad de sustitución, ya que ello, en principio, constituye una ofi-
ciosidad.

Sin embargo, el que claramente se exija esta responsabilidad, no nos debe confundir en el planteamiento, a nuestro juicio correcto, del tema en cuestión: Buscar la distinción entre sustitución en sentido estricto, subapoderamiento..., a partir de la voluntad del *dominus*, que no siempre tiene que identificarse con la concesión de facultad de sustituir, ni con meros criterios de responsabilidad.

88

b) Proyecto de 1851.

Los artículos 1.612 y 1.613 del Proyecto de 1851 contemplan la facultad de sustitución en los siguientes términos:

“El mandatario puede nombrar sustituto con tal que el mandante no se lo haya prohibido, pero responde de la gestión del sustituto:

- 1) Cuando no se le dio facultad para nombrarle.
- 2) Cuando se le dio facultad pero sin designar la persona y el nombrado era notoriamente incapaz o insolvente.

Lo hecho por el sustituto nombrado contra la prohibición del mandante será nulo”.

Por su parte el artículo 1.613 establecía:

“En los casos comprendidos en los dos números del artículo anterior, puede además el mandante dirigir su acción contra el sustituto del mandatario”.

De esta forma se posibilita, a diferencia del Derecho ro-

mano, que el mandante tenga acción directa contra el sustituto que, por su mala gestión, ha causado un perjuicio al mandante, teniendo en cuenta que en muchas ocasiones le será más fácil obtener la recuperación de éste. En definitiva, el sustituto, aunque elegido por el mandatario, representa también los intereses del mandante.

El Proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851 se inspira, en esta materia, en el artículo 1944 del Código civil francés aunque “se desprende con claridad un saldo favorable a nuestro texto sustantivo más completo y hasta minucioso, ofreciendo supuestos claramente meritorios, tal es el de la sustitución prohibida por el mandante, tan sólo insinuada en los demás Códigos civiles” (61).

Parece que lo que intenta GARCÍA GOYENA es coordinar la confianza base del mandato con la conveniencia y utilidad prácticas (62). Así lo pone de relieve cuando, al justificar el precepto, destaca que, si bien es la confianza del mandante en el mandatario la base del mandato, “como éste en casi todos los negocios se ve obligado a sustituir, ha parecido conveniente generalizar esta facultad aunque no le haya sido dada. Sin embargo, al hacerlo, excede en cierto modo los límites del mandato y falta a la confianza de su comitente: Es pues justa la responsabilidad que se le impone por el número 1”. Responde por tanto personalmente, porque, en definitiva, es él quien ha asumido la obligación de cumplir el encargo y la designación de otra persona la hace bajo su responsabilidad. Esta solución ya la había propugnado POTHIER (63), aunque haciendo depender la posibilidad de sustitución del interés del mandante, a

(61) LEÓN ALONSO, J. R., *ob. cit.*, pág. 257.

(62) MANRESA Y NAVARRO, J. M., *ob. cit.*, pág. 505, señala que la razón por la que las legislaciones modernas han autorizado la sustitución, salvo precepto prohibitivo del poderdante, es de conveniencia y utilidad públicas. Por otra parte, la responsabilidad directa de los mandatarios es la mayor garantía para los peligros que pueda ofrecer.

(63) POTHIER, “*Tratat du contrat de mandat*” en *Ouvres de Pothier anotées et mises en correlation par Bugnet*, Tomo V, París 1847, n. 99.

diferencia del Proyecto de Código civil español que parte de la facultad de sustitución en términos generales.

En el segundo supuesto, aunque se le autoriza para sustituir, hubo falta grave en el uso de la facultad. La razón de que este precepto sea mucho más completo que los examinados hasta el momento, incluso en relación con otros cuerpos legales como el Código civil francés, se debe, a nuestro juicio, a la influencia de las bases que sentó el Derecho romano en punto a la gratuidad del mandato (64), las cuales serían reflejadas en la definición del contrato de mandato. En efecto, así como en el artículo 1984 del Código civil francés se reflejaba la idea de representación como característica del mandato, al suponerse que el mandatario obra siempre en nombre del mandante (65), el Proyecto de 1851 estableció la facultad de sustitución de forma tan categórica, como consecuencia de la inclusión en la definición del mandato de la gratuidad como elemento esencial (66). Ello sería de capital importancia, ya que la admisión del carácter gratuito del mandato supuso en cierta medida la inclusión de una posibilidad de ejecución menos estricta, menos pesada para el mandatario que en los contratos one-

(64) Véase sobre el particular LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación civil española*, volumen 1, Madrid 1970, pág. 230, donde se destaca cómo GARCÍA GOYENA redactó el título XII que trata del mandato, incluyendo la gratuidad como elemento esencial, tomado del Derecho romano y señalando las diferencias con el artículo 1984 del Code. Incluso se conserva una Ponencia redactada por Ruiz de la Vega en la Primera Comisión, que tiene la misma estructura que el Proyecto, pero está tomada del Code. Quizás una segunda razón podría ser también el interés de diferenciarlo con el mandato en su vertiente procesal que tradicionalmente, era remunerado.

(65) El artículo 1984 del Code civil francés establecía: El mandato o procuración es un acto por el cual una persona da a otra poder de hacer algo para el mandante y en su nombre. Esto fue criticado por algunos tratadistas franceses. Al respecto véase COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, traducción española, Tomo IV, Madrid 1925, págs. 666 y ss.

(66) El artículo 1.602 del Proyecto de 1851 definía el mandato como el contrato por el que uno se encarga gratuitamente de dirigir los negocios que otro le acomete: A esto GARCÍA GOYENA, F., añade: Porque de no ser gratuito el mandato, degeneraría en el contrato de arriendo o en uno de los innominados, *ob. cit.*, pág. 838.

rosos. Todo ello en coordinación con las ideas de confianza y utilidad práctica, aunque es evidente que la mayor utilidad práctica va en detrimento de la base de confianza sobre la que tradicionalmente había venido asentándose el mandato.

c) *El Código civil de 1889.*

El precepto contenido en el artículo 1.612 del Proyecto de 1851 pasaría, salvo pequeños retoques de forma, al actual artículo 1.721 del Código civil, si bien la gratuidad del mandato fue rebajada a la categoría de elemento natural (67), tomando como modelos a los Códigos napoleónico e italiano (68). Así, el párrafo 2 del artículo 1.711 del Código civil español establece incluso la presunción de onerosidad si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiere el mandato. Sin embargo, como señala BONET RAMÓN (69), la mayor parte de los preceptos del mandato siguen basados en la gratuidad. De ellos, unos hacen referencia a las obligaciones de las partes, y otros, a la extinción del contrato. Esto explica, en cierta medida, el que se conservara la regla general de la sustitución en el mandato —salvo prohibición expresa del mandante— tal y como venía expuesta en el Proyecto de 1851, derivada de su carácter gratuito; aunque habrá que examinar el contenido desde la perspectiva actual del mandato.

91

(67) En este sentido BONET RAMÓN, F., *Código civil*, de Q. MUCIUS SCAEVOLA, Tomo XXVI, volumen 1, Madrid 1976, pág. 338.

(68) El artículo 1737 del Codice civile italiano de 1865 definía el mandato, recogiendo la idea de gratuidad, como el contrato en virtud del cual una persona se obliga gratuitamente o mediante una recompensa a realizar un negocio por cuenta de otra que le dio el encargo. La fórmula del artículo 1737 es más completa que la del Código civil francés, porque, por un lado, desliga el mandato de la idea de representación, aunque es cuestión discutida en la doctrina italiana; y, por otro, define el mandato como un contrato.

(69) BONET RAMÓN, F., *ob. cit.*, págs. 339 y ss.

IV. La cuestión en las legislaciones extranjeras

1. La idea de sustitución en el Derecho francés.

A) *Precedentes.*

El artículo 1994 del Código de Napoleón, patrón de los Códigos latinos, recoge una postura favorable a la sustitución en los siguientes términos:

“El mandatario responde de la persona por quien se ha hecho sustituir en su gestión:

1.º) Cuando no ha recibido el poder de sustituirse por nadie.

2.º) Cuando este poder le ha sido conferido sin designar la persona y la elegida era notoriamente incapaz o insolvente.

92 En todos los casos el mandante puede dirigirse directamente contra la persona que ha sustituido al mandatario”.

Precisamente este precepto fue el resultado de una discusión parlamentaria, en el seno del Consejo de Estado, sobre la conveniencia o no de establecer la sustitución. Por un lado, CAMBACÈRES (70) se apoyaba en la postura ecléctica de POTHIER (71) fundada en los principios de Derecho romano clásico, que es, como expone PORPETA (72), la que actualmente mantienen los Códigos de estirpe germánica. La postura de POTHIER estaba basada en la confianza que el mandante deposita en la aptitud del mandatario. Así, pone de relieve, en principio, si el mandatario sin autorización se hace sustituir por un tercero, como su deber es ejecutar, por las razones antedichas, el mandato por sí mismo, se excederá de los límites del mandato, con lo que el man-

(70) Puede verse FENET, P. A., *Recueil complet des travaux réparatoires du Code civil*, tomo XIV, 1827, págs. 573 y 574.

(71) POTHIER, *ob. cit.*, n.º 99.

(72) PORPETA CLÉRIGO, F., *ob. cit.*, pág. 161.

dante no quedará obligado, salvo si lo ratifica. Esta regla tiene su excepción en los supuestos en que ni se ha concedido, ni se ha prohibido la sustitución, dependiendo además de la naturaleza del negocio, ya que si la consideración de las cualidades del mandatario —prudencia, habilidad— no han entrado en el pensamiento del mandante, se podría presumir la procedencia de la sustitución.

Los autores del Código, ¿tuvieron en cuenta la opinión de POTHIER? Sobre este punto hubo un extenso debate en el seno del Consejo de Estado. CAMBACÉRES estimaba que la confianza no se puede dividir, es una siempre; y de ahí se deduce la imposibilidad de sustituirse el mandatario por otro, dado que la confianza del comitente en el celo e inteligencia del mandatario es el fundamento sobre el que descansa el mandato; y si aquél, sin haber sido expresamente autorizado, coloca a otro en su lugar hay una defraudación de la confianza merecida. Esta postura era mucho más absoluta que la propugnada por POTHIER. “Es evidente, afirmaba CAMBACÉRES, que el mandante que no autoriza la sustitución sólo concede su confianza al mandatario”. El fundamento de esta postura traía causa en el precepto general que declara que la obligación de hacer no puede ser asumida por un tercero sin contar con el acreedor, cuando éste último tiene interés en que sea cumplido por el deudor mismo (artículo 1237). Esta disposición, aplicada al mandato, resalta su carácter “*intuitu personae*” como elemento fundamental. Pero, como ya afirmó POTHIER, no es absoluto, ya que todo depende del interés del mandante, siendo una cuestión de hecho más que de derecho. Además, el argumento del artículo 1237 no es del todo exacto. Este precepto contempla la situación de un acreedor que ha expresado su voluntad formal de ver la obligación cumplida por el deudor y no por otro. El acreedor en este supuesto ha realizado una declaración de voluntad; y, sin embargo, el artículo 1994 contempla precisamente el caso en el que “el mandante permanece mudo sobre la

sustitución" (73). Parece que no hay argumentos de analogía con el artículo 1.237.

La postura examinada traía como consecuencia, a juicio de los detractores, un mayor rigor sin utilidad. TREILHARD, TRONCHET y BERLIER la combatieron alegando, en primer lugar, el carácter —por su naturaleza— gratuito del mandato: "El mandato es gratuito y no hay que hacer la ley demasiado dura para quien lo presta". De ahí surge la posibilidad, anteriormente apuntada, de autorizar como compensación a la gratuidad la sustitución del mandatario. En segundo lugar, le alegaban razones de utilidad y menor perjuicio para el mandante. El carácter "intuitu personae" del mandato en ocasiones podría impedir la realización de la actividad prevista en el mismo; inconveniente que quedaría resuelto otorgándole al mandatario la facultad de sustitución: La ley no debe prescribir obligaciones tales que en ciertas circunstancias llegue a ser laudable derogarlas, como sucedería si el mandatario cayese enfermo en un momento en que el interés del mandante exigía la mayor actividad. ¿Qué mejor que la responsabilidad establecida en el artículo 1994? Si el que ha sustituido al mandatario obra mal responderá éste; pero si obra bien, ¿qué acción podría tener el mandante aunque existiese la cláusula prohibitiva?".

Estas razones influyeron en que la postura de CAMBACÉRES fuese abandonada, si bien no totalmente, en la medida en que no se decidió en términos absolutos que el mandatario podía sustituir, quedando de esta forma aprobado el artículo 1994 del Código civil francés. Por tanto, esta materia no fue susceptible de una solución radical. Cuestión distinta es la de saber, como señala LAURENT (74), si el man-

(73) Véase en este sentido LAURENT, F., *Avant - projet de Révision du Code civil*, Tomo 6, Bruxelles 1885, pág. 60. Se estima que si la sustitución salvaguarda los intereses del mandante y su finalidad es cumplida igual que si la hubiese realizado el mandatario, no tiene derecho a oponerse.

(74) LAURENT, F., *Principes de Droit civil Français*, Tomo XXVII, París 1878, pág. 540.

datario tiene derecho absoluto de sustituir o si la sustitución depende del interés del mandante, como se deducía del pensamiento de POTHIER. A juicio de LAURENT, si se quiere ser fiel al pensamiento del Consejo de Estado, hay que concluir que “el Código no consagró ningún sistema absoluto, ni prohibición de sustituir, ni derecho de sustituir. La decisión depende de las circunstancias, es decir, del interés del mandante”. De esta forma la solución se presenta, a su juicio, acorde con la tradición, con los trabajos preparatorios y con los principios.

Además existió una tercera razón, relacionada con el carácter representativo que tiene el mandato en el Código de Napoleón. La sustitución cobra mayor sentido en una legislación en la que el mandatario representa al mandante; y desde este punto de vista se cuestiona si el mandatario tenía o no la facultad de trasladar a otro el poder de representar al mandante y, consiguientemente, de desaparecer o no de la escena del contrato. De otra forma no resultaban de este segundo mandato, como sucedió en Derecho romano, relaciones obligatorias entre los terceros y el mandante principal (75). Incluso se afirma que la verdadera sustitución consiste en la operación por la cual el mandatario encarga a una tercera persona cumplir “en nombre del mandante originario” los actos de los que estaba encargado él mismo. La verdadera sustitución debe llevarse a cabo delegando en un tercero todo o parte de los poderes de actuación recibidos, en nombre del mandante (76).

Llama también la atención el que el artículo 1994 del Code permita “en todos los casos” la acción directa del mandante contra el sustituto. Ello, sin perjuicio de un aná-

(75) En este sentido se pronuncia Huc, T., *Commentaire theorique-pratique du Code civil*, Tomo XII, París 1899, págs. 76 y ss. Por su parte GUILLOUARD, *Traité des contrats aléatoires et du mandat*, París 1894, n.º 120 se pronuncia en contra de la idea de que cuando el mandatario no representaba al mandante no había lugar para la teoría de la sustitución.

(76) Huc, T., *ob. cit.*, págs. 75 y 76.

lisis posterior, plantea el problema del alcance del citado precepto. Parece que establece entre mandante y tercero sustituto un vínculo directo que le permite obrar mediante la "acción directa y personal", se haya o no conferido al mandatario el derecho de hacerse sustituir por un tercero; y ello con independencia de que estemos ante la sustitución en sentido estricto o ante el subapoderamiento, ya que en este último caso cuando el mandante se dirige contra el sustituto lo trate como si fuera su mandatario. Nada impide, como ha afirmado COZIAN (77), que de hecho la representación juegue un doble papel. El vínculo contractual se extiende entonces con un eslabón y el sustituto, aunque elegido por el mandatario, representa también los intereses del mandante principal.

B) Influencia en el sistema español.

96

El sistema español, desde el Proyecto de 1851, generaliza la facultad de sustitución. Su admisión no rompe el esquema tradicional del mandato, es decir, la confianza que tiene el mandante en el celo del mandatario. Porque al generalizar esta facultad, lo único que hizo el legislador fue tolerar que un mandatario pueda nombrar a otra persona, lo que no significa que sea un sustituto en sentido estricto, para el desempeño de la gestión que a él mismo le había sido encomendada, incluso aunque no hubiera recibido autorización. Y es que en la mayoría de supuestos, como afirmaba GARCÍA GOYENA, "el mandatario se ve obligado a sustituir. Por ello ha parecido conveniente generalizar esta facultad aunque no le haya sido dada" (78).

(77) COZIAN, M., *ob. cit.*, pág. 47. Sobre la admisión de la acción directa puede verse PLANIOL Y RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, Tomo XI, 2.^a parte, París 1933, pág. 818, n.º 1470. En parecido sentido Huc, T., *ob. cit.*, pág. 77, se pronuncia por la posibilidad de conceder la acción directa tanto en la sustitución como en el subapoderamiento. En contra LAURENT, F., *Principes...*, cit., pág. 550.

(78) GARCÍA GOYENA, F., *ob. cit.*, pág. 843.

Aunque el artículo 1.721 del Código civil español, a diferencia del francés, se pronuncia de forma expresa en esta materia, la interpretación que TARRIBLE “Rapporteur du Tribunal” (79) dio al artículo 1994 del Code, es exactamente la misma que GARCÍA GOYENA apunta para justificar la inclusión de la facultad de sustitución en el actual artículo 1.721. Luego sin mencionarlo de forma expresa, parece que el resultado perseguido fue el mismo en ambos casos: Entender generalizada esta facultad y tolerar en todos los casos que un mandatario nombre “sustituto” aunque no haya recibido poder. Aunque la doctrina tradicional estuvo dividida (80), los autores actualmente no discuten esta cuestión admitiendo, en principio, la posibilidad por parte del mandatario de sustitución, salvo prohibición expresa o tácita del mandante, entendiendo que existe prohibición tácita si el contrato se celebró “intuitu personae” (81).

El Código civil, español siguiendo este precedente francés, fijó también los supuestos de responsabilidad del man-

97

(79) Véase LAURENT, F., *Principes...*, cuando se justifica el sentido de lo que luego sería el artículo 1994 del Code civil francés, Tarrible, que era “Rapporteur du Tribunal” en su informe sobre el título del mandato específica: La confianza del mandante en el celo e inteligencia del mandatario es el fundamento sobre el que descansa el mandato. Si sin haber recibido poder, el mandatario decide nombrar un sustituto, ha roto la confianza de su mandante y se ha excedido de los límites del mandato. ¿Ha consagrado el Código esta opinión absoluta? No, contesta Tarrible. A continuación afirma: Como en casi todos los negocios que son objeto del poder, el mandatario se ve obligado a sustituirse por otras personas para la “ejecución” del mandato, ha parecido conveniente a algunos autores del Proyecto generalizar esta facultad y tolerar en todos los casos que un mandatario nombre un sustituto, aunque no haya recibido poder.

(80) GUILLOUARD, *ob. cit.*, núms. 119 y 120, pág. 435, y RODIERE, R., “Encyclopédie Dalloz”, *Droit civil*, Tomo IV, Mandat, p. 18, señalan cómo la naturaleza del servicio prestado y los peligros que la operación presenta para el mandante —ya que éste queda ligado por los actos que concluye en su nombre al mandatario— conducen lógicamente a rehusar al mandatario la facultad de sustituirse por un tercero en el cumplimiento de su mandato.

(81) En este sentido ALEXANDRE, D., “Juris Classeur civil”, fascículo 1,5,1985 del *Notarial Répertoire* refiere la prohibición tácita, según resoluciones jurisprudenciales, al contrato celebrado “intuitu personae” que no puede, por tanto, ser ejecutado en el espíritu del mandato más que por una persona determinada con exclusión de cualquier otra.

datario, teniendo en cuenta tanto la situación del mandante, como la de los terceros que han mantenido relaciones jurídicas con el sustituto. De ahí, por un lado, la validez de la sustitución; y, por otro, la posibilidad que tiene el mandante de ejercitar la acción directa (82).

Pero el establecimiento de unas ciertas garantías mayores o menores, según los casos, no significa que todos los supuestos que contempla o que en su caso caben dentro del artículo 1.721 sean de sustitución en sentido estricto. El panorama de responsabilidad que recogimos del artículo 1994 del Code civil, no nos da las claves de distinción entre sustitución, subapoderamiento o en su caso auxiliar. La distinción debe partir del mayor o menor grado de confianza, de la voluntad del mandante y de en qué "medida la actividad encargada al mandatario se encuentra o no comprometida por éste" (83).

2. La idea de sustitución en el Derecho italiano.

A) *Precedentes.*

El Código civil italiano de 1865 en su artículo 1748 se pronuncia en idénticos términos al Código francés. Por su parte el Código de 1942 en su artículo 1717 regula separadamente la representación y el mandato. Sin embargo, la materia relativa a la sustitución sólo está regulada en el mandato, incluyendo, además de los supuestos que ya había recogido del Derecho francés, la responsabilidad del mandatario por lo realizado por el sustituto cuando su nombramiento no resulte necesario por la naturaleza del encargo (84).

(82) En este punto el Derecho francés sí que se separa de la doctrina clásica de Pothier ya que, de acuerdo con ésta, y conforme al artículo 1237 del Code, si el sustituto está sin derecho alguno, todo lo que hace es nulo. Véase LAURENT, F., *Principes...*, cit., pág. 542.

(83) Así lo pone de relieve Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho patrimonial*, Tomo 1, Madrid 1983, pág. 725.

(84) El actual artículo 1717 del Codice civile italiano establece: El mandatario que en ejecución del mandato se sustituye por otro sin estar autorizado o sin que

B) *Influencia en el sistema español.*

En la doctrina italiana clásica, algunos autores “al abordar esta materia, de suyo tan sutil, sufren con frecuencia notorios extravíos; tan pronto escapa a estos autores la percepción del subapoderamiento como la del mandato auxiliar” (85). Ello influirá en la jurisprudencia española de forma decisiva, no sólo por el enfoque de la distinción, sino también por la orientación hacia criterios estrictamente de responsabilidad. Así, OLIVIERI (86), olvidando el subapoderamiento distingue entre la sustitución verdadera y propia y la simple cooperación material: “Cuando se trate de la cooperación material lo que hay es una cooperación de hecho, siempre permitida, conservando el mandatario la propia responsabilidad y representación. En el primer caso hay una sustitución legal regida por el artículo 1748 del Código civile” (actual artículo 1717). De esta forma prescinde de la existencia de la sustitución impropia o subapoderamiento como figura intermedia que, sin suponer los efectos previstos en las normas legales para el supuesto de sustitución, representa los intereses del *dominus*, es decir, actúa en el ejercicio de la representación de éste. Además hay que tener en cuenta que tanto la sustitución como el subapoderamiento se centran, en un sentido jurídico, en el deber del mandatario, no quedando extraños al *dominus*, ya que el sustituto asume la obligación de realizar el mandato frente a aquél. Por el contrario, el auxiliar queda extraño al *dominus* pues la sustitución se produce en el cumplimiento,

99

ésto sea necesario por la naturaleza del encargo, responde de lo llevado a cabo por la persona del sustituto.

Si el mandante había autorizado la sustitución sin indicar la persona del sustituto, sólo responde cuando incurra en culpa en la elección. El mandatario responde de las instrucciones que ha dado el sustituto. El mandante puede dirigirse directamente contra la persona sustituida por el mandatario.

(85) PORPETA CLÉRIGO, F., *ob. cit.*, pág. 153, nota. 1

(86) OLIVIERI, A., *Il Digesto italiano*, volumen XV, parte prima, Torino 1903-1907, págs. 429 y ss.

sin existir relación alguna entre el *dominus* y el auxiliar.

Lo que sí parece resaltar gran parte de la doctrina italiana y también de la jurisprudencia es que el carácter “*intuitu personae*” que tradicionalmente había caracterizado el mandato no es tan fundamental, inclinándose por la solución de posibilitar la realización efectiva de la gestión objeto del mandato, con independencia de quien la lleve a cabo. La admisión como regla general de la sustitución, a menos que el mandato venga conferido en atención a circunstancias de calidad técnica, capacidad personal o, en su caso, en atención a la naturaleza del encargo, es buena prueba de ello. Por tanto, se habla del carácter “*intuitu personae*” del mandato como un principio no esencial (87).

Finalmente, late también en la doctrina italiana una idea fundamental: Al hablar de sustitución se piensa siempre que el mandatario se convierte en un extraño a la relación de mandato; y, sin embargo, la voluntad del mandante cuando faculta de una u otra forma para sustituir “no es dispensar al mandatario de seguir en el contrato, sino facilitarle el cumplimiento del mismo, autorizándolo a valerse de un sustituto. El mandatario, usando de las facilidades que se le otorguen para el cumplimiento del contrato, manifiesta su voluntad de no convertirse en extraño a la relación” (88).

(87) DOMINEDO FRANCESCO, M., *ob. cit.*, pág. 125. Véase también Sentencia de 10 de noviembre de 1971, n.º 3230, *Ginst. civile* 1.971, 1.734, pág. 28, que se expresa en los siguientes términos: Ha sido reiterado que el mandato, siendo un contrato caracterizado por el elemento de la confianza, no está, sin embargo, basado necesariamente sobre el “*intuitu personae*”; en efecto, al mandatario no le está prohibido valerse del trabajo de un sustituto, a menos que la prohibición esté expresamente establecida, o bien se trate de una actividad que entra en los límites de un encargo fiduciario acogido “*intuitu personae*”. Por su parte VISINTINI, G., *ob. cit.*, págs. 82 y ss., señala cómo la sustitución es facultad del deudor siempre que no se oponga a la voluntad de las partes o a la naturaleza especial de la prestación; o en su caso si el mandato se lleva a cabo en consideración al carácter personal de la relación del mandato. El límite de la sustitución descende directamente de la naturaleza infungible (o mejor del “*intuitu personae*”) de la prestación gestoria. Aunque reconoce que este límite aparece con más facilidad en la sustitución que en el empleo de auxiliares. En parecido sentido véase OLIVIERI, A., *ob. cit.*, pág. 429.

(88) DOMINEDO FRANCESCO, M., *ob. cit.*, pág. 126.

Parece pues más conforme a la índole de la relación que el mandatario tenga una obligación de vigilancia del sustituto. En línea de principio, el consentimiento para la sustitución no debería comportar automáticamente una exoneración o atenuación de responsabilidad (89). El consentimiento del *dominus* para sustituir no parece que excluya la existencia de responsabilidad en términos absolutos. Lo fundamental será, no tanto que quede exento de responsabilidad como se viene afirmando generalmente, sino que la voluntad del *dominus* vaya o no orientada a la sustitución y qué supone hablar de sustitución.

V. Criterios de distinción

1. Generalidades.

101

En las escrituras de otorgamiento de poderes, por regla general, se hace constar la facultad de otorgar y revocar sustituciones y subapoderamientos totales o parciales del poder. Y ello porque en la actualidad “un criterio eminentemente práctico y funcional no puede sino sugerir la superación de la tradicional intransferibilidad de la confianza depositada por el mandante en el mandatario, “intuitu personae”, y transitar hacia posiciones de fungibilidad en los medios y resultados de quien, en definitiva, acomete el encargo” (90).

El problema está en averiguar qué criterios podemos aplicar para deslindar las figuras de la sustitución y el subapoderamiento, cuestión contemplada en el artículo 1.721 del

(89) Así lo pone de relieve BACCIGALUPI, “Appunti per una teoria del subcontratto” en *Riv. Dir. commer.*, 1943, Tomo 1, págs. 188 y 196, cuando al llevar el artículo 1717 al ámbito del subcontrato, considera contrario al sistema, la disciplina en él contenida en presencia de la autorización.

(90) LEÓN ALONSO, J., *Comentario al Código Civil*, tomo 2, Ministerio de Justicia, Madrid 1991 pag. 1553.

Código civil sin distinción alguna, ya que emplea el término en su sentido gramatical.

Por otro lado, en materia de subapoderamiento se confunden nociones tan fundamentales como son las de apoderamiento y representación. Finalmente aparece también la posibilidad del denominado auxiliar del mandatario.

Ya la Sentencia de 14 de diciembre de 1943, siguiendo otras anteriores en las que se había hecho constar que la sustitución consiste en la facultad de traspasar en confianza los valores encargados por el mandante al mandatario, viene a diferenciar esta figura del subapoderamiento, teniendo en cuenta el ámbito de las relaciones jurídicas establecidas con el mandante (91).

102

Así, se estima que en la sustitución en sentido propio, el mandatario, obrando en nombre del mandante en virtud de las facultades por éste conferidas, con o sin designación de la persona del sustituto, traslada a otro esas facultades de que fue investido con el efecto de quedar desligado del mandato y puesto en su lugar el sustituto, para actuar en nombre del mandante y en relación directa con él. Sin embargo, en el subapoderamiento, según expone la citada sentencia, el mandatario hace intervenir a un tercero en el negocio objeto del mandato, bien mediante su poder que le otorga en nombre propio, ya simplemente traspasándole en confianza la cosa y el encargo recibido, sin desligarse de sus relaciones jurídicas con el mandante, para el cual queda responsable el sustituyente de los actos de estos auxiliares, que designa por propia iniciativa. A partir de aquí, no sólo la jurisprudencia, sino también la doctrina, buscan distintas justificaciones que expliquen las diversas estructuras de las relaciones gestorias. El problema es que ambas posiciones

(91) Véase en este sentido Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1991, Sentencia de 16 de diciembre de 1897, 8 de mayo de 1920 (C. Legislativa, n.º 49) y 25 de enero de 1925 en ALBACAR, J. L., y MARTÍN GRANIZO, M., *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid 1991, pág. 347. La Sentencia de 14 de diciembre de 1943 puede verse en C. Legislativa, n.º 87, págs. 618 y ss.

dan una respuesta tan sólo parcial a lo que consideramos que constituyen las claves de distinción. La misma jurisprudencia, a nuestro juicio, confunde la idea de subapoderamiento con el empleo de auxiliares.

Finalmente, desde el punto de vista de la naturaleza jurídica existen muy diversas opiniones (92). Desde la consideración como cesión de contrato a la de asunción de deuda en su doble sentido según las diferentes situaciones (93).

2. Notas distintivas.

A) *Actuación en nombre del principal.*

Lo primero que nos interesa destacar, por la confusión sembrada en esta materia, es que tanto en la sustitución como en el subapoderamiento el poder que se confiere es para representar al principal (94).

103

(92) En este sentido PORPETA CLÉRIGO, F., *ob. cit.*, págs. 142 y ss., estima que es un supuesto típico de asunción de deuda. El sustituto toma sobre sí la deuda de gestión del mandatario, quien desde entonces queda liberado de todas sus obligaciones. Para ello es necesario el asentimiento del mandante que lo mismo puede prestarse antes o después de operada la transferencia de facultades; pero sin el cual la transmisión pasiva no podría quedar legitimada.

Por lo que respecta al poder estima que no se ven obstáculos para aplicar al poder lo mismo que al mandato. Más aún: si los escollos con que tradicionalmente viene tropezando en la técnica civil la transmisión pasiva de las obligaciones, no han impedido, gracias al doble juego de la responsabilidad de gestión, conceder carta de naturaleza a la sustitución de mandato, cuya naturaleza obligacional es patente, mayor justificación se encontrará aún si cabe, la sustitución de poder en la que sólo se manejan facultades en vez de vínculos.

Véase también en LEÓN ALONSO, J., *Comentario al Código Civil y compilaciones...*, *cit.*, pág. 265. Un análisis de esta posición, en el que destaca que tampoco la asunción de deuda explica satisfactoriamente la naturaleza jurídica de la sustitución.

(93) LEÓN ALONSO, J., *Comentarios al Código Civil y compilaciones...*, *cit.*, pág. 263, realiza, apoyándose en la doctrina italiana, una exposición de la sustitución, como una especial forma de cesión, destacando los inconvenientes que plantea esta postura.

(94) Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La representación...*, *cit.*, pág. 195: conviene no perder de vista que para que pueda hablarse tanto de sustitución como de subapoderamiento es preciso que el representante confiera al sustituto un poder,

En la práctica está reconocido que nuestra legislación concede la facultad de que el apoderado nombre eficazmente, salvo prohibición expresa, una persona que represente al *dominus*. Luego la sustitución puede provenir, o bien de un poder concedido para apoderar, o presentarse como consecuencia del ejercicio de la facultad que viene establecida en el artículo 1.721 del Código civil como medio de protección de los intereses en juego. Como señala PORPETA (95), "Existe un principio unificador de toda clase de sustituciones autorizadas o espontáneas consistente en que todas ellas, igual que los poderes les sirven de base, funcionan para representar al principal y nada más que para esto".

Lo que algunos autores denominan representante del mandatario (96) o representante del representante (97) no son ni sustitutos ni subapoderados. Sólo "la ley o la voluntad del representado pueden permitir que la personalidad de éste esté reflejada en persona que él no ha nombrado, sea por sí, sea por medio de un acto representativo (por tanto, con poder suficiente) del apoderado" (98).

El problema además procede de la confusión entre apoderamiento y representación. En este sentido PORPETA (99) ya señala que debe huirse de una confusión, fácil desde

más o menos amplio, para representar al *dominus* y que por consiguiente, si el representante confiere poder para ser representado él mismo, la hipótesis ante la que nos encontramos no tiene nada que ver ni con la sustitución ni con el subapoderamiento.

(95) PORPETA CLÉRIGO, F., *ob. cit.*, pag. 170.

(96) Véase LEÓN ALONSO, J., *Comentarios al Código Civil y compilaciones...*, *cit.*, pág. 266, apoyándose en la Sentencia de 14 de diciembre de 1943.

(97) ALBALADEJO GARCÍA, M., *La representación...*, *cit.*, pág. 785. El llamado sustituto es simplemente un representante del representante que, al representarlo, obra para el representado. También SANCHO REBULLIDA, F., Comentando la Sentencia de 9 de mayo de 1958 considera como subapoderado al representante del representante que encarga a otro de representarle a él mismo en un contrato a concluir en nombre de un tercero, dando el mandato en nombre propio. Véase *Revista Derecho Privado*, 1958, págs. 670 y ss.

(98) ROCA SASTRE, R., *ob. cit.*, pág. 437.

(99) PORPETA CLÉRIGO, F., *ob. cit.*, pág. 170.

luego, entre lo que significa apoderar y lo que significa representar. El sustituto es un apoderado del sustituyente en el sentido de ser éste el que de modo inmediato le otorga sus poderes. Pero una cosa es que los reciba de él y otra distinta que los utilice para él. Los utiliza siempre para el *dominus* (100). Díez Pícazo por su parte (101) expone que, si bien “en línea de principio el apoderamiento debe ser otorgado directa y personalmente por quien sea titular de los derechos o de intereses a cuya gestión el apoderado debe contribuir con su actividad o con su comportamiento, excepcionalmente el poder puede ser conferido por persona distinta del titular de los derechos e intereses. Se trata de una hipótesis de legitimación indirecta que, en definitiva, se reconduce al supuesto de sustitución en el poder, delegación de facultades representativas o subapoderamiento. Es un representante del principal quien confiere a otra persona una nueva representación de aquél”.

105

En definitiva, tanto en la sustitución como en el subapoderamiento se otorga en poder para representar al *dominus*.

(100) ROCA SASTRE, R., *ob. cit.*, págs. 437 y 438, se apoya también en HUPKA, J., *ob. cit.*, pág. 338, para constatar esta distinción; pero el citado autor, a pesar de que afirma que no hay contradicción intrínseca ninguna en el hecho de que alguien sea apoderado de persona distinta de aquélla a la que representa en sus relaciones exteriores, y la esencia de la facultad de sustitución consiste en que su titular se halle en condiciones de autorizar a alguien en nombre propio para representar a otra persona, esta afirmación viene referida al auxiliar del mandatario, a un negocio del apoderado que, en lugar de ejecutar personalmente su obligación o de ejercer personalmente su derecho, encarga a otro para que lo haga. Este es un sustituto, no en el sentido que examinamos, sino, como después veremos, es un gestor auxiliar. En este sentido PORPETA CLÉRIGO, *ob. cit.*, pág. 163, señala que HUPKA “no logra destacar bien los contornos del subapoderado frente a los de simple gestor auxiliar”.

(101) Díez Pícazo, L., *La representación...*, *cit.*, págs. 143 y 144, señala cómo en virtud del apoderamiento se crea entre principal y representante una nueva relación, la relación representativa, o se dota a la situación preexistente de un nuevo contenido. El apoderamiento crea una nueva situación jurídica —el poder de representación— y la reglamentación en él contenida es decisiva no sólo en orden a las relaciones del principal con los terceros, sino en orden a las relaciones entre principal y representante. También señala en págs. 129 y ss. cómo la autorización es una figura amplia que comprende en su seno la representación; si bien en un sentido estricto es calificada la autorización como figura particular que se avecina a la representación indirecta.

Y ello con independencia de que este poder coincida o no, en orden a las facultades conferidas, con el que se otorgó al sustituyente, ya que ello “no parece un criterio decisivo” en la calificación de sustitución o subapoderamiento (102).

Habrà que fijarse más en si se pueden nombrar o no sucesivos apoderados, para calificar realmente si estamos ante una sustitución o un subapoderamiento (103). Porque “cuando se trata de sustitución no cabe que el sustituyente nombre un nuevo apoderado. Pero cuando sólo se ha otorgado un subapoderamiento pueden seguir otorgándose todos los que se quieran a favor de otra u otras personas, mientras mantenga su rigor el primitivo poder” (104).

B) Sustitución en la actividad jurídica y sustitución en el cumplimiento.

106

Este criterio de distinción, fundamental en la materia que nos ocupa, aunque fue atisbado por la jurisprudencia, lo debemos a la doctrina italiana (105), que es la que más ampliamente ha desarrollado la cuestión. En efecto, la doctrina italiana distingue entre la sustitución en la actividad ejecutiva de la obligación, es decir, aquellos que entran materialmente en lugar del deudor en la ejecución, pero que de cara al acreedor son extraños; y la sustitución en sentido jurídico en los deberes del mandatario, no quedando el sustituto extraño respecto al principal ya que asume la

(102) Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La representación...*, cit., pág. 195: El carácter singular o general de las facultades que son conferidas al sustituto, no parece un criterio decisivo en el punto que a nosotros nos ocupa. El hecho de que al sustituto se le confieran unas facultades o poder iguales a los del representante o más o menos restringidos, puede servir de base para distinguir entre una sustitución total o una sustitución parcial.

(103) Ello no significa que la facultad de nombrar sustituto suponga que, una vez ejercitada, quede el sustituyente desligado del principal, ya que además de esta facultad, el principal le habrá apoderado para determinados asuntos. Véase PORPETA CLÉRIGO, F., *ob. cit.*, págs. 180 y ss.

(104) PORPETA CLÉRIGO, F., *ob. cit.*, pág. 148.

(105) En este sentido VISINTINI, G., *ob. cit.*, pág. 73.

obligación de cumplir el mandato (106). En este último caso se ha conferido un poder de actuar, gracias al cual la actividad de un tercero influye en la esfera jurídica de aquél de cuyo interés se trata en ese acto (107).

En nuestro Ordenamiento jurídico se ha considerado que la sustitución en sentido jurídico está incardinada en el artículo 1.721 del Código civil, mientras que la figura del auxiliar encaja dentro de la sustitución en la actividad ejecutiva o en el cumplimiento de la obligación. En este último caso, el sustituto es un extraño con respecto al principal, que aparece “actuando por cuenta del deudor y precisamente en el ejercicio de la actividad de dicho deudor” (108). Completando la figura de los auxiliares VISINTINI (109) afirma que “son auxiliares no sólo los dependientes del empresario que colaboran en el cumplimiento de las obligaciones que éste asume o los domésticos frente al patrón, sino que pueden serlo también empresarios autónomos como banqueros, profesionales liberales, huéspedes, amigos, etc. En definitiva, pueden existir sustitutos o dependientes, todos ellos dentro de la figura del auxiliar; sólo que así como los primeros actúan con independencia del deudor y en su lugar, los dependientes colaboran con el deudor (110).

107

En la diferencia desde este punto de vista con el repre-

(106) Esta idea parece recogerla la Sentencia de 8 de mayo de 1920, cuando habla de auxilio al mandatario en sus funciones.

(107) BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano 1963, pág. 139, distingue la hipótesis en que el contrato se ha concluido por el auxiliar del empresario de la otra hipótesis de representación voluntaria. A la primera situación le es aplicable el artículo 1228 del Codice civile; a la segunda, los principios de la representación.

(108) LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, Tomo 1, traducción y notas de SANTOS BRIZ, Madrid 1958-59, pág. 295.

(109) VISINTINI, G., *ob. cit.*, pág. 71. En la doctrina española puede verse el estudio de TORRALBA SORIANO, V., “La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones”, *A.D.C.*, 1971, págs. 1143 y ss.

(110) FERRARA, F., “La responsabilità contrattuale per fatto altrui”, *Scritti Giuridici*, II, Milano 1954, págs. 18 a 25 y 121 y 122. También expone la diferencia entre el representante y el auxiliar: El representante es el que sustituye completamente su voluntad por la voluntad del principal y actúan en su nombre y en su interés. El principal no aparece, mientras el tercero cumple enteramente el negocio

sentante, ya sea sustituto o subapoderado (111), habrá además que ver si la actuación es en nombre e interés del principal, ya que, en este caso, en absoluto serán extraños a éste (112).

Porque lo relevante a los fines de la calificación como auxiliar o no es que no tengan relación jurídica directa con el principal (113).

Finalmente, hay que señalar que habrá que tener en cuenta la naturaleza de la prestación objeto del mandato. Porque “en aquellos casos en que la actividad de los auxiliares no esté comprometida por la naturaleza misma de la prestación, la actuación del sustituto debe medirse por las reglas generales del artículo 1.721”. Por el contrario, si la actividad de los auxiliares “se encuentra comprometida por el deudor según la naturaleza misma de la prestación, es decir, se encuentra implícita en la voluntad contractual”, entonces se puede considerar que estamos ante la figura del auxiliar (114).

representándole, produciéndose todos los efectos inmediata y directamente en el patrimonio del representado. Por el contrario, otros individuos intervienen en el negocio prestando tan sólo una cooperación material y ayudando en su formación o preparando la negociación, o comunicando las declaraciones de voluntad, o redactando el contrato, o estableciendo las condiciones. Además, una necesidad de la actividad moderna es que el individuo ponga a su servicio la ayuda de otro para alcanzar, antes y más fácilmente, los resultados económicos. El contrayente puede llamar a otra persona o encargarle enteramente el cumplimiento de la obra objeto de la prestación (sustituto) o haciéndose ayudar más o menos directamente por auxiliares.

(111) VISINTINI, G., *ob. cit.*, pág. 86, estima que el llamado submandatario no entra en el cuadro de la sustitución en sentido jurídico, no siéndole de aplicación el artículo 1717 del Código civil italiano, párrafos 3 y 4, ya que éste presupone una sustitución en sentido jurídico.

(112) SANCHO REBULLIDA, F., *Comentario...*, *cit.*, pág. 671, estima que el auxiliar del mandatario representa al mandatario en un contrato a concluir en nombre del principal. A diferencia del auxiliar del mandato (subapoderado) que obra en nombre del principal.

(113) En este sentido FERRARA, F., *ob. cit.*, pág. 18.

(114) Así lo expone DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, Tomo 2, Madrid 1990, pág. 219.

C) Relaciones principal-sustituyente sustituto.

En cuanto a las relaciones que se crean en la sustitución en sentido estricto, la doctrina es unánime en admitir que en este caso se extingue la relación entre el principal y el sustituyente, quedando el sustituto en relación directa y única con el principal (115). Sin embargo, con respecto al subapoderamiento tradicionalmente se ha afirmado que la única relación que media es con el sustituyente (116). A nuestro juicio, nos parece más acertada la postura (117) de quienes consideran que “cuando la sustitución ha sido autorizada por el principal su relación con el subapoderado no queda íntegramente subsumida por la que mantiene con el sustituyente, sino que, antes bien, existe una plena vinculación entre principal y subapoderado con independencia de la responsabilidad que a aquél le incumbe por los actos de éste” (118).

109

(115) En este sentido DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La representación...*, cit., págs. 195 y 22. Además, señala que las relaciones que se establecen son una cuestión distinta del hecho de que el representante sustituyente quede liberado de su función o encargo o lo conserve, ya que esto, a juicio del citado autor, tampoco parece un criterio decisivo para distinguir entre sustitución en sentido propio y subapoderamiento. Aunque, bien es verdad, que el sustituto, en virtud del acto de sustitución, queda automáticamente fuera de la relación que mantenía con el “dominus negotii”. En el mismo sentido PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, cit., pág. 413. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, cit., págs. 356 y 357, y LEÓN ALONSO, *Comentario al Código civil*, Madrid 1991, pág. 1553.

(116) PORPETA CLÉRIGO, F., *ob. cit.*, págs. 147 y 148, estima que la relación jurídica media entre apoderado y subapoderado, sin perjuicio de los efectos del acto representativo, que continúa dándose en servicio del *dominus*. Ello a nuestro juicio proviene de la doctrina tradicional francesa e italiana, que hacía referencia a mandatario del mandatario. Puede verse en la doctrina italiana OLIVIERI, A., *ob. cit.*, pág. 432; y en la doctrina francesa LAURENT, F., *Principes...*, cit., pág. 550.

(117) Así lo expone LEÓN ALONSO, J., *ob. cit.*, pág. 269. En el mismo sentido DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La representación...*, cit., pág. 196. Sin perjuicio de tratar esta materia más ampliamente al analizar la acción directa, podemos ya adelantar que en este supuesto cabría aplicar el artículo 1.722 del Código civil.

(118) En este sentido ROCA SASTRE, R., *ob. cit.*, pág. 438, puntualiza cómo en la sustitución de poder hay que estar en todo caso apoderado para apoderar, sea por el *dominus* mismo, sea por la ley, cuando autoriza la sustitución sin haber sido prevista por dicho representado. De esta manera resultará que la sustitución de poder no prevista por el *dominus* dará lugar a una clase de representación mixta de la

Desde otro punto de vista podemos destacar también que en la sustitución, como consecuencia de la extinción de la relación entre principal y apoderado sustituyente “subentra una nueva relación jurídica directa, sujeta en todo a su régimen jurídico” (119). Por el contrario, en el subapoderamiento la relación jurídica que surge viene condicionada por la relación principal de tal forma que la vida del subapoderamiento depende del primitivo poder, no quedando desligado el apoderado de la relación principal (120). Mientras se mantenga en toda su eficacia el primitivo poder, como señala LEÓN ALONSO (121), podrán seguir desencadenándose cuantas sucesivas sustituciones se tengan por conveniente en favor de otras tantas personas. De ahí que se haya calificado el subapoderamiento como categoría o especie del género subcontrato queriéndose significar con ello, como expresa el citado autor, que su contenido debe ser sustancialmente idéntico al del contrato base del que deriva, hasta el punto de que el *status* que surge para el sustituto es nuevo, pero en modo alguno autónomo. El sustituyente queda vinculado de cara al principal, produciéndose, como veremos, importantes efectos en materia de responsabilidad. Se produce además, según ha destacado la doctrina italiana (122), el efecto típico de

legal y voluntaria, puesto que la realizará el representante sobre la base de una concesión legal. Precisamente entonces y, muy significativamente, para proteger en todo caso los intereses del *dominus* que no ha autorizado la sustitución, PORPETA CLÉRIGO, F., *ob. cit.*, pág. 170, propone que el *dominus* y el sustituyente deben funcionar como poderdantes solidarios frente al sustituto; el sustituyente y el sustituto como apoderados solidarios.

(119) DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La representación...*, *cit.*, pág. 196.

(120) ALBALADEJO GARCÍA, M., *La representación, cit.*, pág. 784, expone diversos supuestos de subapoderamiento.

(121) LEÓN ALONSO, J., *Comentarios al Código civil y Compilaciones...*, *cit.*, pág. 269.

(122) En la doctrina italiana existen algunas discrepancias en cuanto a la acción directa. Así, MIRABELLI, “Dei singoli contratti”, *Commentario al Codice civile dell’Uet* IV, 3, Torino 1960, págs. 562 y ss., estima que cabe la acción directa, respondiendo el mandatario cuando hay una divergencia entre el contrato y el acuerdo de sustitución. Sin embargo, VISINTINI, G., *ob. cit.*, pág. 87, estima que no cabe acción directa porque ni el auxiliar ni el submandatario son sustitutos en sentido jurídico. En la

todo subcontrato dada la subordinación de la segunda relación a la primera; si bien se reconoce que existen algunas peculiaridades: La acción directa del principal contra el sustituto.

Finalmente, la ratificación y revocación de los poderes, en su caso, vienen condicionadas por el planteamiento expuesto de las relaciones que se establecen en materia de sustitución y subapoderamiento. Sin entrar en el estudio de esta materia (123) entendemos que la posibilidad de revocación, si la hay, la tiene el principal. Sin embargo, en el caso del subapoderamiento, a pesar de las voces discordantes (124) estimamos que además del principal, la tiene el apoderado sustituyente. El primero porque se establece en los casos de sustitución autorizada una relación jurídica directa entre el principal y el subapoderado. Luego si “tanto el apoderado como el subapoderado son instrumentos del *dominus*, no se ve especial dificultad para que éste pueda revocar los subapoderamientos de manera directa, incluso manteniendo en vigor los apoderamientos” (125).

111

Por lo que se refiere a la ratificación, será necesaria en el supuesto de que el sustituto traspase los límites del poder que se le ha concedido. Porque “la circunstancia de estar el apoderado facultado y autorizado para la sustitución no basta, por sí sola, para originar la obligatoriedad jurídica de los actos realizados por el sustituto con respecto al principal. Para esto se necesitan todavía dos cosas: Primeramente, que el poder de sustitución se mantenga dentro de los límites del poder principal en que se basa y, en segundo lugar, que tampoco traspase los límites de sustitución a él conferi-

doctrina española DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil II*, Madrid 1975, pág. 356, estima también que cabría la acción directa.

(123) Véase entre otros el trabajo de DE LA CÁMARA ALVAREZ, M., anteriormente citado que precisamente trata de la revocación del mandato y del poder.

(124) En este sentido se pronuncia PORPETA CLÉRIGO, F., *ob. cit.*, pág. 149.

(125) Así lo pone de relieve DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La representación...*, *cit.*, pág. 196, coherente con la relación que, a su juicio, se establece en el subapoderamiento.

dos" (126). De ahí la necesidad de ratificación por el principal si se trata de una sustitución; o si estamos en el supuesto del subapoderamiento podría llevarse a cabo por cualquiera, ya sea el principal o el sustituyente, siempre que lo realizado por el sustituto esté comprendido dentro de las facultades del sustituyente.

VI. Relaciones mandante-mandatario

1. Sustitución autorizada con designación de la persona del sustituto.

112 El artículo 1.721 del Código civil establece la posibilidad de nombrar sustituto mientras no lo prohíba el mandante y la consiguiente responsabilidad según los casos. El supuesto de sustitución autorizada con designación de la persona del sustituto no viene incluido en el precepto, como tampoco lo hace su antecedente inmediato el artículo 1994 del Code civil, por lo que el mandatario no es responsable de la gestión del sustituto.

Esta ha sido la conclusión de la doctrina clásica francesa (127) seguida por algunos sectores de la doctrina española. En efecto, al consentimiento con designación expresa, junto a la consiguiente exención de responsabilidad en la gestión del sustituto se le atribuye tal fuerza que casi automáticamente se concluye que existe una sustitución. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la voluntad del mandante de facultar la sustitución no va dirigida necesariamente a dispensar al mandatario de cumplir el mandato, sino a facili-

(126) En este sentido se pronuncia HUPKA, J., *ob. cit.*, pág. 334.

(127) LAURENT, F., *Principes...*, *cit.*, pág. 545, se pronunciaba por la consideración de que designado por el mandante un sustituto, el mandatario dejará desde este momento de serlo. A partir de entonces el mandante es el que ha de vigilar al sustituto, porque el mandatario pasa a ser un extraño.

tarle su cumplimiento (128). En esta línea, habrá que ver en qué términos se ha otorgado ese consentimiento para poder determinar si realmente existe sustitución o subapoderamiento, con independencia de la exención de responsabilidad por la gestión del sustituto (129). Porque el que el principal haya concedido la facultad de sustituir con designación expresa de la persona del sustituto, no significa que necesariamente estemos ante una sustitución en sentido estricto. Para ello es necesario que se deduzcan claramente de los términos de las facultades concedidas (130). Cabe por

(128) En este sentido se pronuncia ANDREOTTI, G., y DOMINADO, F., *Nuovo Digesto Italiano*, Tomo VIII, Torino 1939, pág. 75, especificando que, además, siempre existe un deber de vigilancia; y oponiéndose a quienes consideran que en la sustitución debería reconocerse una cesión de contrato de mandato. Precisamente en este último sentido se pronuncia CARRESSI, "Sostituzione e submandato", *Foro italiano* 1938, 1, 1.901, nota. 15.

(129) Si se tratase de un subapoderado, realizada la designación de acuerdo con lo que declara el *dominus*, la responsabilidad de la gestión recae sobre el sustituto y no sobre el sustituyente. En este sentido SANCHO REBULLIDA, F. de A., *ob. cit.*, pág. 672, admite la existencia de un submandato o un subapoderamiento, cuando así resulte de la voluntad inequívoca del mandante o poderdante, manifestada en el contrato de mandato o en la escritura de poder; quedando igualmente irresponsable el mandatario o subapoderado designado por el *dominus*, pero en una posición de permanente superioridad respecto del sustituto, que le permita actuar por sí mismo con independencia de éste, ejerciendo personalmente las facultades delegadas, y en su caso, revocar la sustitución. Por su parte LEÓN ALONSO, J., *Comentarios al Código civil y Compilaciones...*, *cit.*, pág. 274, abundando en esta idea, estima que lo que debe quedar absolutamente claro es que la persona designada por el propio mandante, autorizando la sustitución, recibe de éste la misma confianza que en su día depositó en el ahora sustituido, por lo que únicamente él quedará responsable ante el sustituyente de los resultados y modos de su gestión. La cuestión, no obstante, presenta ciertos matices.

(130) En este sentido Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La representación...*, *cit.*, pág. 197. En el mismo sentido VON THUR, *Tratado de las obligaciones*, Tomo 1, traducción española, Madrid 1934, pág. 246, estima que la sustitución no implica traspaso de poderes pues el apoderado, aun después de nombrar sustituto, sigue conservando su condición de representante a menos que dimita o que el poder se le haya otorgado bajo la condición resolutoria de que caducará en cuanto nombre un sustituto. Por su parte BONET RAMÓN, F., *ob. cit.*, vol. 2, pág. 247, se pronuncia por la admisión de forma excepcional, cuando afirma que, por regla general, la sustitución autorizada por el mandante con indicación concreta del sustituto tiene la peculiaridad de constituir en la generalidad de los casos una transmisión de mandato o poder, que una vez operada, desliga por completo al mandatario o apoderado de su principal. Excepcionalmente, cabrá admitir la existencia de un submandato o subapodera-

tanto un subapoderamiento, aunque ello sea excepcional, si así resulta de la voluntad del principal, lo que le colocaría, aun siendo irresponsable de la gestión, en una situación de superioridad respecto del sustituto, pudiendo actuar por sí mismo, revocar la sustitución, etc. En esta línea PORPETA (131) estima que en estos casos “la jerarquía de preferencias del *dominus* queda puesta de manifiesto al subordinar toda actuación futura del sustituto a una previa declaración del sustituyente; y esta conducta no presupone, por cierto, un propósito de desplazar al segundo con el primero ni dejarlo postergado. El *dominus* dice quiénes son los depositarios de su confianza; pero deja advertir en qué medida goza de ella cada cual. De preferirlos indistintamente les habría conferido un poder solidario”. Además hay que pensar que en el ámbito del poder, éste faculta para una determinada actuación, vinculando al principal cuando efectivamente el apoderado actúa. La responsabilidad es, por tanto, posterior y no puede constituir un pilar básico para la distinción de ambas figuras. Lo único que se puede determinar es que si el principal elige la persona, el sustituyente no va a tener responsabilidad por la elección (132). Pero lo que prima es el interés del representado, lo que el representado ha querido. De ahí que, comentando el artículo 1.721 del Código civil, se haya matizado que “todo lo que sea afirmar de antemano que la sustitución que entrañe para transmisión desvincula automáticamente al primitivo mandatario de sus relaciones con el principal, a diferencia de los supuestos en que de la gestión del sustituto responden ambos frente a aquél de forma conjunta, es demasiado afirmar y, sobre todo, invertir el razonamiento (133).

miento, cuando así resulte de la voluntad inequívoca del mandante o poderdante, manifestada en el contrato de mandato o en la escritura de poder.

(131) PORPETA CLÉRIGO, F., *ob. cit.*, pág. 180.

(132) ANDREOTTI, G., y DOMINADO, F. M., *ob. cit.*, pág. 75.

(133) En este sentido se pronuncia LEÓN ALONSO, J., “*Comentarios al Código civil y Compilaciones...*”, *cit.*, pág. 274 a 276, aunque estima en este caso que en

Cuestión distinta es si el sustituyente nombra una persona distinta de la que había sido designada, en cuyo caso, es claro que no queda exento de responsabilidad (134).

De todas formas en el supuesto de designación de persona por parte del principal, la jurisprudencia francesa admite que el sustituyente-mandatario, por estar obligado a ejercer una vigilancia sobre el sustituto, sería responsable de los actos que esta vigilancia habría impedido (135): El derecho de sustitución escrito en el apoderamiento no llega hasta hacer al mandatario extraño a la ejecución del mandato que le ha sido confiado y a permitirle no preocuparse del cumplimiento de este mandato (136). En la misma línea el Tribunal de casación italiano, señala que la sustitución no libera al mandatario de cualesquiera obligación con el mandante (137). Y es que en el Derecho italiano esta idea deriva del artículo 1717 p.3 del Codice civile cuando establece: El mandatario responde de las instrucciones que ha impartido al sustituto”.

115

Es verdad que la solución propuesta desborda el texto legal; pero como señala PORPETA (138) es lo más congruente

línea de principio el mandatario sustituido queda perfectamente desconectado de sus relaciones con el principal y, desde luego, exento de toda responsabilidad, la cuestión presenta ciertos matices.

(134) Como señala HUC, T., *Commentaire theorique - pratique du Code civil*, Tomo XII, París 1899, pág. 77, responderá de la gestión el sustituto.

(135) Véase en este sentido las sentencias que citan BAUDRY-LACANTINERIE, G., et WAHL, A., *Traité Théorique et pratique de Droit civil*, París 1907, pág. 303. Por su parte DURANTON, *Cours de Droit civil*, Tomo 9, Bruselas 1841, pág. 87, matiza que estará exento de responsabilidad a menos que el mandatario conociera ciertas causas que le impedían al sustituto llevar a cabo el mandato correctamente y no las pusiera en conocimiento del mandante. En este caso sería responsable de la gestión del sustituto o de la inejecución del mandato. Sobre el deber de vigilancia, en términos generales, se pronuncia la jurisprudencia, entendiendo que el mandatario primitivo tiene un deber de vigilancia en razón de las circunstancias. JURISPRUDENCE GENERALE DALLOZ, Tomo 12, París 1892, pág. 305.

(136) Así lo estima GUILLOUARD, *ob. cit.*, n. 121, pág. 438.

(137) Sentencia del Tribunal de Casación italiano de 16 de enero de 1953 en MIRABELLI, G., *ob. cit.*, pág. 567.

(138) PORPETA CLÉRIGO, F., *ob. cit.*, pág. 180. Sin embargo, BONET RAMÓN, F., *ob. cit.*, pág. 252, dando un valor excesivo, a nuestro juicio, al consentimiento del *dominus*, estima que el supuesto de sustitución autorizada por el mandante con indi-

con la presunta voluntad del *dominus*. A nuestro juicio la solución debe orientarse en la línea de consideración de que la elección la hizo el *dominus* y, por tanto, la responsabilidad exigible podrá, en su caso, proceder no de la actuación del sustituto, que sólo es exigible a éste, sino de la transmisión, aunque en mayor o en menor medida, según se trate de sustitución o subapoderamiento ya que en este último caso el sustituyente no sale de la relación jurídica. Todo ello orientado fundamentalmente a la insuficiencia de instrucciones dadas al sustituto (139), puesto que en definitiva el mandatario debía ejercitar el mandato o poner los medios para que se ejecute de acuerdo con lo que, según la naturaleza del negocio, haría un buen padre de familia (artículo 1.719 del Código civil).

116

Finalmente, tanto si se trata de sustitución como de subapoderamiento el principal podrá dirigir su acción contra el sustituto, que responderá de la gestión.

2. Sustitución autorizada sin designación de la persona del sustituto.

A) Calificación del supuesto.

En esta hipótesis el artículo 1.721 del Código civil establece la responsabilidad del mandatario por la gestión del sustituto cuando el nombrado “era notoriamente incapaz o insolvente”.

Por tanto, habrá que diferenciar dos supuestos:

cación concreta del sustituto tiene tal peculiaridad, que no puede ser asimilado a cualquiera otra hipótesis de sustitución autorizada sin indicación del sustituto o meramente no prohibida. Y esta peculiaridad radica en constituir en la generalidad de los casos una transmisión de mandato o poder, que una vez operada, desliga por completo al mandatario o apoderado de su principal, con la consecuencia indiscutida de que la responsabilidad de gestión sólo recae sobre el sustituto.

(139) En esta línea LARENZ, K., *ob. cit.*, pág. 295, estima que cuando el mandatario está autorizado para transmitir el mandato a un tercero denominado sustituto responderá solamente por culpa en la transmisión del mandato, pero no por la actuación del sustituto.

a) Que el nombrado sustituto sea notoriamente incapaz o insolvente.

b) Que el nombrado sustituto no sea notoriamente incapaz o insolvente.

Esta cuestión, como ha afirmado un sector de la doctrina (140), “ha sido manipulada con escasa fortuna por la jurisprudencia y hasta por el propio legislador, ya que todo el problema se ha tratado de ceñir al ámbito de la responsabilidad exigible por el mandante en función del acierto o desacierto en la elección de sustituto por parte del sustituyente, y obviamente el problema va más allá”. En estos supuestos, en principio, parece que no hay inconveniente en afirmar lo que anteriormente hemos señalado para el caso de designación expresa por parte del principal: Salvo que resulte otra cosa de la inequívoca voluntad del mandante o poderdante, estaremos en líneas generales ante un subapoderamiento. Máxime cuando “no habiendo intervenido el mandante en la elección, mal puede poner su absoluta confianza en una persona que cabe que le sea completamente desconocida”.

117

En definitiva, la solución es la misma tanto para el caso de sustitución expresamente autorizada con o sin designación de la persona del sustituto. Lo que sucede es que, en la medida en que se ha autorizado la sustitución pero no se ha designado una persona en concreto, habrá que entender que al sustituyente se le ha dejado plena libertad en la elección; y, precisamente por ello, deberá en su caso responder, pese a que la doctrina clásica considerase decisiva para establecer un criterio de distinción la idea de responsabilidad (141). La orientación correcta, como ha señalado

(140) Véase LEÓN ALONSO, J., *Comentarios al Código civil...*, cit., pág. 275, y PORPETA CLÉRIGO, F., *ob. cit.*, págs. 172 y 180. Con respecto a la segunda afirmación puede verse SANCHO REBULLIDA, F., *ob. cit.*, pág. 672, que funda su proposición, pese a la doctrina legal patria, en la existencia de una presunción “iuris tantum”.

(141) En este sentido LAURENT, F., *Principes...*, cit., pág. 543, destacaba las grandes diferencias que existen entre la situación en la que el mandante no ha dado poder de sustitución y la que ha dado pero sin designar personas; y, sin embargo,

LEÓN ALONSO (142), no ha de ir dirigida a la determinación “a priori” de las modalidades de responsabilidad o irresponsabilidad en que en su caso incurre el sustituyente, sino que el razonamiento, en la línea que venimos manteniendo, debe contemplar preferentemente el interés del principal; idea ya destacada por los redactores del Code civil aunque no desarrollada a nuestro juicio correctamente (143).

Así, son muy variadas las razones por las que el *dominus* ha podido autorizar la sustitución sin designación de persona. A este efecto, el autor anteriormente citado señala:

El mandante ha podido autorizar la sustitución, con la intención de obtener una garantía superior a la existente, desde el instante en que vincula el cumplimiento de la gestión encomendada a una tercera persona junto al primitivo mandatario o si se prefiere a un nuevo patrimonio responsable.

en ambos supuestos existe responsabilidad. Incluso es de destacar que el artículo 2076 del Anteproyecto de revisión del Código civil francés, preveía que en este supuesto el mandato cesa. Sin embargo, a nuestro juicio, el consentimiento para la sustitución no tiene que ser considerado como un consentimiento que necesariamente implica sustitución en sentido estricto. Véase en este sentido BONET RAMÓN, F., *ob. cit.*, pág. 399, cuando afirma que la autorización de reemplazamiento sin designación de reemplazante no es, por regla general, un consentimiento, para la sustitución total y definitiva del deudor de la obligación por el reemplazante.

(142) LEÓN ALONSO, J., *Comentarios al Código civil y Compilaciones...*, *cit.*, pág. 276.

(143) Los redactores del Code civil al examinar la autorización del mandante y su posible aceptación de forma tácita, ya apuntaron que lo fundamental es el interés del mandante. LAURENT, F., *Principes...*, *cit.*, pág. 540. Sobre esta materia ya POTHIER, *ob. cit.*, p.º 99, consideraba que el poder de sustitución puede, como tal poder, ser tácito sin necesidad de que sea expreso, aunque matizaba distintas situaciones. La jurisprudencia francesa se ha mostrado vacilante en este punto, planteándose si la autorización puede resultar de la naturaleza del mandato o de la profesión del mandatario. En algunas sentencias se admite que el mandante “no podrá ignorar que el mandatario debía necesariamente sustituirse en la ejecución del mandato”. Véase *Iuris Classeur Periodique*, 57, II, 10026, Nimes 15, octubre 1956, a propósito de un abogado que había recibido el mandato de apelar y que debía necesariamente dirigirse a su portero para la notificación del acto de apelación.

Sin embargo, en otras sentencias no estima válida la autorización tácita del mandante, destacando el carácter “intuitu personae”. Véase BAUDRY-LACANTINERIE, G., et WAHL, A., *ob. cit.*, pág. 305, que aunque tolera la situación, precisa los términos: Quedará responsable el mandatario de la gestión del sustituto.

Dentro de lo que es el ámbito de la representación, el mandatario ha podido encomendar al sustituto ciertos asuntos, lo que no significa que lo haya elevado a la categoría de submandatario, sin quedar privado el sustituyente de sus iniciales obligaciones gestorias que, incluso, podrán coincidir con lo que él mismo encomendó al sustituto (144).

Por tanto, habrá que tener en cuenta “todo un conjunto de circunstancias según los supuestos fácticos que puedan existir. Así, por ejemplo, mandato puro, mandato representativo, apoderamiento, etc. Sin olvidar tampoco el contenido de la autorización concedida por el mandante a efectos de la sustitución sin designación expresa” (145).

En consecuencia, la calificación de una u otra figura no depende de las cualidades del sustituto, sino que éstas operan como presupuesto de la responsabilidad del sustituyente. Pero la responsabilidad no puede, por sí sola, servir de criterio de delimitación de la figura de la sustitución.

119

El problema es que tanto la doctrina clásica francesa como la italiana han sentado las bases de la distinción en criterios de responsabilidad. Se dice que la responsabilidad por la elección se presenta como una excepción a la norma general que impone al mandatario actuar con la diligencia de un buen padre de familia (146). Y ello porque se parte de que sustituyendo, el mandatario coloca en su lugar la persona del sustituto, como efecto de la voluntad manifes-

(144) En este sentido se pronuncia PORPETA CLÉRIGO, F., *ob. cit.*, pág. 172 y ss., cuando afirma que el mandatario quedará generalmente en una posición de permanente superioridad respecto del sustituto.

(145) Así lo ponen de relieve ALBACAR, J. L., y MARTÍN GRANIZO, M., *ob. cit.*, pág. 346.

(146) Así lo manifiesta RUSSO, G., “Dizionario di Diritto Privato”, *Voce Mandato civile e commerciale*, Roma 1936, pág. 330, n. 72, combatido por ANDREOTTI, G., y DOMINÉDO, F., *ob. cit.*, pág. 75, señalando que resulta poco convincente que la razón estribe en la renuncia del mandante a la elección. Por esta vía siempre responderá el mandatario de la culpa grave ya que el mandante confiando a otro la ejecución del negocio, renuncia a realizarlo por él mismo. Realmente, un motivo que justifique esta limitación de responsabilidad no existe: Tan sólo es que la ley así lo ha establecido.

tada por el mandante de conceder el poder de sustituir. La sustitución es, por tanto, consecuencia de este mandato donde el sustituto representa al mandante. Si el mandatario elige bien, queda desligado del mandato y no existirá a partir de ese momento un deber de velar por la conducta del sustituto a no ser que se deduzca de los términos del contrato del mandato (147). Es verdad que algunos autores clásicos (148) se pronuncian en contra de la desaparición del deber de vigilancia, puesto que “no estando el mandatario obligado a notificar al mandante la sustitución, ni cuál es la persona que ha elegido, el mandante confía en la fe del amigo y no en el mandatario de segunda mano”. Pero, en líneas generales, la orientación en criterios de responsabilidad y el valor dado al consentimiento del *dominus* en la sustitución es lo que ha influido en los fallos de la jurisprudencia española. De tal forma que, como señala PORPETA (149), de éstos se deduce la idea de que “habiendo asentido desde un principio el *dominus negotii* a la futura sustitución de poder, tiene este hecho tal influjo sobre la naturaleza de la sustitución misma, que es capaz de convertir en transferencia de facultades representacionales lo que en otro caso no habría pasado de ser un sencillo subapoderamiento”.

La confirmación del *dominus* es una reiteración de la facultad que legalmente viene reconocida en el artículo 1.721. Más propiamente, supone una confirmación del contenido de

(147) RICCI, *Corso teorico-pratico di Diritto civile*, volumen IX, Torino 1883, n. 80.

(148) En este sentido BORSARI, *Commentario Codice civile*, volumen IV, pág. 1, Torino 1878, parag. 3880, considera que la sustitución, por naturaleza, supone un cambio de representación pero no un abandono. Lo que sucede es que este autor habla del mandatario que se hace representar por el sustituto y esto no es la sustitución en sentido estricto. Parece más bien que se está refiriendo al subapoderamiento que, por otra parte, lo confunde con la figura del auxiliar.

(149) PORPETA CLÉRIGO, F., *ob. cit.*, 164. En parecido sentido ANDREOTTI, G., y DOMINADO, F., *ob. cit.*, pág. 45, al criticar la tesis de LAURENT en base a la cual, cuando el mandatario elige una persona capaz y solvente deja de ser tal, liberándose de su obligación. En línea de principio, estiman los citados autores, esto no es aceptable, porque el mandatario no se convierte en un extraño a la relación ya que a causa de la sustitución no disminuye su facultad de actuación, quedándole la facultad de revocar al sustituto.

la norma, robusteciendo su valor (150). Por lo tanto, creemos que en la mayoría de los casos estaremos ante un subapoderamiento que “no desliga por completo al mandatario o apoderado de su principal aunque quede irresponsable por la gestión del subapoderado o submandatario que ha designado” (151).

B) Sustituto notoriamente incapaz o insolvente.

Pasando al tema del ámbito de responsabilidad es claro que deriva de la elección que lleva a cabo, ya que si estaba facultado para sustituir responde de los hechos propios dejados a su arbitrio (152).

Para ver el ámbito de responsabilidad hay que fijarse, en primer lugar, en la exigencia de que el nombrado sustituto sea “notoriamente” incapaz o insolvente. La notoriedad significa que la incapacidad o la insolvencia son anteriores y preexistentes y, más estrictamente, referidas al conocimiento por parte del sustituyente: Circunstancias conocidas o debidas conocer por él (153). Porque aunque la expresión del Código “parece querer limitar los supuestos de responsabilidad del mandatario a la circunstancia de la notoriedad, es

121

(150) Véase BONET RAMÓN, F., *ob. cit.*, pág. 261, cuando señala que este fenómeno es absolutamente normal en la esfera del llamado Derecho facultativo, donde la voluntad humana puede a su arbitrio excluir determinadas consecuencias de un negocio, o puede por el contrario, confirmarlas, recogiendo explícitamente las soluciones supletorias que la ley ofrece.

(151) BONET RAMÓN, F., *ob. cit.*, pág. 266. De ahí que PORPETA estime que es un problema de garantía. PORPETA CLÉRIGO, F., *ob. cit.*, pág. 179 y ss.

(152) OLIVIERI, A., *ob. cit.*, pág. 430, que parte de los criterios de distinción tradicionalmente anclados en responsabilidad. En el mismo sentido ALEXANDRE, D., *ob. cit.*, pág. 13. Por otro lado, el actual artículo 1717 del Codice civile italiano en su párrafo 2 establece que en estos casos responde el mandatario cuando incurre en culpa en la elección.

(153) BONET RAMÓN, F., *ob. cit.*, págs. 258 y 259, apoyando esta interpretación en la que aunque la notoriedad no exista como tal, siempre que pueda probarse que el representante, en el momento del nombramiento, conocía la incapacidad del sustituto, podrá ser responsable; porque el fin de la ley es el castigar la elección culposa del representante y tal fin existe en la hipótesis formulada.

decir, que el mandatario ofrezca muestras inequívocas de negligencia o hasta de dolo" (154), no hay que olvidar otros supuestos de los que puede derivar la responsabilidad. Pensemos en una situación en la que, sin existir notoriedad, haya conocimiento por parte del mandatario (155); o en aquella otra en que las circunstancias de capacidad y solvencia no pudieron ser conocidas ni cognoscibles en el momento de la elección y, sin embargo, también podría derivar una responsabilidad, aunque por culpa leve y limitada a la causa de producción del daño (156). Ello creemos que parte del deber, al que anteriormente hicimos referencia, relativo a la vigilancia del sustituto y concretando, unas veces, en la insuficiencia de instrucciones y otras, en un sentido más amplio, en el deber de vigilar como un buen padre de familia. Por ello si posteriormente se temiera que el sustituto puede perjudicar al mandante podría exigir responsabilidades al sustituyente, no por la falta grave en la elección, sino porque generalmente se encuentra en una posición de superioridad con respecto al sustituto, respondiendo de los actos que su vigilancia habría impedido (157).

(154) Véase LEÓN ALONSO, J., *ob. cit.*, pág. 279. En igual sentido se manifiesta en la doctrina italiana DOMINADO, F., y ANDREOTTI, G., *ob. cit.*, págs. 75 y 76: La incapacidad o insolvencia del sustituto debe ser notoria antes de que el mandatario le confíe el encargo. Y, por consiguiente, no puede deducirse "a posteriori" del comportamiento que él tiene, en la ejecución del encargo que el mandatario le asignó o de las consecuencias que derivan de la incapacidad o insolvencia.

(155) BONET RAMÓN, F., *ob. cit.*, pág. 259.

(156) Así lo expone LEÓN ALONSO, J., *ob. cit.*, pág. 279. Por su parte la doctrina italiana, comentando el anterior artículo 1748, matizaba que en este supuesto el mandatario estará obligado a revocar al sustituto; pero no responderá por el artículo 1748 del eventual perjuicio que hasta ahora hubiese derivado de la gestión. Sin embargo, actualmente, los términos más amplios del artículo 1717, p. 2, permiten incluir la responsabilidad frente al mandante también de las cualidades personales del sustituto en relación al mandato, ya que es el mandatario el que lo ha elegido. Véase DOMINADO, F. M., y ANDREOTTI, G., *ob. cit.*, págs. 75 y 76.

(157) BAUDRY-LACANTINERIE, G., et WAHL, A., *ob. cit.*, pág. 304, estiman que en estas situaciones, pese a haber elegido un sustituto capaz y solvente, el mandatario no queda totalmente extraño a la ejecución del mandato, siendo responsable de lo que una mejor vigilancia hubiera podido evitar. Estos autores recogen diversos supuestos que completan la idea de vigilancia por parte del mandatario.

Es verdad que del texto legal no se deriva esta responsabilidad; pero, repitiendo la afirmación de PORPETA (158), es la solución más congruente en la presunta voluntad del *dominus*. Se podría alegar que si no contó con el *dominus* para elegir, independientemente del supuesto de culpa personal si es del caso, por el mero hecho de haber elegido deriva una responsabilidad por su condición de mandatario (159). Diversos fallos de los Tribunales franceses mantienen la existencia de responsabilidad del mandatario, cuando una vigilancia exacta por su parte de los actos del sustituto capaz y solvente hubiera permitido evitar las faltas de éste último. En este sentido se pronuncia la Sentencia de 25 de enero de 1965 (160) a propósito de su mandatario encargado de trabajos de construcción que había nombrado un sustituto en la compra de mercancías, cuyas tasas abusivas carecían de sentido.

Por su parte, la doctrina actual italiana, siguiendo la jurisprudencia también señala que, en líneas generales “el mandatario, por efecto de la sustitución, no deviene extraño a la relación de mandato porque la voluntad del mandante de facultar para la sustitución, no se puede interpretar como voluntad de dispensar al mandatario de cumplir el contrato, sino de facilitarle su función.

123

Utilizando las facilidades acordadas para cumplir el mandato, manifiesta la intención de no querer quedar extraño a la relación” (161).

Parece más conforme a la índole de la relación que el mandatario tenga el derecho y el deber de vigilar aquella persona que, con el concurso de su voluntad, es llamada a

(158) PORPETA CLÉRIGO, F., *ob. cit.*, pág. 181.

(159) En este sentido DOMINADO, F. M., *ob. cit.*, pág. 126.

(160) Bulletin Civil I, n.º 71, en RAPPORT CASS. Civil I. Esta posición es igualmente defendida en la Sentencia de 20 de mayo de 1980.

Con respecto a una agencia de viajes que debía vigilar la buena ejecución del mandato por el mandatario sustituto. Bulletin civil I, n.º 163. En el mismo sentido véase Sentencia de 23 de febrero de 1983, Bulletin Civil I, n.º 73.

(161) DOMINADO, F. M., *ob. cit.*, pág. 126.

la ejecución del contrato (162). En este sentido la Sentencia del 3 de octubre de 1972 del Tribunal de Casación italiano señala que “la responsabilidad que establece el artículo 1717 pag.2 del Código civil por la elección del mandatario que ha sido autorizado para hacerse sustituir es de naturaleza contractual en cuanto que el deber de diligencia del mandatario se extiende en este caso también a la elección de la persona del sustituto” (163).

Finalmente, con respecto a la incapacidad e insolvencia del sustituto, nos parece que ambos conceptos no vienen referidos a lo que jurídicamente se entiende por incapaz e insolvente. Se trata de situaciones que no han tomado, por así decirlo, “estado oficial” (164), referidas a la aptitud o ineptitud o, en su caso, a la solvencia entendida como situación de equilibrio patrimonial normalmente exigida para el desempeño del negocio en cuestión (165).

124

El texto legal lo une a la notoriedad. Por ello, si el sustituto es notoriamente incapaz o insolvente, el sustituyente responderá de la gestión de aquél; porque la razón estriba en la desaparición de la base de confianza que podía tener el mandante. Si el desequilibrio patrimonial o la ineptitud es notoria no creemos que haga falta una declaración oficial para comprender que lógicamente deberá responder el sustituyente. Bastará por tanto una situación patrimonialmente deficitaria o de ineptitud del sustituto (166), aunque no

(162) DOMINEDO, F. M., y ANDREOTTI, G., *ob. cit.*, pág. 75. Por su parte VISINTINI, G., *ob. cit.*, pág. 83, estima que se comprende mal la limitación de responsabilidad ya que una autorización no debía excluir en principio la responsabilidad. Sólo se comprende porque, pese a no constituir sustitución en sentido estricto, supone una parcial liberación del mandatario.

(163) Sentencia de casación de 3 de octubre de 1972, n. 2824, Giustizia Civile, Mass. 1972, 1.577. Téngase en cuenta que el artículo 1717 del Codice civile establece la responsabilidad cuando existe culpa en la elección.

(164) Véase en este sentido DE LA CÁMARA ALVAREZ, M., *ob. cit.*, 632, cuando comenta el artículo 1.732 del Código civil, aunque reconoce que la simple insolvencia es de difícil precisión.

(165) En este sentido se pronuncia ROCA SASTRE, R., *ob. cit.*, pág. 444.

(166) Véase el comentario que hace LEÓN ALONSO, J., *Comentarios al Código civil...*, *cit.*, en cuanto al artículo 1.732 del Código civil y específicamente lo que se

tenga un reflejo en una declaración de concurso de incapacitación, etc., para que al sustituyente se le exija responsabilidad. La ley, en definitiva, protege el interés del mandante y hace responsable al mandatario que defrauda la confianza de aquél (167), cometiendo, como ya afirmaba GARCÍA GOYENA una falta grave en el uso de la facultad; falta grave que da lugar a responsabilidad.

3. Sustitución ni autorizada ni prohibida: silencio del principal.

A) *Doctrina tradicional.*

El artículo 1.721 del Código civil establece que el mandatario responderá de la gestión del sustituto cuando no se le dio facultad para nombrarle.

Ya GARCÍA GOYENA justificaba la responsabilidad del mandatario, en este supuesto, en que si bien parece conveniente generalizar la facultad de sustituir, aunque no le haya sido dada expresamente, al ejercitarla, en cierto modo, excede los límites de su mandato, traspasando la confianza base del mismo. Como tradicionalmente el contrato de mandato se piensa con ese carácter “*intuitu personae*”, parece que el mandatario no va a poder descargarse mediante la sustitución de la posible responsabilidad (168). Pero a la vez su carácter gratuito justificó la inclusión de esta facultad, con la finalidad de que no resultase demasiado gravoso para

125

refiere a la quiebra o insolvencia. Especialmente la nota n.º 19, pág. 467 y ss., en la que GULLÓN BALLESTEROS pone de relieve que debe entenderse comprendido en el término insolvencia toda situación patrimonialmente deficitaria, aunque no haya tenido reflejo en un posterior estado de quiebra.

(167) Es interesante examinar el comentario que realiza SANCHO REBULLIDA, F. de A., sobre los artículos 1.205 y 1.206. *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo XVI, Volumen I, Madrid 1980, págs. 576 y ss.

(168) Aunque este es el principio general que refleja el artículo 1994 del Code civil, pudiera ser, recuerda la jurisprudencia francesa, que el sustituto ejecutase correctamente el mandato y, por tanto, que no hubiese responsabilidad del sustituto ni del mandatario. CASS civil I, 26 noviembre 1981. BULL. Civil, I, n. 355.

el mandatario (169). Ahora bien, en la medida en que la designación del sustituto parte de la iniciativa del sustituyente, de cara al mandante deberá responder de lo llevado a cabo por el sustituto. Responde, como señala VISINTINI (170), por culpa propia; se trata de una responsabilidad personal. Por tanto, aunque no se le pueda dirigir reproche alguno al mandatario, responderá por haber descargado la obligación en otra persona (171). En consecuencia, soporta el riesgo de su no realización personal (172). La idea del legislador parece que es declarar válida la sustitución, porque si ésta ha sido provechosa al mandante, el mandato se ha ejecutado cumpliendo su principal efecto: el que las gestiones o hechos realizados se consideren como si lo hubieran sido por el propio mandante. Si la gestión no ha sido útil podrá dirigir su acción, a tenor del artículo 1.722 del Código civil, alternativamente contra el mandatario y contra el sustituto respondiendo uno u otro de los daños y perjuicios ocasionados (173). De ahí la responsabilidad personal del mandatario.

(169) Véase FENET, P. A., *ob. cit.*, pág. 573 y 574.

(170) VISINTINI, G., *ob. cit.*, pág. 82: sólo se libera si consiguiera probar que el daño se hubiese igualmente producido de haber cumplido personalmente el encargo el mandatario por falta de nexo de causalidad entre el daño y la sustitución.

(171) BAUDRY-LACANTINERIE, G., et WAHL, A., *ob. cit.*, pág. 305 y 311, estiman que la responsabilidad se presenta como consecuencia de la obligación de rendir cuentas del mandante. Además, él se había obligado a ejecutar como un buen padre de familia el negocio que se le había confiado.

(172) La doctrina italiana tradicional estima que la ley, partiendo de que el mandato contiene un encargo personal declara en principio inadmisibles la sustitución. Por ello hace responder incondicionalmente, al mandatario por el hecho de la sustitución. En este sentido FERRARA, F., *ob. cit.*, pág. 27. Otros autores en este supuesto, comentando el actual artículo 1717, p. 1, del Codice civile, admiten que si bien no está concedida expresamente la facultad, tampoco está excluida, respondiendo el mandatario en la medida en que por la aceptación del mandato asume una obligación de hacer; si él delega en un tercero para una ejecución total o parcial y éste no cumple el encargo, la obligación queda incumplida y el mandatario deberá responder en base a las normas de los principios generales que regulan la ejecución de las obligaciones. En este sentido DOMINEDO, F., y ANDREOTTI, G., *ob. cit.*, pág. 75.

(173) Así se pronuncia MANRESA Y NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código civil*, Tomo XI, Madrid 1911, pág. 505, y LEÓN ALONSO, J., *Comentarios al Código civil*, Tomo 2, *cit.*, pág. 1554, estima que, en virtud del artículo 1.722 del Có-

Ahora bien, tradicionalmente en base a estas consideraciones, que atienden a la responsabilidad del mandatario por la gestión del sustituto, se ha asimilado este supuesto al de sustitución autorizada sin indicación de la persona del sustituto, ya que son los dos casos en los que el artículo 1.721 del Código civil hace responder al mandatario de la gestión del sustituto. Sin embargo, a nuestro juicio, este supuesto es mucho más complejo y requiere hacer muy diversas consideraciones.

B) Actuación en nombre del dominus.

Se ha dicho (174) que aunque expresamente no se le haya concedido la facultad de sustituir, existe legalmente (artículo 1.721 del Código civil): “Si a la facultad legal que en todo caso existe como matriz del subapoderamiento se le superpone una especial concesión del *dominus*, el resultado no puede ser diferente. El *dominus* ratifica y confirma mediante su declaración de voluntad el contenido de la norma y se limita con ello a robustecer su valor. El fenómeno es absolutamente normal en la esfera del llamado Derecho Facultativo, donde la voluntad humana puede a su arbitrio excluir determinadas consecuencias de un negocio o puede, por el contrario, confirmarla, recogiendo explícitamente las soluciones supletorias que la ley ofrece”. Y es que en la actualidad se admite que el mandato comporta una facultad de sustitución, si las partes no han dicho otra cosa.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el *dominus* no ha expresado su voluntad, no interviene (175), lo que

127

digo civil, se permite al mandante dirigir su acción alternativamente contra el sustituto o contra el mandatario sustituyente

(174) BONET RAMÓN, F., *ob. cit.*, pág. 261, añade que cuando la facultad de sustitución aparece confirmada por el *dominus*, no sucede nada sustancialmente distinto. Es decir, que ni dicha confirmación priva al sustituyente de la posición jurídica que le compete, ni añade nada nuevo tampoco a esta posición. Es sencillamente eso: una mera reiteración del precepto legal.

(175) Así lo pone de relieve MANRESA Y NAVARRO, J. M., *ob. cit.*, pág. 505: en la sustitución sin autorización del mandante, para nada interviene éste.

será determinante a la hora de calificar el supuesto como de sustitución en sentido estricto o subapoderamiento. Si anteriormente hemos apuntado que la sustitución en sentido estricto debe contar con la manifestación de voluntad del *dominus*, no podemos deducir de este supuesto que pueda darse una sustitución con todo lo que ello supone. La facultad legal sirve de apoyo para admitir la existencia de un subapoderamiento, pero no una sustitución. A partir de aquí, surgen diversas posibilidades que es conveniente analizar. Porque el segundo problema que se nos plantea es si el nombramiento de otra persona lo hace el apoderado sustituyente (o mandatario) en nombre propio o en nombre del *dominus*.

128

HUPKA (176) señala que “no hay contradicción intrínseca ninguna en el hecho de que alguien sea apoderado de persona distinta de aquélla a la que representa en sus relaciones exteriores, y la esencia de la facultad de sustitución consiste precisamente en que su titular se halle en condiciones de autorizar a alguien en nombre propio, para representar a otra persona”. Pero esta afirmación no se comprende, ya que, como señala ROCA SASTRE (177), es difícil que “se pueda estar en condiciones de autorizar a alguien, en nombre propio, para representar a otra persona, si no es mediante un acto representativo, es decir, que precisamente no será en nombre propio”. En efecto, cuando se ejercita la facultad legal de subapoderar, aunque el *dominus* no haya dicho nada, es decir, aunque el poder guarde silencio sobre ello, la sustitución (subapoderamiento) de poder en la práctica se hace en nombre del principal, ya que es el que ostenta las facultades que en su momento otorgó al apoderado sustituyente. De otra forma se rompería la “cadena” que consta en los documentos de otorgamiento de poder y se daría la paradoja de que, por ejemplo, un apoderado

(176) HUPKA, J., *ob. cit.*, pág. 338.

(177) ROCA SASTRE, R., *ob. cit.*, págs. 443 y 444.

sustituyente otorgara una sustitución (subapoderamiento) del poder que se le concedió para ejercitar las facultades dominicales. ¿Cómo va a otorgar ese poder para ejercitar las facultades dominicales si no es en nombre del titular? Por todo ello, estimamos que en el ámbito de la representación la actuación, en este supuesto, seguirá siendo en nombre del principal. El apoderado sustituyente lo que hace es encargar a un tercero que obre en nombre del *dominus* (178).

Un segundo problema que se nos plantea es si dentro de este supuesto que examinamos cabe hablar de la figura del auxiliar. Partimos de que, dado el silencio del principal, la representación, como ha puesto de relieve FERRARA (179), se mueve en la esfera de los actos jurídicos; es decir, representación y sustitución de la personalidad de un individuo por la personalidad de otro en el cumplimiento de actos jurídicos en la conclusión de negocios, no en la ejecución de actos materiales. La representación extiende la actividad jurídica, no la actividad material. El representante contrata en nombre y en lugar del representado, no ejecuta. Por efecto de la representación se producen en el patrimonio del representado todas las consecuencias jurídicas del negocio concluido. El representante actúa jurídicamente; luego no es sustituto en la ejecución material.

De ahí que, a pesar de que algunos autores (180) lo califican de “auxiliar del apoderado” creemos que en la me-

(178) En contra PORPETA CLÉRIGO, F., *ob. cit.*, págs. 151 y ss., estima que el subapoderado actúa en nombre propio, como si se tratase de su negocio propio. En parecido sentido ROCA SASTRE, *ob. cit.*, pág. 443, apoyándose en la tesis de PORPETA, estima que sin la expresa disposición legal en tal sentido, la falta de poder para sustituir, impedirá que el sustituto pudiera aparecer como representante directo del *dominus*. Opinión que en modo alguno compartimos, porque precisamente hay una disposición legal; luego el representante está facultado para apoderar sobre la base de una concesión legal.

(179) FERRARA, F., *ob. cit.*, pág. 74.

(180) DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *La representación...*, *cit.*, pág. 198, estima que en este caso no hay verdadera y propia sustitución y tampoco subapoderamiento, pues no se crea una relación jurídica entre el sustituto y el principal. El llamado sustituto es un mero auxiliar del apoderado ligado únicamente con éste.

dida en que actúa jurídicamente en nombre del principal, se crea una relación jurídica entre éste y el sustituto.

Luego el apoderado sustituyente responderá de la gestión del sustituto, sin perjuicio de la posibilidad que establece el artículo 1.722 del Código civil de dirigirse además directamente contra el sustituto. Ello permite, a juicio de algunos autores (181), hablar sin violencias de una solidaridad.

Lo que sí que cabe es hablar de hipótesis de “sustitución” en las que mandato y poder no vayan unidos. A este respecto LEÓN ALONSO (182) señala los siguientes supuestos:

1) Sustituir únicamente el mandato de manera que el sustituto sea mandatario pero no representante del *dominus*, cuya representación seguirá siendo ostentada por el primitivo mandatario.

2) Apoderar personalmente al sustituto, siendo representante del sustituyente pero no del *dominus*.

130 A partir de estos supuestos creemos que se pueden diferenciar distintas situaciones entre las que cabría hablar de la figura del “auxiliar”.

Generalmente mandato y poder suelen ir unidos; aunque ya destacamos anteriormente que no es indispensable que así suceda. De ahí que pueda ocurrir que el mandatario, reservándose las facultades representativas, otorgue un poder

(181) La acción directa, como estima VISINTINI, G., *ob. cit.*, pág. 83, se concede en el caso de sustitución en sentido jurídico, no existiendo tal acción en el supuesto del submandato. Por su parte PORPETA CLÉRIGO, F., *ob. cit.*, págs. 147 y ss., propone que en este caso para proteger los intereses del *dominus* éste y el sustituyente deben funcionar como poderdantes solidarios frente al sustituto, el sustituyente y el sustituto como apoderados solidarios del *dominus*. En el mismo sentido se pronuncia LEÓN ALONSO, J., *Comentarios al Código civil y compilaciones...*, cit., pág. 299, cuando afirma que se puede hablar de una solidaridad final, traducida en unos efectos reparatorios totales e individuales, aunque por una sola vez, de los posibles daños ocasionados en el anormal cumplimiento del negocio gestorio.

(182) LEÓN ALONSO, J., *Comentarios al Código Civil y compilaciones...*, cit., pág. 274. A partir de estos supuestos podría pensarse, como apunta de forma genérica Díez Picazo en la figura del auxiliar. En este sentido LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, tomo 1, Madrid 1958, pág. 293, expone: A diferencia de los representantes legales, se trata aquí de personas que el deudor por sí atrae al cumplimiento de su obligación y a todas las actividades con él mismo relacionadas, tanto si otorgó en favor de ellas un poder de representación como si no lo otorgó.

pero para que lo representen a él y no al principal. En este supuesto “la delegación del mandato, o sea, de la pura obligación de gestión, va acompañada de un nuevo poder que el mandatario confiere sin conexión alguna con el emanado de su principal” (183). Sería, por tanto, un representante del sustituto, o, como algunos autores lo han denominado, un representante del representante (184).

Una segunda hipótesis que se puede plantear es la referida al supuesto de un mandato representativo sin transferencia de poderes, es decir, que el mandatario se haga sustituir en su gestión, reservándose las facultades representativas. El sustituto actuará, por tanto, en nombre propio.

Finalmente cabe hablar de un mandato no representativo, en el que el mandatario decide recurrir para su propio auxilio, generalmente debido a la naturaleza de la prestación, a un tercero otorgándole poderes de actuación. Se tratará de un representante del mandatario. Para los terceros queda desconocida la existencia del principal, quedando detenida la representación en el mandatario.

En los tres supuestos el sustituto que actúa en el ejercicio de la actividad del mandatario es extraño al principal; falta, como ha puesto de relieve PORPETA, la “contemplatio domini” (185). En definitiva, este sustituto no está situado bajo la esfera de acción del mandante como sería el caso del subapoderado. Al quedar extraño al mandante y no “entrar en el cuadro de la sustitución en sentido jurídico” (186), no vemos inconveniente para estimar que se podrá

(183) PORPETA CLÉRIGO, F., *ob. cit.*, pág. 151, es el que expone con más claridad a nuestro juicio las distintas situaciones.

(184) Como ha destacado Díez PICAZO, L., *La representación...*, *cit.*, pág. 195, esto no es técnicamente una sustitución.

(185) PORPETA CLÉRIGO, F., *ob. cit.*, págs. 152 y 153. También puede verse LARENZ, K., *ob. cit.*, págs. 293 y 296.

(186) Sobre el particular son interesantes las afirmaciones de VISINTINI, G., *ob. cit.*, págs. 83 y ss., cuando estima que el denominado submandatario no entra en el cuadro de la sustitución en sentido jurídico. Para éstos, el límite de la colaboración y sustitución descende directamente de la naturaleza infungible (o mejor “*intuitu personae*”) de la prestación gestoria y, por analogía con la sustitución regulada

aplicar de cara a la responsabilidad el régimen jurídico de los denominados auxiliares, porque es el mandatario el que para ejecutar su obligación, voluntariamente ha puesto a estas personas en situación de cumplir el acto que le había encargado el acreedor. El mandatario no quedará liberado frente al mandante. Pero además tiene su importancia porque, como estima un sector de la doctrina italiana (187) refiriéndose al artículo 1717 p. 3 y 4 del Código civile, no sería aplicable lo que en nuestro Ordenamiento jurídico equivale al artículo 1.722 del Código civil. Tampoco se aplicaría la norma, contemplada en el mismo precepto, que establece que el mandatario responde de las instrucciones que ha impartido al sustituto. Por contra, regirá el artículo 1228 del Codice civile que contempla la responsabilidad por los hechos de los auxiliares. Este precepto dispone que salvo voluntad contraria de las partes, el deudor que en el cumplimiento de sus obligaciones se valga de la ayuda de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos. La aplicación de este precepto supone que no existe ninguna relación directa entre el principal y el sustituto. Supone también que “la actividad de una persona se ha puesto a disposición del “deudor” para ejecutar la obligación y, aunque ello derive de un contrato de mandato, lo relevante es la iniciativa del deudor en la asunción del

en el artículo 1717 del Código civil italiano (artículo 1.721 del Código civil español).

En esta línea BECQUE, M. E., “De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle”, *R.T.D.C.*, 1914, pág. 297, y MAZEAUD, H., y MAZEAUD, L., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, Tomo 1, París 1931, pág. 690.

(187) VISINTINI, G., *ob. cit.*, págs. 78 y ss. y 123 y ss., intenta demostrar cómo en este supuesto no rige una disciplina distinta en tema de responsabilidad. A la vez interpreta el artículo 1228 del Código civil italiano en el sentido de que el deudor debe poner todo el esfuerzo posible para garantizar el éxito frente al acreedor. En la doctrina española TORRALBA SORIANO, V., “La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones”, *A. D. Civil* 1971, pág. 1164, estima que en nuestro Derecho hay que entender que respecto al “*id quod interest*” lo único que libera al deudor es el caso fortuito; por consiguiente, responderá de la satisfacción del interés del acreedor a la prestación, aunque la falta de realización de ese interés se debe a una actividad no culpable de sus auxiliares, esto es, aunque los auxiliares hubieran sido diligentes.

auxiliar, junto al carácter de cooperación material de su intervención". Esta calificación es importante porque si se trata de un auxiliar la disciplina de los actos extralimitados del ámbito del poder es distinta del supuesto de representación (188). Aunque en nuestro sistema no tenemos una norma que establezca la responsabilidad de los auxiliares, la doctrina ha encontrado el fundamento "en la condición de contratante o si se quiere de deudor, de manera que todo incumplimiento que genera responsabilidad se conecta directamente con tal deudor o contratante, ya que él mismo se había obligado a cumplir; por lo cual, si se produce el incumplimiento debe, en principio, responder, salvo que tal incumplimiento derive de una causa que le exima de responsabilidad" (189).

De esta forma, en el supuesto que examinamos el mandatario queda responsable de la gestión del sustituto entendida en sentido amplio, independientemente de su falta personal; mientras que en el supuesto en que había sido autorizado para sustituir aparece una responsabilidad derivada de su falta personal, es decir, en ausencia de culpa "in eligendo" el mandatario autorizado para sustituir no responde del sustituto (190).

133

(188) En este sentido véase FERRARA, F., *ob. cit.*, págs. 17 y ss. y pág. 75, quien añade: El representante es el que sustituye completamente su voluntad por la voluntad del principal y actúa en su nombre y en su interés. El principal no aparece, mientras el tercero cumple enteramente el negocio representándole, produciéndose todos los efectos inmediata y directamente en el patrimonio del representado. Por el contrario, otros individuos intervienen en el negocio, prestando tan sólo una cooperación material y ayudando en su formación, o preparando la negociación, o comunicando las declaraciones de voluntad, o redactando el contrato, o estableciendo las condiciones. Por otra parte, afirma que en el supuesto de representación la responsabilidad del deudor estaría excluida, no siendo así cuando se trata de un auxiliar.

(189) En este sentido se pronuncia TORRALBA SORIANO, V., *ob. cit.*, págs. 1161 y ss.

(190) Véase más ampliamente BECQUE, M. E., *ob. cit.*, págs. 293 y ss.: La responsabilidad en este supuesto es personal porque ha cometido personalmente una falta o una negligencia. Sin embargo, en el caso del auxiliar, en la medida en que voluntariamente lo ha puesto, responderá de los actos del auxiliar.

Por otro lado, de cara a terceros en el primer supuesto, es decir, cuando existe representación en nombre del principal, el responsable será éste. En el segundo supuesto que hemos examinado la responsabilidad será del mandatario. En efecto, el artículo 1.727 del Código civil, referido a las relaciones del mandante con terceros, establece: El mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato. Ello significa que si el mandante ha dado a una persona mandato para ejecutar en su nombre, de cara a terceros, aunque haya sustituto, si éste actúa en nombre del principal, éste será responsable de la inejecución proveniente del hecho de su mandatario o en su caso del sustituto, sin perjuicio de la responsabilidad derivada de las relaciones mandante-mandatario-sustituto que contemplan los artículos 1.721 y 1.722. Por el contrario, si el mandatario nombra un auxiliar, la responsabilidad de cara a terceros será del mandatario (191), por las razones anteriormente apuntadas (192).

(191) Así lo apuntan MAZEAUD, H., et MAZEAUD, L., *ob. cit.*, pág. 686. Incluso añaden que sería extracontractualmente responsable si hubiera una relación de dependencia entre el mandante y el mandatario, siendo entonces aplicables los preceptos de la responsabilidad extracontractual. En el Derecho español véase Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1989. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, Abril-Agosto 1989, págs. 583 y ss.: "El cliente confía en la reputación negocial y en la formalidad de aquél con quien trata y espera razonablemente que éste sea responsable de la normal ejecución de lo pactado, bien lo realice personalmente o por medio de auxiliares".

Por su parte la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 marzo de 1990 hace referencia a que la realización de los encargos por los auxiliares o empleados tiene alcance vinculatorio para el principal (arts. 1.903 y 1.904 del Código civil), ya por culpa "in eligendo" o "in vigilando", ya en virtud del principio "*cuius est commodum eius est periculum*". Véase *C.C.J. Civil*, Enero-Marzo 1990, págs. 319 y ss. Hay que reconocer que estas sentencias aplican de forma peligrosa la responsabilidad del auxiliar a los supuestos de mandato representativo.

(192) En el Derecho francés, el Código civil contiene dos preceptos, los artículos 1245 y 1147 referidos a esta materia: El deudor queda obligado por los hechos de las personas que le han sustituido en la ejecución de las obligaciones. Véase el razonamiento que hacen MAZEAUD, L., y MAZEAUD, H., *ob. cit.*, pág. 689, basado en la idea de representación: De cara a terceros cuando el representante del deudor encargado de ejecutar la obligación de este último no la ejecuta, es exactamente como si el deudor mismo faltara a su obligación; la falta contractual del represen-

El artículo 1.727 del Código civil lo que hace es aplicar los principios que restringen la responsabilidad del mandante a los actos del mandatario, cumplidos conforme al poder que le ha sido dado.

4. Prohibición de sustituir.

El artículo 1.721 del Código civil establece: “Lo hecho por el sustituto nombrado contra la prohibición del mandante será nulo”. La sanción que prevé este precepto es, por tanto, la nulidad, ya que nulo fue su nombramiento (193); sin perjuicio de las responsabilidades inherentes al mandatario, por la extralimitación de poder en que ha incurrido con tal designación (194).

En este punto la doctrina se encuentra dividida. Díez

135

tante se convierte en falta contractual del representado. El fundamento de la responsabilidad del deudor representado debe ser buscada en la confusión de su responsabilidad con la de su representante. Por su parte BECQUE, M., *ob. cit.*, págs. 284 y ss., encuentra el fundamento a partir de un análisis de la noción de fuerza mayor. El deudor no se libera de su obligación más que demostrando que la inejecución se debe a una causa extraña (artículo 1147 del Code civil): A una fuerza mayor o un caso fortuito (artículo 1148 del Code civil), no entrando dentro de este supuesto el empleo de un auxiliar. Pero para que no sea una causa extraña hay que admitir que el hecho del tercero que ejecuta se confunde con el hecho del deudor, confusión que sólo puede resultar, a juicio de los Mazeaud, de la noción de representación. Véase también JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid 1987, págs. 561 a 585.

(193) Así lo expone CASTÁN TOBEÑAS, J., *ob. cit.*, pág. 546, aunque considera el acto anulable. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1968 (C.L. n.º 133, págs. 565 y ss.), señala que si bien es cierto que en principio el mandatario puede nombrar sustituto, tal autorización está condicionada a que el mandante no se lo haya prohibido y a tal prohibición equivale la no autorización del negocio jurídico particular para el que pretende utilizarse, siendo el negocio jurídico nulo de pleno derecho.

(194) MANRESA Y NAVARRO, J. M., *ob. cit.*, pág. 506. En la doctrina francesa BAUDRY-LACANTINERIE, G., et WAHL, A., *ob. cit.*, págs. 305 y 311, estiman que el mandatario viola la ley del contrato; y es justo que se le trate con el máximo rigor. Responderá no solamente de los hechos del sustituto, sino también de los casos fortuitos que no se habrían producido si no se hubiere llevado a cabo la sustitución y hubiera ejecutado el mandato el primitivo mandatario. En definitiva, de los casos fortuitos que traigan causa en la sustitución.

PICAZO (195), en contra de la posición mantenida por algunos autores (196), estima que ha de considerarse inválido el nombramiento de sustituto, tanto si ha sido hecho por vía de sustitución en sentido propio, como si se trata de subapoderamiento, e inválido igualmente lo hecho por el sustituto. Es verdad que esta solución es excesivamente rigurosa, aunque según el tenor del precepto la medida que legalmente se prevé es la nulidad radical.

De ahí que se haya realizado un intento por coordinar el tenor literal con lo que en la práctica puede suceder (197). A este respecto, LEÓN ALONSO (198), muy acertada-

(195) DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La representación...*, cit., pág. 197. En el mismo sentido ALBALADEJO GARCÍA, M., *La representación*, cit., pág. 357.

(196) En este sentido PUIG BRUTAU, J., *ob. cit.*, pág. 413, y BONET RAMÓN, F., *ob. cit.*, pág. 246, buscando una interpretación menos rigurosa del artículo 1.721 estiman que este apartado se refiere tanto al mandato como al poder y la nulidad que consagra es relativa; porque los actos del sustituto podrán convalidarse si el mandante los ratifica expresa o tácitamente, a pesar de su prohibición anterior, que nunca puede asimilarse a una prohibición legal.

(197) En la doctrina italiana, OLIVIERI, A., *ob. cit.*, pág. 431, defiende la validez de la sustitución, ya que estima que no ataca la esencia del mandato, sino que concierne al modo de ejecución. De ahí que, aun prohibida, no sería nula, si bien será de exclusiva responsabilidad del mandatario, tanto la elección como los actos que llevase a cabo el sustituto.

(198) LEÓN ALONSO, J., *Comentarios al Código civil...*, cit., pág. 280 y ss., pone de relieve diversas hipótesis que demuestran la ineficacia de tal medida:

Puede pensarse en un supuesto en que la sustitución resulte absolutamente necesaria a los fines del mandato o, incluso, de acuerdo con una generosa y amplia interpretación del artículo 1.715 del Código civil, entender dentro de los límites objetivos del mandato la sustitución operada, siempre que de la misma deriven mayores beneficios patrimoniales para el mandante que los por él mismo previstos. Una elemental aplicación del principio de conservación del negocio, unido a la expresa contemplación de posibles intereses de terceros, inclinan a pronunciarse por la excesiva rigidez de la medida propuesta.

Puede pensarse en un supuesto de mandato no representativo, en el que el mandatario apodera expresamente a un tercero para actuar en un determinado asunto; obviamente que su actuación va a pervivir más allá de su voluntad manifestada por el mandante, al menos en lo que a terceros contratantes hace referencia, según se desprende de la interpretación conjunta de los artículos 1.717 y 1.725, ambos del Código civil.

Y, sobre todo, debe pensarse en la total falta de operatividad que la medida de la nulidad radical de lo actuado por el sustituto acarrearía respecto de la posible ratificación, expresa o tácita, por el mandante. La ratificación supone precisamente confirmación o inversión de una voluntad no manifestada con anterioridad o mani-

mente a nuestro juicio, plantea diversos supuestos en los que tal medida va a resultar ineficaz, relativizando en definitiva la solución legal y sumándose a la interpretación de ALBALADEJO (199), en el sentido de que si el mandatario nombra sustituto contra la prohibición del mandante, no será de éste último y la relación interna sustituyente-sustituto no será operativa para el mandante contra su voluntad, aunque sí surgirá directamente entre mandatario y sustituto. Pero a nada de ello obsta la posibilidad que tiene el mandante de ratificar lo realizado por el sustituto (200). Porque si ponemos en relación el citado precepto con los artículos 1.715 y 1.727 p. 2 del Código civil puede pensarse en una situación en la que la gestión del sustituto sea favorable para el mandante que prohibió la sustitución.

5. Posibilidad de reconducir los supuestos examinados a las distintas figuras de cambio de deudor.

137

A) *Planteamiento de la cuestión.*

Un problema que se nos plantea es la conexión que pueden tener los supuestos examinados con las distintas figuras de cambio de deudor, que contempla, en sede de novación, nuestro Código civil. La razón de examinarlo con posterioridad al planteamiento de los diferentes supuestos estriba en el intento de resolver, como hicieron los redactores de nuestro Código civil, primeramente las cuestiones prácticas, para llegar sólo después a una construcción teórica del instituto.

festada de forma contraria, pero que responde, en definitiva, a la verdadera voluntad del declarante; ¿puede en puridad la ley privar de tal posibilidad a una persona, obligándole a asumir efectos ya no deseados? Sin duda, la nulidad radical es una medida exorbitante.

(199) ALBALADEJO GARCÍA, M., *La representación*, cit., pág. 786.

(200) En este sentido ALBACAR, J. L., y MARTÍN GRANIZO, M., *ob. cit.*, pág. 346, piensan que cabrá discutir la posibilidad de que si la gestión del sustituto fuese nula pudiera revalidarse.

Si nos fijamos en las consecuencias que el artículo 1.721 del Código civil establece, van orientadas en la misma línea que las previstas en los artículos 1.205 y 1.206 del Código civil.

Es sabido que, a partir del estudio de CLEMENTE DE DIEGO (201), aunque el Código civil no regula el cambio de deudor con subsistencia del vínculo, se viene admitiendo con matizaciones esta posibilidad, concediendo a la voluntad de los interesados la decisión en cada caso, a efectos de la afección de la tercera persona de cara a la responsabilidad de la deuda. En esta materia será, por tanto, fundamental el consentimiento del acreedor, ya que el artículo 1.205 establece que “la novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor”.

138

Por su parte DE CASTRO (202), aunque niega la tesis de DE DIEGO, en la medida en que estima que el artículo 1.205 del Código civil sigue la tradición romana, es decir, que cuando se sustituye al deudor estamos ante una novación, alude a lo que él denomina “delegación cumulativa no novatoria”.

Ahora bien, reconociendo las discrepancias, lo cierto es que diversos autores han contemplado la posibilidad de que la sustitución del deudor suponga tan sólo modificación (203):

(201) CLEMENTE DE DIEGO, F., *La transmisibilidad de las obligaciones*, Madrid 1912, estima que se puede sostener el sistema romano de novación-extinción o un sistema más flexible de novación-modificación, no subsistiendo en el Derecho moderno las causas que justificaron el sistema romano. Si el Código civil español regula la novación-modificación en el supuesto de subrogación y consiguiente cambio de acreedor, nada impide admitir la novación-modificación por cambio de deudor en la misma y subsistente obligación.

Para el estudio de esta materia, partimos de la trayectoria de SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo XVI, volumen 1, Madrid 1980, págs. 576 y ss.

(202) DE CASTRO, F., “Cesión de arrendamientos y subarriendo”, *R.G.L.J.*, 1930, pág.143.

(203) Una posición en este sentido, seguida por diversos autores, es la de PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, *Notas al Derecho de obligaciones*, de ENNECERUS-LEHMANN, Tomo 1, Barcelona 1947, págs. 218 y ss.: No hay ningún precepto en el Código civil que de un modo inequívoco sancione que la sustitución de la persona del deudor implique “a fortiori” la extinción de la obligación primitiva y la creación de una nueva.

Se emplea el término sucesión para resaltar la permanencia de la relación. A este respecto SANCHO (204) estima que desde un punto de vista técnico cabe oponer que, si bien pertenece a la esencia del Derecho Subjetivo el imputarse a un sujeto, éste no ha de ser siempre uno y la misma persona; para la subsistencia del Derecho Subjetivo no es necesario, técnicamente, que el interés tutelado sea el de un mismo individuo: Basta con que sea el mismo interés individual, y esta identidad de interés individual tutelado se da en la transmisión de los derechos subjetivos. Esto trasladado a las deudas ha llevado a la mayoría de los autores a la admisión de la sucesión particular de las mismas o, más tímidamente, a la admisión de un cambio de sujeto pasivo en la relación obligatoria (205), teniendo un papel fundamental la voluntad de los interesados y en concreto el consentimiento del acreedor de cara a la posición del deudor originario, en concreto a la concesión de plenos efectos liberatorios (206). Esta posición ha sido fuertemente contestada por SANCHO REBULLIDA (207) en el sentido de que “el pri-

139

(204) Véase SANCHO REBULLIDA, F. de A., *Comentarios...*, cit., págs. 588 a 590, el cual, apoyándose en afirmaciones de LACRUZ, considera que el negar el concepto de sucesión, que indica la permanencia de la relación, va contra el tenor mismo de la ley que distingue perfectamente la sucesión de la novación y que únicamente considera como medio de extinción a la segunda. Sin embargo, por las razones que expone en págs. 611 y ss., concluye rechazando la transmisión de las deudas como sucesión a título particular, admitiéndole únicamente a través de la novación subjetiva pasiva, con extinción de la “prior obligatio”, por lo que frente a terceros habría una extinción.

(205) Pueden verse los antecedentes históricos de este problema en Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Tomo 1, Madrid 1983, págs. 820 y ss.

(206) JORDANO BAREA, “Asunción de deuda”, *A.D.C.*, 1950, págs. 1.372 y ss. En el plano teórico distingue muy claramente la asunción de deuda de la novación. La primera implica una transmisión: El nuevo deudor asume una deuda preexistente, colocándose en el lugar del hasta entonces deudor. La obligación continúa siendo la misma: Hay sucesión en el débito. Por el contrario, la novación propia por sustitución del sujeto pasivo lleva aparejada, de modo necesario, la extinción de la obligación primitiva y la creación de otra nueva; jurídicamente se rompe la continuidad de la deuda y ya no es la misma.

(207) A este respecto, SANCHO REBULLIDA, F. de A., *ob. cit.*, págs. 619 y ss., objeta que las deudas no pueden transmitirse a título singular manteniendo su identidad, operándose a través de la novación.

mitivo deudor y el nuevo pueden convenir en que la deuda sea la misma y, entre ellos, será como si fuese la misma: Pero al carecer de efectos liberatorios del primero frente al acreedor nos está demostrando que no es la misma. Podrán convenir, entonces, los dos deudores y el acreedor en que sea la misma y, efectivamente, entre ellos tres será como tal. Pero el decaimiento de las garantías prestadas por terceros nos está demostrando que no es la misma. En definitiva, al enfrentarnos con los terceros no intervinientes aparecen con toda evidencia que, cuando una misma prestación deje de deberla un deudor y la deba otro, es una nueva deuda, siquiera independiente de la anteriormente extinguida. Y eso sólo tiene un nombre: novación”.

140

Los tres procedimientos para variar el deudor operan a través del fenómeno de la novación (208): Una obligación se extingue mediante el nacimiento de otra obligación de ídem entre el mismo acreedor y distinto deudor.

Trasladándonos al tema que nos ocupa, de toda esta exposición es claro que, adoptemos una u otra posición, el papel del acreedor es absolutamente relevante. Su consentimiento es imprescindible para poder hablar de sustitución y, expresando además, si existe o no voluntad de liberar al antiguo deudor. Se trata de un consentimiento liberatorio (artículo 1.205 del Código civil). Si la transmisión de la deuda se hace sin consentimiento del acreedor, el primitivo deudor no queda liberado ya que el acreedor llegado el momento del vencimiento del crédito le puede exigir el pago. En este supuesto, el nuevo deudor parece que, independientemente de la aceptación del acreedor, quedará vinculado produciéndose una asunción cumulativa (209).

(208) SANCHEZ REBULLIDA, F. de A., *ob. cit.*, págs. 631 y ss.

(209) DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, *cit.*, págs. 827 y 828, apunta que teóricamente caben dos soluciones: La primera solución consiste en entender que se produce de todos modos la vinculación del nuevo deudor y que hay una asunción de deuda con carácter cumulativo. La segunda solución consiste en entender que, si no hay consentimiento liberatorio, la asunción de deuda no llega a

En segundo lugar, podemos deducir que este consentimiento del acreedor es también fundamental en la situación de insolvencia del nuevo deudor, porque en atención a este consentimiento se ha regulado la posible responsabilidad de "los deudores". El artículo 1.206 del Código civil establece que la insolvencia del nuevo deudor que hubiese sido aceptado por el acreedor, no hará revivir la acción de éste contra el deudor primitivo, salvo que dicha insolvencia hubiese sido anterior y pública o conocida del deudor al delegar la deuda. Por tanto, si ha dado su consentimiento, carga con la insolvencia del nuevo deudor con dos excepciones:

- 1) Insolvencia anterior y pública.
- 2) Insolvencia no anterior y pública pero la conocía el primitivo deudor.

El que la insolvencia sea anterior y pública incide en la responsabilidad del deudor primitivo porque "el legislador considera que, en este caso, el acreedor acepta el cambio de deudor con la condición de poder exigir el pago al antiguo deudor" (210). Este supuesto que ha planteado dudas a la doctrina en el sentido de que "si la insolvencia del nuevo deudor era pública, el acreedor pudo y debió conocerla empleando una elemental diligencia" (211), tiene su justificación en la protección del interés del acreedor; y a pesar de su falta de diligencia, le permite accionar contra el deudor antiguo.

En el segundo supuesto, como existe mala fe por parte del deudor transmitente, el acreedor puede, aunque haya aceptado al nuevo deudor, exigir el pago del primitivo.

Otra idea fundamental que es necesario destacar es que la iniciativa de los deudores se puede articular a través del contrato de asunción de deuda o adoptar la forma de dele-

producirse y el convenio entre los deudores queda ineficaz. Para llevar a cabo una opción es decisivo la voluntad de los deudores estipulantes.

(210) TORRALBA SORIANO, V., *Lecciones de Derecho civil*, volumen 2, Barcelona 1984, págs. 451 y 452.

(211) DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, pág. 829.

gación pasiva (212). Aunque analizar ambas figuras desbordaría el tema objeto de nuestro estudio, sí que podemos resaltar que en ambos casos la liberación del deudor o delegante sólo se produce si efectivamente el acreedor o delegatario, según los casos, lo declara expresamente.

Estos son los presupuestos a partir de los cuales el legislador configuró el artículo 1.721. Es verdad que no reguló expresamente ni la asunción de deuda ni la delegación; pero, partiendo de los dos preceptos que contemplan la transmisión de las deudas, podemos comprender el esquema del artículo 1.721 del Código civil.

B) Presupuestos del artículo 1.721.

142 El artículo 1.721 del Código civil parte de la concesión expresa de facultad al mandatario para elegir sustituto, como dato relevante de cara a su posible responsabilidad.

Si le dio esta facultad, designando expresamente una persona, en los términos ya analizados anteriormente, el mandatario estará exento de responsabilidad por la gestión del sustituto; es decir, en el supuesto de que haya depositado en éste la misma confianza que en el mandatario. A esta hipótesis es la que se circunscribe la idea genérica de asunción, por lo que supone de transferencia de la cualidad de mandatario. Por eso se ha afirmado que “toda sustitución de mandato participa en una medida mayor o menor de las características de la transmisión pasiva. En ella entra siempre en escena un nuevo deudor-sustituto. El mandatario dimite del encargo recibido, relegándolo por entero en otra persona. Surge por tanto en toda su plenitud el fenómeno

(212) DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, cit., pág. 832, considera posibles los dos mecanismos: si existe convenio previo de los deudores, con simultáneo o posterior consentimiento del acreedor, cabe hablar de contrato de asunción de deuda. Si la operación procede de una autorización o de un mandato dado por un deudor a un tercero, para que éste asuma la obligación, nos encontramos ante una delegación de deuda.

de transmisión pasiva, en su forma típica de asunción de deuda" (213). Puede también acontecer que se presente en la forma de asunción cumulativa si el mandatario conserva su posición frente al *dominus*, limitándose a compartir el encargo recibido (214).

Estos problemas no se plantean en la sustitución o transmisión simplemente del poder (215), ya que en estos casos puede llevarse a cabo de tal manera que el sustituto resulte cesionario de las facultades sustituidas o simplemente copartípe.

Si le concedió al mandatario la facultad de sustituir, pero no designó expresamente una persona, éste responde de la gestión si el sustituto nombrado era notoriamente incapaz o insolvente. El legislador, al igual que en el supuesto de los artículos 1.205 y 1.206 del Código civil, quiere hacer cargar al mandatario con esta sustitución, ya que el mandante otorga la facultad de nombrar sustituto condicionada a que no sea notoriamente incapaz o insolvente, se protege su interés incluso a pesar de una posible falta de diligencia. Este supuesto nos pone de relieve que una cosa es autorizar el nombramiento de otra persona, y otra que ello implique que el mandatario quede fuera de la órbita del mandante; porque puede ser que a éste le interese que el

143

(213) PORPETA CLÉRIGO, F., *ob. cit.*, pág. 142.

(214) La asunción cumulativa colocaría junto al mandatario en concepto de deudor solidario al sustituto. Y para ello puede que exista la conformidad del mandante en la sustitución o puede que no se haya producido. Porque una cosa es la concesión de la facultad de nombrar otra persona y otra la voluntad o no de desaparición de la órbita del antiguo mandatario; si se otorga un consentimiento liberatorio entonces estaremos desde este punto de vista ante la sustitución en sentido estricto.

(215) Así lo señala LEÓN ALONSO, J., "Comentarios al Código Civil y compilaciones...", *cit.*, pág. 265, nota 15, especificando que en las hipótesis de poder parece más correcto hablar de transmisión y delegación.

ROCA SASTRE, R., *ob. cit.*, pág. 445, habla también de delegación subordinada, porque estima que la falta de poder para sustituir impediría que el sustituto apareciera como representante directo del *dominus*. Por su parte PORPETA CLÉRIGO, F., *ob. cit.*, pág. 143 y 147, señala que en la sustitución de poder no se plantea ningún problema de transmisión pasiva.

mandatario quede en una situación de superioridad respecto del sustituto.

De ahí que no se pueda, en atención a la mayor o menor responsabilidad en la gestión, deslindar las figuras de sustitución o subapoderamiento, como tradicionalmente se ha hecho. El artículo 1.721 del Código civil, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 1.205 y 1.206 del Código civil, quiso también proteger el interés del mandante, que se conforma con garantías mayores o menores según casos (216), poniendo de relieve que una cosa es la facultad que se otorga al mandatario de nombrar una persona y otra distinta las consecuencias que se deriven de cara a su posible calificación como sustitución en sentido estricto, cuestión que depende de otros factores.

144 Finalmente, si no le concedió al mandatario facultad para sustituir, podrá hacerlo porque se lo permite el artículo 1.721 del Código civil; pero, en cierta medida, como delega el encargo (o en su caso la actuación jurídica si se trata de representante) dado por el mandante, responderá de la gestión del nombrado. Sin perjuicio de la distinción ya apuntada, respecto a la sustitución en el poder o en el mandato, lo que interesa aquí destacar es que si el mandante no ha intervenido, otorgando expresamente la facultad, es lógico “que el mandatario responda en el supuesto de que delegue en un tercero para la ejecución total o parcial y, si éste no cumple el encargo, la obligación queda incumplida y el mandatario deberá responder en base a las normas que regulan la ejecución de las obligaciones” (217). El *dominus*

(216) Como señala DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos...*, cit., pág. 816, en punto al artículo 1.206 del Código civil, aunque ha consentido el acreedor la asunción de deuda, ha nacido un convenio entre los dos deudores. Las dos excepciones del artículo 1.206 no se aplican cuando la asunción de deuda deriva de un convenio del acreedor con el nuevo deudor, es decir, de un convenio expromisorio.

(217) En este sentido, DOMINADO, F., *ob. cit.*, pág. 126. En cuanto a los problemas de la delegación no entramos en ellos, ya que la delegación, como apunta COSSIO, es una especie de territorio común en que se encuentran las más variadas instituciones jurídicas. Modernamente se ha visto en ella una especie del género

no ha dado su consentimiento y por tanto, conserva su acción contra el mandatario para poder exigirle la posible responsabilidad por la gestión del sustituto.

VII. Relaciones mandante-sustituto

1. Acción directa del mandante contra el sustituto.

El artículo 1.722 del Código civil, siguiendo en parte los modelos francés e italiano (218), contempla la posibilidad de

novación; y así, el artículo 1275 del Código civil francés establece: Hay delegación cuando la novación se hace por cambio de deudor y el nuevo deudor se obliga por orden del antiguo. Sin embargo, no toda delegación implica novación. COSSIO Y CORRAL, A. "La transmisión pasiva de las obligaciones a título singular", *A.A.M.N.*, págs. 198 y ss. En punto a la delegación es interesante su afirmación en el sentido de que la delegación es un acto entre el deudor originario y el delegado, al que sólo la adhesión del delegatario puede hacer surtir la plenitud de sus efectos jurídicos. Existe entre ambas relaciones un nexo tan íntimo, que la primera actúa como causa de la segunda. De aquí que cuando una de esas relaciones —la que existe entre ambos deudores y la que ligue al delegado con el nuevo deudor— falte o se halle viciada, tales efectos no pueden producirse o se producen tan sólo de manera limitada. Si falta la adhesión del acreedor (esto es importante de cara a la materia que nos ocupa) la delegación imperfecta no operará la liberación del delegante, sino que tendrá efectos obligatorios tan sólo entre ambos deudores y la oferta de sustitución podrá ser en cualquier momento revocada por mutuo acuerdo de los dos. En este supuesto, a diferencia del artículo 1.722 del Código civil, no podrá el acreedor accionar directamente contra el delegado, conservando a la vez su acción contra el deudor originario.

(218) El artículo 1994, p. 2, del Code civil francés establece: "En todos los casos el mandante puede dirigirse directamente contra la persona que ha sustituido al mandatario". Son términos más amplios que los de nuestro precepto legal, ya que incluye tanto los supuestos en los que la sustitución ha sido autorizada, como aquéllos en que no le ha sido. Sobre el particular más extensamente puede verse LAURENT, F., *Principes...*, cit., pág. 550. De todas formas tampoco parece necesario destacar la referencia a "todos los supuestos" porque, aunque nuestro precepto legal se refiere sólo a dos supuestos, en concreto, a aquéllos en los que el mandatario responde de la gestión del sustituto, es evidente que en los demás el mandante tiene acción contra el sustituto. Por su parte, el artículo 1748 del Código civil italiano, precedente del actual artículo 1717 de dicho cuerpo legal, establecía también la posibilidad del mandante de dirigirse "en todo caso" directamente contra la persona sustituto del mandatario. Sobre el particular, puede verse OLIVIERI, A., *ob. cit.*, págs. 431 y ss. También es interesante la Sentencia de 15 de mayo de 1972 (N. 1445 Giustizia Civile 1972, I, 1393) en la que el Tribunal de Casación italiano considera que

dirigirse el mandante contra el sustituto, en los siguientes términos:

“En los casos comprendidos en los dos números del artículo anterior puede además el mandante dirigir su acción contra el sustituto”.

Ya GARCÍA GOYENA, comentando el correspondiente precepto del Proyecto de 1851 (219), exponía que en el rigorismo del Derecho romano el mandante no tenía acción directa sino contra el primer mandatario (220). Pero la sencillez y la razón dictan lo contrario: el sustituto que, por su hecho y mala gestión, ha causado un perjuicio al mandante no puede bajo pretexto alguno resistir su reparación; y al mandante será en ocasiones más fácil y cómodo obtenerla del sustituto. Parece pues que esta posibilidad está además “en armonía con la voluntad de las personas que intervienen en el negocio: del mandante, que no prohibiendo la sustitución ha autorizado directa o indirectamente al mandatario a sustituirse por otro; del mandatario, que ha querido obligarse a las consecuencias del mandato que había aceptado; y del tercero sustituto, que, encargándose de los negocios del mandante, ha consentido en obligarse respecto de él” (221).

146

la acción directa del mandante frente al sustituto del mandatario se aplica en todas las hipótesis en que la ejecución del mandato sea cumplida en todo o en parte por obra de un tercero encargado por el mandatario. Y esto es, no sólo cuando la intervención del tercero sea autorizada por el mandante o sea necesario para la ejecución del encargo, sino cuando el tercero obre por exclusiva y no necesaria iniciativa del mandatario. A nuestro juicio, en este caso no podrá ejercitarse la acción directa porque el presupuesto de esta acción, como afirma DOMINEDO, F. M., *ob. cit.*, págs. 126 y 127, es que el sustituto lo sea.

(219) GARCÍA GOYENA, F., *ob. cit.*, pág. 845, comentando el artículo 1.613 del Proyecto de 1851, el cual establecía: en los casos comprendidos en los dos números del artículo anterior puede además el mandante dirigir su acción contra el sustituto. Este precepto pasó literalmente al Proyecto de 1882.

(220) Ello se deduce de las Leyes I, párrafos 11 y 16, título III, Libro X y de la Ley 21, título 1, Libro XVII del Digesto. Y es que como pone de relieve COZIAN, M., *ob. cit.*, pág. 13, la acción directa no se funda en ninguna tradición histórica, es una invención relativamente reciente.

(221) Así lo pone de relieve GUILLOUARD, *Traité des contrats aléatoires et du mandat*, París 1894, págs. 440 y 441.

Esta acción también ha sido bien acogida por la jurisprudencia, que ha visto “un medio cómodo de fundar soluciones deseables, pero difícilmente justificables en el plano jurídico” (222).

El primer problema que se nos plantea es el alcance que el texto da a la acción directa, con la referencia que hace a “los dos números del artículo anterior”.

Como hemos examinado, el término sustitución engloba hipótesis muy diversas. Pero no hay que olvidar que el sustituto, aun siendo en algunos casos elegido por el mandatario, representa los intereses del mandante. De ahí la admisión de la acción directa, por parte de algún sector de la doctrina, en los supuestos de subapoderamiento (223). Lo que queremos resaltar es que debe tratarse de un sustituto, “de un sujeto que cumpla los actos jurídicos frente al mandante y en el ámbito de las relaciones jurídicas existentes entre el mandante y el mandatario por él sustituido” (224). Incluso se ha de tratar de una persona que actúa no por cuenta del mandatario, sino directamente por cuenta del mandante (225) y en el ámbito de la sustitución en sentido jurídico, ya que la acción directa presupone una sustitución en sentido jurídico (226).

147

(222) La jurisprudencia francesa es la más frecuente en esta materia. Véase Sentencias en COZIAN, M., *ob. cit.*, págs. 44 y 45.

(223) En la doctrina española se admite esta posibilidad consecuente con su planteamiento de que el subapoderado actúa en nombre del *dominus* DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema...*, *cit.*, volumen 1, en la doctrina francesa HUC, T., *ob. cit.*, pág. 77, y PLANIOL y RIPERT, *ob. cit.*, pág. 818, N. 1470.

(224) Así lo califica DOMINEDO, F. M., *ob. cit.*, pág. 127.

(225) Véase VISINTINI, G., *ob. cit.*, págs. 83 y ss., que rechaza la acción directa tanto en el caso del auxiliar como en el del submandato. En el mismo sentido, OLIVIERI, A., *ob. cit.*, pág. 432, manifiesta que si el mandatario hubiera actuado en nombre propio ignorando el sustituto la existencia del mandante originario, quedan directamente obligados el tercero y el mandatario sustituyente; éste como verdadero responsable del hecho propio del sustituto. En contra la Sentencia de 15 de mayo de 1972 del Tribunal de Casación italiano rebatida por DOMINEDO, y apoyada por MIRABELLI, G., *ob. cit.*, pág. 569. Puede verse el contenido de la Sentencia en nota 218.

(226) En contra de esta postura hay autores, fundamentalmente de la doctrina francesa, que dan un alcance mucho mayor a la acción directa. En concreto CORNU, G., “L'action directe du mandataire substitue contre le mandant”, *R.T.D. Civil* 1961,

Si la gestión es del mandatario la regla no es aplicable (227).

Esta acción permite al mandante exigir al sustituto la rendición de cuentas, entrega de lo que ha recibido en virtud de sus poderes y la reparación de los perjuicios causados por su falta. Además, por regla general (228), no puede oponer al mandante las excepciones que podrá oponer en su caso al mandatario (229).

Finalmente es de destacar que la acción directa que tiene el mandante contra el sustituto parece que tiene como presupuesto que el sustituto haya incurrido en culpa; porque, como señala la Sentencia de 25 de octubre de 1972 del Tribunal de Casación italiano (230), es en este caso cuando surge la obligación de resarcimiento de daños. En consecuencia, parece que esta acción no se podrá ejercitar cuando el mandatario había aceptado y aprobado lo realizado por el sustituto, juzgándolo conforme a las instrucciones que él

pág. 701. ALEXANDRE, D., *ob. cit.*, pág. 14, y SÖLUS, H., *Des actions directes*, Thèse, París 1914, aunque puntualizan que cuando el sustituto ignora que el mandatario actúa por cuenta del mandante, creyéndose simplemente mandado por el primero, se podrían invocar, si el mandante actúa directamente contra él, todas las excepciones que habría podido oponer al mandatario, conforme a los principios de la acción directa.

(227) Con respecto a este punto véase RODIERE, R., *ob. cit.*, pág. 18.

(228) El supuesto excepcional es el mencionado en nota 226. En el mismo sentido LEÓN ALONSO, J., *Comentarios al Código civil y compilaciones...*, pág. 284.

(229) ALEXANDRE, D., *ob. cit.*, pág. 14. LEÓN ALONSO, J., *Comentarios al Código civil y compilaciones...*, *cit.*, pág. 284, expone el supuesto de que el mandatario sustituyente contraiga deudas con el sustituto, en cuyo caso no hay duda que éste no podrá oponer una excepción compensatoria al mandante, respecto de las cantidades que el mandante le hubiera entregado para el cumplimiento de la gestión. De todas formas, este autor sugiere que, aunque el rigor legal no ofrezca suficiente base en ningún pasaje de la regulación del mandato, un tratamiento ágil y flexible de la idea de reciprocidad de las relaciones trilaterales surgidas, redundaría en una mayor armonía de los intereses y fines perseguidos; máxime cuando la indivisibilidad final, tanto de la rendición de cuentas como del cumplimiento del encargo, va a permitir al sustituto incluir en el pasivo de aquéllas las cantidades y créditos que le sean efectivamente debidas por otras prestaciones producto de pactos particulares entre el sustituto y el sustituyente.

(230) Sentencia de casación de 25 de octubre de 1972, n. 3215, Giustizia civile, Mass 1972, 1756. En la doctrina puede verse TREVES, T., "Sulla legge regolatrice dell'azione diretta del mandante nei confronti del sostituto del mandato", *Rivista Diritto Internaz. Privato et proc.* 1968, pág. 848.

había impartido. Ello significa que si sigue fielmente las instrucciones del mandatario aunque sean distintas de lo que a éste le confirió el mandante, el sustituto se sustrae de responsabilidad pudiendo rechazar la llamada acción directa (231).

Tan sólo quedará responsable en el supuesto de que el mandatario fuera insolvente y, a sabiendas de la situación le rinda cuentas (232).

Esta acción, como señala el precepto legal, se ejercita “además” de la posibilidad que tiene de dirigirse contra el mandatario. Por ello parece que “no debe existir inconveniente en que el mandante dirija simultánea o sucesivamente contra ambos responsables, lo que inequívocamente aproxima el fenómeno al régimen de solidaridad” (233).

2. Acción directa del sustituto contra el mandante.

En este aspecto, es la doctrina francesa la que más ha avanzado en la materia. Por razones de reciprocidad, señala CORNU (234), la jurisprudencia francesa ha reconocido la posibilidad de que el sustituto ejercite la acción directa contra el mandante para reclamar el reembolso de los desembolsos y mejoras; y también, en supuestos en que la sustitución era necesaria, en pago del salario debido por el mandatario al sustituto o por otras obligaciones contraídas en razón del mandato. Precisamente la “Cour de Cassation”

149

(231) Así lo pone de relieve OLIVIERI, A., *ob. cit.*, pág. 432.

(232) Así lo expone ALEXANDRE, D., *ob. cit.*, pág. 14.

(233) En este sentido LEÓN ALONSO, J., *Comentarios al Código civil y compilaciones...*, *cit.*, pág. 283, quien añade esta responsabilidad, que el artículo 1.722 del Código civil concreta en el hecho de individualizar las acciones que se conceden al mandante, permite hablar sin violentar técnicamente la institución de una solidaridad final, que se traduce en los efectos reparatorios totales e individuales, aunque por una sola vez, de los posibles daños ocasionados en el anormal cumplimiento del negocio gestorio. En parecido sentido, PORPETA CLÉRIGO, F., *ob. cit.*, págs. 143 y 171, propone esta solución, afirmando que responde, sin ningún género de duda, a las más atendibles exigencias de flexibilidad y eficacia práctica. En igual sentido MARTÍN GRANIZO, M., y ALBACAR, J. L., *ob. cit.*, pág. 346.

(234) CORNU, G., *ob. cit.*, págs. 700 a 703. En el mismo sentido BAUDRY-LACANTINERIE, G., et WAHL, A., *ob. cit.*, págs. 310 y 311.

francesa en Sentencia de 27 de diciembre de 1960, concedió expresamente esta facultad, aunque implícitamente ya se había admitido desde 1812 (235): “Admitido que en virtud de este texto (artículo 1994 p.2 Code civil) el mandante puede dirigirse directamente contra la persona del sustituto, por vía de consecuencia, el sustituto goza de una acción personal y directa contra el mandante para obtener el reembolso de sus anticipos y gastos y el pago de la retribución que le es debida” (236).

Sin embargo, hay que preguntarse, en primer lugar, si es una acción directa en sentido estricto y si las acciones directas, en todo caso, son recíprocas o, al menos, la contemplada en este caso. A este respecto CORNU (237), que se ha ocupado del tema, señala que la acción llamada directa del artículo 1994 del Code civil no es una acción directa propiamente dicha, es decir, la acción excepcional de un acreedor contra el deudor de su deudor jurídicamente extraño. Tampoco es la acción ordinaria del mandante contra el mandatario (llamada acción “mandati directa”). Esta acción recíproca de la que goza el sustituto no es directa en sentido estricto: Es la acción “mandati contraria” (acción del mandatario contra el mandante) y el principio de reciprocidad resurge simplemente del carácter sinalagmático del contrato (238).

(235) En Sentencia de 10 de noviembre de 1812 la Corte de París había autorizado al sustituto a reclamar al sustituyente su remuneración para evitar el inconveniente mayor de recurrir contra el mandante inicial. Véase referencia CORNU, G., *ob. cit.*, pág. 700.

(236) En el mismo sentido Sentencia de 8 de noviembre de 1983. Bull civil IV, n. 301.

(237) CORNU, G., *ob. cit.*, pág. 701.

(238) El artículo 1999 del Código civil francés establece: “El mandante debe reembolsar al mandatario los anticipos y gastos que haya hecho para la ejecución del mandato y pagarle sus salarios si le fueron prometidos. Si no hay culpa alguna imputable al mandatario no puede el mandante excusarse de hacer este reembolso y pagos, aunque el negocio haya salido mal, ni pedir reducción del importe de las costas y anticipos con el pretexto de que podían haber sido menores”. Este precepto es concordante con el artículo 1.728 del C. civil español, con dos diferencias: Que nuestro Código no dice nada del pago de la remuneración convenida, ni tampoco hace referencia a la imposibilidad de pedir la reducción de gastos con el pretexto de que podían haber sido menores.

La jurisprudencia francesa, sin embargo, no ha señalado ciertas limitaciones que tendría el sustituto para poder dirigirse contra el mandante. Anteriormente hemos destacado la posibilidad que tiene el mandante de dirigirse contra el sustituto en algunos supuestos, aun cuando la autorización de sustitución no se haya llevado a cabo. Sin embargo, tratándose de esta acción CORNU señala ciertos límites (239) dentro de los cuales podrá ejercitarse: Que el mandante haya dado una autorización, aunque sea tácita, y que cuando el sustituto ejerce la acción esté bien fundada; es decir, que la gestión llevada a cabo por el sustituto no haya traspasado los poderes conferidos.

Esto nos lleva a la afirmación de que los verdaderos límites de esta acción son los de la representación. Mandante y terceros están unidos en virtud de un vínculo de representación. El sustituto se une a su vez por un vínculo convencional al mandante, porque el mandatario no ha actuado en su nombre. De ahí que COZIAN (240) puntualice que realmente la explicación puede orientarse más acertadamente en la línea de que mandante y sustituto están unidos en virtud del vínculo de representación. Esta unión se presenta, por tanto, como consecuencia lógica de la representación, comportando ésta una garantía contra los abusos; porque el mandante no se ha comprometido más que en la medida de los poderes que ha concedido a su representante.

151

(239) CORNU, G., *ob. cit.*, pág. 701, piensa que el mandante puede dirigirse contra el sustituto, haya o no concedido autorización para la sustitución, porque precisamente dispone de esta acción contra el sustituto, aunque no haya entre ellos ningún vínculo jurídico, ya que puede haber existido negligencia en el sustituto al no verificar la autorización para sustituir. Sin embargo, en el caso de sustitución irregular, hay una razón para excluir la acción del sustituto. De todas formas, considera con bastante amplitud esta sustitución tácita, incluyendo los supuestos en los que el mandante de una orden que sabía que no podía ser cumplida por el mismo mandatario o que comportaba necesariamente la ayuda de auxiliares.

(240) COZIAN, M., *ob. cit.*, págs. 48 y 49. En efecto, critica la Sentencia de 27 de diciembre de 1960, porque, a su juicio, complica la situación ya que, dando una solución exacta, no la motiva justamente. Por otra parte, reconoce que tiene el mérito de consagrar el derecho directo del sustituto contra el mandante.

VIII. Efectos de la sustitución frente a los terceros

152

Hay que partir de que aunque se haya llevado a cabo la sustitución el interés es siempre del principal. Por otro lado, como hemos examinado, tanto en la sustitución como en el subapoderamiento el “sustituto” actúa en nombre del principal. Ello supone, que de cara a terceros se producirán los efectos normales del contrato de mandato. Sucederá como si el mandante hubiese obrado él mismo. Ahora bien, habrá que tener en cuenta que “la circunstancia de estar el apoderado facultado y autorizado para la sustitución no basta, naturalmente por sí sola, para originar la obligatoriedad jurídica de los actos realizados por el sustituto con respecto al principal. Para esto, en principio, se necesitan todavía dos cosas: Primeramente, que el poder de sustitución se mantenga dentro de los límites del poder principal en que se basa; y en segundo lugar, que tampoco el sustituto traspase los límites del poder de sustitución a él conferido” (241).

Y ello porque el artículo 1.727 del Código civil dispone: El mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato.

En lo que el mandatario se haya excedido no queda obligado el mandante sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente (242).

Ahora bien, hay que tener en cuenta que los principios de seguridad jurídica y protección de terceros de buena fe imponen que no hayan de perjudicar a dichos terceros las limitaciones del poder de representación que no hayan

(241) HUPKA, J., *ob. cit.*, pág. 234.

(242) Sobre el particular no nos extendemos, remitiéndonos a los estudios especializados en materia de representación. Pueden verse también las Sentencias de 26 de noviembre de 1986 (R.J., n. 6614) y la de 1 de junio de 1987 (R.J., n. 4020), que señalan que no obliga al mandante lo realizado por el mandatario traspasando los límites del mandato, salvo ratificación expresa o tácita del mandante.

podido conocer ni racionalmente prever (243). Pero sin olvidar que al estar en la esfera de la representación hay que pensar en criterios de autorización o legitimación para actuar.

Estos terceros que han intervenido en la gestión con el

(243) La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1989. En un supuesto de mandato representativo añade de forma un tanto peligrosa que la extralimitación en el uso del poder que hubiera cometido el apoderado, vulnerando particulares convenidos estipulados con el poderdante, que le limiten el poder, no pueden trascender en su eficacia a quien de buena fe contrató con aquél, ya que de otra manera la seguridad jurídica quedaría frustrada a voluntad del contratante que obrase de mala fe o con negligencia perjudicial a terceros. Véase *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Abril-Agosto 1989, págs. 583 y ss. GORDILLO CAÑAS, A., comentando esta Sentencia (pág. 592) distingue: a) Si el ilícito consiste en apartarse de las instrucciones del mandante o exceder de los límites del poder: 1) Cuando tal exceso se produce en el ámbito de una objetiva apariencia representativa, entonces, no es propiamente que el representado responda del ilícito del representante; es más bien que queda vinculado por la actuación de éste. 2) No habiendo apariencia representativa, no se ve cómo la actuación del representante, excediendo los límites del poder, puede llegar a vincular al representado (arts. 1.259 y 1.277 del Código civil) ni a constituir a éste en responsable por la actuación del mandatario. b) Cualquier otro ilícito del representante sin conexión con el cumplimiento del encargo o desempeño de la representación, y sin relación de dependencia entre representante y representado, a juicio de GORDILLO, podría solucionarse por la doctrina de la representación aparente en contra de la solución aportada en el fallo de la Sentencia. Pero es importante destacar que, el aplicar las reglas resarcitorias derivadas del principio de responsabilidad del deudor por los actos realizados por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones, en materia de representación, como lo hace la citada Sentencia, resulta peligroso, tal y como pone de relieve RODRÍGUEZ MORATA, F. A. En efecto, este autor, comentando la Sentencia de 1 de marzo de 1990 que sigue la doctrina aplicada por la de 22 de junio de 1989, expone que aceptar que en el ámbito de la actuación representativa, cualquier empleado o auxiliar puede obligar al *dominus* con sus actos, incluso si actúa en el tráfico en virtud de un mandato o poder de representación concreto y se extralimita en el uso de las facultades conferidas, supone hacer quebrar los principios generales que inspiran la teoría de la representación en nuestro Derecho positivo ¿Qué confianza puede tener el apoderado que, no obstante el poder conferido, quede obligado por cualesquiera actos o negocios que el auxiliar puede realizar? Véase "Comentarios a la Sentencia de 1 de marzo de 1990", *C.C.J. civil*, Enero-Marzo 1990, págs. 331 y 332. La solución iría por la vía de la consideración de los artículos 1.259, 1.715, 1.726 y 1.727 del Código entre otros, ya que los auxiliares o empleados, en la esfera de la actuación representativa, dejan de ser meros subordinados del principal y pasan a ser como verdaderos mandatarios. Por su parte la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1990 (R.J., n. 2703) señala que no atenta al principio de seguridad jurídica el supuesto en el que el poder evidencia tener un limitado contenido obligacional y ello es conocido por el tercero.

sustituto “no son ajenos al radio de acción ni del mandatario sustituyente ni del mandante: respecto del mandatario sustituyente, porque, en definitiva, fue él quien motivó y posibilitó sus relaciones con el sustituto; y en lo que al mandante atañe, porque jamás dejó de ser titular del interés y asunto representado, fuera quien fuera el mandatario efectivamente actuante” (244).

Con respecto a la posición del mandatario sustituyente, si el sustituto ha actuado en nombre del mandante “los terceros no podrán accionar al mandatario ni ser accionados por él” (245). Con respecto al sustituto que ha actuado en nombre del mandante, al vincular a éste se establece una relación jurídica con los terceros; aunque, en su caso, podrán pedir el resarcimiento de daños y perjuicios del sustituto personalmente responsable (artículo 1.725 del Código civil) en los supuestos en que no haya actuado dentro del ejercicio y límites de sus funciones o poderes (246) y no ha dado conocimiento suficiente de los mismos al tercero (247).

(244) Así lo pone de relieve LEÓN ALONSO, J., *Comentarios al Código civil y compilaciones...*, cit., págs. 286 y 287.

(245) En este sentido BAUDRY-LACANTINERIE, G., y WAHL, A., *ob. cit.*, pág. 311: Sucederá como si el mandante hubiese obrado él mismo. Es él, por consiguiente, quien llegará a ser acreedor o deudor, y en su persona nacerán las acciones activas y pasivas de los actos ejecutados por el sustituto. Siempre que la actuación del mandatario con el tercero sea en nombre ajeno, la aparición del sustituto les desvincula de cualquier relación directa.

(246) A este respecto BECQUE, M. E., *ob. cit.*, pág. 256, expone que se considera que si el representante ha excedido los límites de su poder, el mandante no será responsable del acto y de la falta cometida por el mandatario en un contrato que no tenía poder de concluir: La nulidad o inejecución de este contrato no comporta contra el mandante ninguna responsabilidad. El mandante no será responsable más que si comete una falta personal; por ejemplo, haciendo creer a los terceros que el mandatario actuaba dentro de los límites de su mandato porque el mandato estaba redactado en términos equívocos o el mandante había otorgado un poder en blanco del que el mandatario ha abusado. En estos casos tendrá una responsabilidad personal pero extracontractual.

(247) El sistema español hace descansar la protección del tercero en la buena fe de éste. Véase más ampliamente GONZÁLEZ ENRIQUEZ, M., *ob. cit.*, págs. 110 y ss., y lo expuesto en nota 243.

Ahora bien, además de actuar dentro de los límites del mandato, el problema, como ha destacado MAZEAUD (248), estará también en determinar si el sustituto realiza o no contratos con el tercero. Es decir, si la responsabilidad que tiene el mandante de cara a terceros trae causa o no en un contrato. A este efecto, habrá que distinguir si la falta cometida es en la formación del contrato con el tercero (249) o en su ejecución. En el primer caso, si la falta cometida anula el contrato, habrá lugar a responsabilidad (del mandante), pero no contractual sino extracontractual (250). Si la falta cometida por el sustituto es en ejecución del contrato, entonces habrá lugar a responsabilidad contractual por la vía del artículo 1.727. Esta responsabilidad para el mandante es menos gravosa que la responsabilidad extracontractual porque el mandante no responde más que de la ejecución de las órdenes que le ha dado.

(248) MAZEAUD, H., y MAZEAUD, L., *ob. cit.*, págs. 659 y 660.

(249) Por ejemplo, que haya empleado maniobras dolosas para engañar a los que con él han contratado.

(250) BECQUE, M. E., *ob. cit.*, págs. 255 y 256, estima que la responsabilidad, cuando se trata de un representado (presuponiendo que el representante sea "Préposé" o dependiente), no es una responsabilidad delictual sino precontractual. Esta responsabilidad aparece como una necesidad económica: la seguridad de las relaciones comerciales exige que el que entra en relación con el representante deba poder contar con que el representado responderá de lo que se ha hecho en su lugar. Es una responsabilidad por efecto mismo de la representación. Por su parte, PORPETA CLÉRIGO, F., *ob. cit.*, pág. 177, hace referencia a la hipótesis de responsabilidad extracontractual derivada, aunque la solución de los MAZEAUD viene además apoyada en el siguiente razonamiento: el artículo 1384, escrito en el capítulo de la responsabilidad delictual no puede jugar si se trata de responsabilidad contractual ¿No es éste el caso del mandante? Sí, si se funda en el hecho de un contrato entre el mandante y el mandatario, y aquí de lo que se trata es de ver si se ha cerrado o no un contrato entre el tercero y el mandante.

En la doctrina española véase sobre el particular, comentario de GORDILLO CAÑAS, A., a la Sentencia de 22 de junio de 1989, *C.C.J. civil, cit.* pág. 592: si el mandatario es dependiente del mandante, claramente debe afirmarse tal responsabilidad pero en tal caso su fundamento no radica en la relación instaurada por consecuencia del mandato representativo, sino que es pura derivación de la condición de dependiente, concurrente en el mandatario.

RESOLUCIONES COMENTADAS

**DISTINTA PERSPECTIVA DE LA R.D.G.R. Y N.,
DE 13 DE JUNIO DE 1992
SOBRE MARISMAS DESECADAS**

JOSE M.^a ARRIOLA ARANA

Notario

159

I. Introducción

En número anterior de esta Revista (n.º 6, Abril-Junio 1993) ha publicado un Comentario sobre la Rs. de 13 de junio de 1992 el Letrado del Consejo de Estado, JOSÉ LEANDRO MARTÍNEZ-CARDÓS RUIZ. Si meritorio es su estudio sobre tema tan debatido, no obstante, a mi juicio y como Notario recurrente, se imponen algunas precisiones, ya que sus conclusiones, por su generalidad son, cuando menos, discutibles y, a mi juicio, inexactas si las referimos al supuesto de la Rs.

Ha sido curiosa la disparidad de criterios sobre tal Rs. Por un lado, *La Notaría* (n.º 7 de 1992) la despachaba con uno de sus más lacónicos comentarios: "Supuesto carente de

interés, por referirse a la conversión de una inscripción de concesión en inscripción de dominio, en base a una legislación ya derogada". De otro, en el extremo opuesto, el comentario objeto de esta nota la convierte en una Rs. que prejuzga la posición de la D.G.R. y N. en orden a todos los supuestos, por otro lado, tan dispares, como son los terrenos ganados al mar, marismas, terrenos pantanosos, etc., etc.

A mi entender, la Rs. hay que encuadrarla en su justo alcance y su comentario, favorable o adverso, se ha de concretar a la solución dada al supuesto planteado, sin más extensiones, que no nos permite una Rs., en el estrecho margen de un Recurso Gubernativo.

160

Para arrancar de una idea básica es esencial dejar sentado que todo sistema jurídico ha de prever algún procedimiento en virtud del cual, bienes de dominio público hacen tránsito hacia la propiedad privada. Varía el procedimiento en los diversos sistemas históricos y de Derecho comparado; no es idéntico el sistema francés o el seguido en las enormes desecaciones de Holanda. Pero al igual que en los supuestos de accesión natural del Derecho privado, en el ámbito del dominio público se precisa regular uno o varios sistemas a tal fin.

Siguiendo con este orden de ideas, antes de entrar en el fondo del asunto, en esta materia de marismas ayuda bastante a mantener el equilibrio y buscar la solución adecuada el no generalizar un modelo bucólico-ecológico de marisma que sí se da en la realidad, pero no es ni el único, ni el más frecuente. Los supuestos normales de marismas que he encontrado en mi ejercicio profesional se tratan de terrenos en rías o próximos a la zona marítimo-terrestre, en muchas ocasiones surgidos con motivo de obras, canalizaciones o actuaciones de hecho en épocas históricas muy anteriores, a veces mera prolongación interior de terrenos ganados al mar, normalmente contiguas y entremezcladas a otras propiedades privadas de quien realiza la desecación, de tal

modo que las mismas no suponen ningún zoosistema o ecosistema peculiar, ni tienen dimensión, ni condiciones para ello, terrenos sobre los que se asientan grandes instalaciones industriales, como industrias conserveras, piscifactorías, molinos de mareas, astilleros e industrias navales, petroquímicas y la mayor parte de los Altos Hornos existentes en España. Ninguna de tales instalaciones puede concebirse sin que se reconozca la propiedad del suelo a quien cumpla determinadas condiciones. Y no se alegue que es suficiente con el reconocimiento de una concesión administrativa por tiempo ilimitado, ya que nadie puede realizar, y menos financiar, una gran inversión en suelo ajeno.

Teniendo presente lo expuesto, con los límites concisos que exige el Comentario a tal Rs., voy a examinar, sucintamente, el sistema español en la legislación, en la doctrina y en la jurisprudencia.

161

II. Legislación Española sobre la materia

Sin remontarnos a las disposiciones Reales de la Edad Media sobre repoblación de terrenos baldíos o de conquista, en el Título XXIII de la Novísima Recopilación se contienen diversas Leyes sobre “Repartimiento de Tierras Incultas”. Así, en ellas (Ley XIX, Título XXV), se dispone: “Declarando, como declaro, la propiedad del terreno al que lo limpie”. Todos recordamos la referencia a las “roturaciones legitimadas”, o mejor, “legitimadoras” a que se refiere el art. 30 de la Ley Hipotecaria, sin olvidar las Normas de la Ley de Mostrencos.

Pero mucho más próxima a la materia que nos ocupa, la R.O. de 29 de abril de 1860, en su artículo 26, dispone: “Autorizado el aprovechamiento de aguas públicas procedentes de lagos, lagunas o pantanos, se entienden cedidos al concesionario los terrenos del Estado del común *que resulten saneados o desecados*”. Y sin detenernos en la Ley de

Aguas de 3 de agosto de 1866, llegamos a la Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877 y su Reglamento, de 6 de julio de 1877, y a la Ley de Aguas de 1879.

De la primera de ellas, Ley de Obras Públicas de 1877, se desprende que, en las Concesiones objeto de este estudio, nos hallamos ante una Concesión de Obra Pública de uso privado, es decir, de aquéllas a las que se refiere el artículo 106. Frente a las Concesiones de Obra Pública de uso público, en éstas, que son Concesiones de Obra Pública de uso privado, la "obra", es decir, el propio terreno en que ésta se realiza, por la propia naturaleza y fin de la concesión, tiene que pasar a ser propiedad del concesionario. Este carácter está expresamente reconocido en la S.T.S. de 10 de noviembre de 1976.

162

Mención especial hay que hacer a la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, en la que, en gran parte, basa MARTÍNEZ-CARDÓS su argumentación. Titula la misma el Capítulo VII como "De la desecación de lagunas y terrenos pantanosos", de la que conviene destacar: "Art. 61: Cuando las lagunas o terrenos pantanosos pertenezcan a varios dueños, y no siendo posible la desecación parcial pretendan varios de ellos que se efectúe en común, el Ministerio de Fomento podrá obligar a todos los propietarios a que costeen colectivamente las obras destinadas al efecto, siempre que esté conforme la mayoría, entendiéndose por tal los que representen mayor extensión de terreno saneable. Si alguno de los propietarios resistiese el pago y prefiriese ceder a los dueños su parte de propiedad saneable, podrá hacerlo mediante la indemnización correspondiente". "Art. 63: Si la mayoría de los dueños se negare a ejecutar la desecación, el Ministerio de Fomento podrá concederla a cualquier particular o empresa que se ofreciese a llevarla a cabo, previa la aprobación del correspondiente proyecto. *El terreno saneado quedará de propiedad de quien hubiese realizado la desecación o saneamiento*, abonando únicamente a los antiguos dueños la suma correspondiente a la capitalización".

“Art. 64: En el caso de que los dueños de los terrenos pantanosos declarados insalubres no quieran ejecutar la desecación, y no haya particular o empresa que se ofrezca a llevarla a cabo, el Estado, la provincia o el Municipio podrán ejecutar las obras costeándolas con los fondos que al efecto se consignen en sus respectivos presupuestos, y en cada caso con arreglo a la L. general de Obras Públicas. Cuando esto se verifique, *el Estado, la provincia o el Municipio disfrutará de los mismos beneficios que determina el artículo anterior*”. Obsérvese que la transmisión de propiedad puede ser en los dos sentidos, del Estado a los particulares o de éstos a los Entes Públicos.

De todo ello pueden sentarse, cuando menos, las tres conclusiones siguientes:

— Que la desecación de las lagunas, terrenos pantanosos o encharcadizos insalubres, es obligatoria.

— Que la misma concede la facultad “expropiatoria” de los terrenos de propiedad privada cuyos titulares se nieguen a compartir la desecación.

— Que quien realiza la desecación adquiere la propiedad de los terrenos, sean públicos o privados.

Por lo tanto, —luego nos referiremos a la atribución de propiedad— las especialidades esenciales de este supuesto son su obligatoriedad y la posibilidad de que incluyan propiedades privadas que no deseen cooperar a la desecación. Como luego indicaremos, a mi juicio, estas dos consecuencias fundamentales de la obligatoriedad y la extensión a terrenos de propiedad particular son las dos peculiaridades básicas que efectivamente se extienden a las marismas insalubres frente a las que no lo son, sin que entre las mismas, por uno u otro procedimiento, se dé una separación jurídica en el plano de la atribución o no del derecho de propiedad. Ambas atribuyen la propiedad una vez realizada en forma la desecación, tal como a continuación se irá exponiendo.

Y así llegamos a la Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880, cuyo artículo 51 dispone: “El Ministerio de Fomento

concederá las autorizaciones para que sean desecadas, cultivadas o aprovechadas de otra manera las marismas del Estado o el dominio público— Las marismas de propiedad particular podrán ser desecadas por sus dueños, previa Licencia del Gobernador— Para la desecación o saneamiento de los terrenos de marismas que fueren declarados insalubres, se seguirán las prescripciones contenidas en la Ley de Aguas, respecto a los terrenos pantanosos”. Y, finalmente, el artículo 55: “Las concesiones de marismas se otorgarán sin pública licitación y a perpetuidad, salvo el caso de que algún particular o empresa solicitare la adjudicación por subasta”.

Por lo tanto, en la Ley de Puertos de 1880, el artículo 55 no distingue entre concesiones de marismas insalubres o que no lo sean, aplicando a ambos casos la mecánica del otorgamiento a perpetuidad. Queda dicho que, en cambio, sí se diferencian en los efectos antes señalados de la obligatoriedad de desecación de las primeras y que la misma puede incluir propiedades privadas de terceros.

La identidad entre ambos supuestos todavía se refuerza en la legislación posterior y así podemos decir con VILLAR PALASÍ que, en la mentalidad reguladora de la legislación sobre marismas, especialmente en la Ley Cambó, todas las marismas están conceptuadas como prácticamente insalubres, por uno u otro motivo. Dicha Ley Cambó, de 24 de julio de 1918, trata de fomentar la desecación de marismas con una serie de auxilios. Tiene especial interés su definición de marismas del art. 1.º: “Marismas: Todo terreno bajo de la zona marítimo-terrestre o del estuario actual o antiguo de un río, cualquiera que sea su naturaleza, que se inunda periódicamente en las mareas o en épocas de crecidas y permanece encharcado hasta que la evaporación consume las aguas almacenadas, o produzca emanaciones insalubres en la bajamar o en época de calmas aun cuando no encharcamientos”.

Esta definición es casi literalmente coincidente con la del art. 92 del R.D. de 19 de enero de 1928.

Obsérvese que la condición de insalubres sólo se exige para extender el concepto de marisma *a terrenos en que no haya encharcamiento*, pero que produzcan emanaciones de tal naturaleza. Por lo tanto, a las dos peculiaridades anteriores, obligatoriedad de desecación y facultad “expropiatoria” de terrenos de propiedad particular de las marismas insalubres, se añade por la Ley Cambó la particularidad señalada de que, en ellas, es suficiente la existencia de emanaciones. En ningún otro sentido, distinto de los apuntados, hallamos en el ámbito de las marismas propiamente dichas, separación entre insalubres o no.

El criterio de la transmisión de propiedad se refuerza, evidentemente, en la Ley Cambó, hasta el punto que el Dictamen del Consejo de Estado de 26 de julio de 1990, posiblemente el que ha ido más lejos en la defensa de la permanencia del carácter concesional con posterioridad a la desecación, nos dice: “Es cierto que con arreglo a la Ley de 24 de julio de 1918, las marismas otorgadas sufrían una degradación demanial, una vez cumplido satisfactoriamente el fin concesional, *pasando a integrarse en la propiedad privada del antiguo concesionario*”.

A mayor abundamiento, el R.D. de 19 de julio de 1927, en su artículo único, se inicia: “Cuando se verifiquen *enajenaciones* de bienes de propios, en virtud de las concesiones”. ¿Cómo puede hablarse de enajenaciones de bienes, si no hay transmisión de propiedad?

Finalmente, cerrando el ciclo legislativo más importante sobre esta materia, llegamos al Decreto de 19 de enero de 1928 que, en su art. 99 dispone: “Para que las concesiones de marismas se otorguen a perpetuidad, será condición indispensable que el aprovechamiento para que se soliciten implique la desecación y saneamiento del terreno”.

Debe tenerse en cuenta, a efectos del comentario de la Rs. de 13 de junio de 1992, cuanto se dice sobre la Ley Cambó, ya que las concesiones objeto de la misma se otorgaron con posterioridad a la misma y durante su vigencia.

Las conclusiones que pueden desprenderse del estudio de todas estas normas, creo que, difícilmente, pueden resumirse mejor que lo hace GALLEGO ANABITARTE en su escrito de formalización de la demanda ante el T.S., en el Recurso de Casación que concluyó con la Sentencia de 10 de noviembre de 1976. Nos dice que del análisis legislativo se demuestra que “hay un principio secular en nuestro Derecho Administrativo, según el cual el rompimiento, roturación y cultivo de terrenos baldíos, las obras realizadas para ganar terrenos al mar, así como aquéllas encaminadas a sanear y desecar lagunas, terrenos pantanosos o encharcadizos y marismas, entrañan la cesión del terreno al concesionario o a la persona autorizada a realizar las obras. Esta solución está de acuerdo con la naturaleza de las cosas, como son los principios de la lógica jurídica, las obras realizadas en los presupuestos suponen que el terreno se transforma y se convierte en algo nuevo, el terreno culto, en terreno apto para la agricultura, de terreno encharcado a terreno desecado y saneado. Y esta transformación del bien hace que éste, jurídicamente, deje de ser lo que era, baldío, dominio público, etc., y se convierta en un bien particular”.

Por mi parte, me parece excesivo extraer de la remisión que el art. 51 de la Ley de Puertos hace a la Ley de Aguas la separación esencial que MARTÍNEZ-CARDÓS establece entre marismas insalubres y aquéllas que no lo son, provocando las primeras la transmisión de propiedad, mientras que en las segundas nos hallaríamos, por tiempo ilimitado, en la situación de concesión a perpetuidad.

En lógica jurídica es inexplicable la separación de efectos en los supuestos de terrenos ganados al mar, lagunas o pantanos desecados y marismas insalubres, por un lado, y las marismas que no tienen esta última condición, por otro. La remisión que se hace a la Ley de Aguas de 1879 en la Ley de Puertos de 1880 (téngase en cuenta que su Reglamento es de 1928 y en el intermedio se dictó la Ley Cambó de 1918), no implica otra cosa que su desecación es obligatoria

en este último caso, que existe la posibilidad de que la concesión, en tal supuesto, se puede extender a bienes de propiedad privada y que la concesión puede existir aunque no haya encharcamiento, siendo suficiente con que existan emanaciones insalubres. El criterio de la transmisión de propiedad a que se refiere el art. 63 de la Ley de Aguas, según la terminología utilizada por ésta, o se extiende a todas las desecaciones de marismas o no se extiende a ninguna, ya que, según la Ley de Puertos y toda la legislación concordante, la mecánica legislativa utilizada en la configuración de todos los supuestos de desecación de marismas, es la de la concesión a perpetuidad.

En coincidencia con esta tesis, podemos ver el Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado de 26 de julio de 1990, al que posteriormente nos referiremos por extenso y en el que, para declarar la caducidad de una concesión de desecación de marismas por incumplimiento del fin sustancial de la misma, se separa de la tesis de MARTÍNEZ-CARDÓS y así, dice: "Las fotografías obtenidas muestran el abandono sustancial de la concesión y la INSALUBRIDAD DE LA PARCELA". Por lo tanto, si la insalubridad fuese el elemento determinante de la transmisión o no de propiedad, no se comprende cómo en tal caso de marisma que se reconoce expresamente insalubre, se admite por el Alto Órgano Consultivo la propiedad del Estado y el efecto subsiguiente de la caducidad.

En resumen, en mi opinión, la Ley de Puertos de 1880 vino a admitir para las marismas un sistema paralelo al que la Ley de Aguas de 1879 había previsto para la desecación de lagunas y terrenos pantanosos, extendiendo para las marismas insalubres las particularidades de la obligatoriedad y de la ocupación de propiedades privadas, prevista en esta última Ley y que, lógicamente, no podían aplicarse en marismas no insalubres. Sin embargo, la mecánica jurídica aceptada para todos los supuestos, fue la que se configuró, conforme a la mentalidad jurídica de la época, como conce-

sión a perpetuidad. Por lo tanto, es esencial en esta cuestión interpretar jurídicamente qué implica el concepto histórico de concesión a perpetuidad y, para ello, no tenemos más remedio que acudir a la doctrina más autorizada y a la jurisprudencia.

III. La concesión a perpetuidad

Sería absurdo afirmar que este concepto es claro y simple. Todo lo contrario, ya que, evidentemente, representa una contradicción en sus propios términos, por lo que, en la búsqueda de su exacto significado, no hay más remedio que basarse en la interpretación que del mismo han realizado la doctrina y la jurisprudencia.

168

Para la propia Administración, este concepto de concesión a perpetuidad no tenía un significado técnico y preciso, siendo claro, cuando menos, que el mismo en modo alguno es incompatible con la transmisión de la plena propiedad al concesionario que realice las obras de desecación, tal como se desprende de las numerosas concesiones en las que, en su texto se habla en unos apartados de transmisión de propiedad y, en otros, de concesión a perpetuidad. Así, en la R.O. de 24 de junio de 1881 (citada por GALLEGO ANABITARTE), puede leerse entre sus cláusulas: “2.^a Se declara de la propiedad del mismo la porción de terreno que resulte saneado y reducido a cultivo en virtud de esa autorización y cuya superficie mide”. “6.^a Esta concesión se entiende a perpetuidad, sin perjuicio de terceros y salvo el derecho de propiedad particular”. Hago notar, para lo que luego diremos, que se tenga en cuenta este adjetivo “particular”, que es fundamental para probar, como ha admitido la jurisprudencia, que la reserva del derecho de propiedad en estas concesiones se refiere a posibles propiedades de terceros particulares y no a la reserva de propiedad en favor del Estado.

Igualmente, en la R.O. de 6 de enero de 1888 (citada

por el mismo tratadista), se lee en su condición 5.ª: “..... que *la propiedad de la marisma* no la adquirirá el concesionario mientras no se halle ésta total y perfectamente saneada”. Y un poco antes, en el mismo número se señala: “la concesión se entiende hecha a perpetuidad, sin perjuicio de terceros y salvo el derecho de propiedad”.

A. Las concesiones de marismas en la doctrina.

En la doctrina que se ha ocupado de esta materia se ha reconocido la tesis de la degradación o desafección por realización de las obras, que distingue entre la fase concesional, en la que se realiza la desecación, y la que surge del Acta de Aprobación de las Obras a partir de la cual surge la propiedad privada de quien, de forma adecuada, realizó la desecación. Podemos destacar como opiniones directamente relacionadas con la interpretación jurídica de este concepto, las siguientes:

Así, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA (*Dos estudios sobre la usucapión en el Derecho Administrativo*. Edit. Tecnos, 1976) siguiendo una orientación próxima a la Teoría de la “Degradación” del dominio público, formulada por PROUDHON, se acoge a la tesis de la desafectación tácita o expresa, decidiéndose “en el caso particular de las marismas por la especificidad de la tesis de la desafectación por consumación de efectos”.

En este ámbito GARCÍA DE ENTERRÍA cita los dictámenes del Consejo de Estado de 14 de diciembre de 1949 y de 3 de julio de 1953, los cuales se acogen a la tesis de la conversión y así los mismos nos dicen: “la calificación de las marismas como dominio público está hecha por la Ley buscando nada más que la dirección administrativa de su aprovechamiento por los particulares, por lo mismo que éste interesa de modo especial a la utilidad pública, en la que quedan de este modo afectados. Así resulta que, *en cuanto este aprovechamiento particular de tales bienes se ha logrado,*

la utilidad pública ha quedado definitivamente satisfecha, y al no tener ya, respecto de ellos, sino las exigencias generales que tiene sobre todos los bienes patrimoniales de la Economía Nacional, ocurre efectivamente, aunque por este modo particular, una verdadera desafectación de aquellos bienes de la utilidad pública, con lo que se convierten en bienes de propiedad privada (artículo 341 del Código civil) en la persona de su concesionario entrando en el comercio jurídico común. Ocurre aquí una verdadera conversión jurídica”.

En igual sentido, LORENZO MARTÍNEZ ESCUDERO (*Las Playas y Costas. Su régimen jurídico-administrativo*. Edit. Montecorvo, 1970), igualmente se adscribe dentro de esta posición, y así, nos dice:

170 “Las obras de desecación y saneamiento han de ser objeto de concesión. La concesión se otorga a perpetuidad. Como dice A. GUAITA, la concesión no es perpetua pero, desecado y saneado el terreno y cumplidas las cláusulas concesionales, aquél queda desafectado del dominio público, en el que en realidad se incluyó con miras a su saneamiento, y se convierte en propiedad particular, como el anterior concesionario se convierte en propietario”.

Es indudable que el estudio más detenido y completo en esta materia es, sin duda, el de LUIS MORELL OCAÑA (“La concesión de marismas y el artículo 126 de la Ley de Patrimonio del Estado”. *Revista de Administración Pública*, mayo-agosto 1972), el cual nos dice lo siguiente:

“Así pues, las marismas —al menos las que son propiedad del Estado— vendrían a ser bienes demaniales en virtud de la necesidad que la Administración tiene de disponer de un título legitimante de la dirección administrativa de su aprovechamiento por los particulares; esto es, ordenar y dirigir las tareas de su desecación”.

“Al servicio de la singular finalidad, consistente en la desecación y saneamiento, se coloca un tipo de negocio jurídico concesional específico, un tipo singular entre las concesiones de dominio público. Singularidad que vendría a ser la

consecuencia directa de las prestaciones que corren a cargo de cada uno de los sujetos que intervienen en el negocio concesional, esto es, la Administración y el concesionario. En efecto, el concesionario se compromete a una prestación peculiar: realizar unas obras dirigidas a conseguir una alteración en la cualidad física de los terrenos objeto de la concesión; y la contraprestación de la Administración estribará en una conversión jurídica de los terrenos y en la transmisión de la propiedad al particular concesionario”.

“La prestación esencial a cargo del concesionario es ésta de desecar y sanear, no perdurando interiormente el vínculo concesional en la forma de concesión de servicios portuarios o de costas; simplemente, al consumarse la desecación (que equivaldría a una “degradación” consentida del dominio público natural) *la concesión queda consumada desde el punto de vista de la prestación exigida al particular y, por estar íntimamente ligada a ella se produce automáticamente la realización de la contraprestación administrativa (cesión de la propiedad de los terrenos)*”.

171

MORELL OCAÑA incluye las marismas entre los bienes baldíos, por esencia improductivos, cuya propiedad la Ley de Mostrencos de 9 de mayo de 1935, atribuyó al Estado. Por lo tanto, son de propiedad privada aunque su titular sea el Estado, no son de dominio público.

La tesis básica de MORELL OCAÑA es que la concesión no es de dominio público, sino que es una concesión de obra pública y así, nos dice: “Ahora bien, por más que se intente reconducir este tipo de concesiones a la de servicios públicos, siempre se encontrará con el obstáculo insalvable de que las prestaciones a cuya ejecución se compromete el concesionario frente a la Administración son las típicas de la ejecución de una obra y no las correspondientes a la gestión de un servicio.— Puede encontrarse la prueba definitiva de cuanto hemos venido afirmando sobre la naturaleza de esta concesión. Si —como se ha pretendido en alguna ocasión— fuera una concesión de algún servicio

público, el concesionario seguiría vinculado frente a la Administración, como consecuencia de la gestión de dicho servicio. Pero, ¿qué servicio público puede hallarse en el hecho de disfrutar y aprovechar para sí una propiedad inmueble? Evidentemente, ninguno. La relación concesional terminó con la ejecución de la obra”.

VILLAR PALASÍ va más lejos y se fija en el propio concepto de dominio público aplicado a las marismas:

“El carácter simplemente funcional de título justificativo de una intervención administrativa del dominio público se muestra también con evidencia en otros supuestos: en concreto, la llamada Ley Cambó de desecación de marismas de 1918. *Las marismas son previamente declaradas de dominio público*. En 1918 era políticamente inconcebible la escisión entre propiedad de la potestad expropiatoria y beneficiario de la misma, tema que nuestra actual Ley de Expropiación estudia con toda valentía. Las leyes respetan la ideología de la época y, por ello, complican —vistas desde hoy— las técnicas intermedias. Fue preciso crear entre la propiedad civil de una zona insalubre y el beneficiario de unas obras de saneamiento, la categoría intermedia del dominio público, a fin de justificar que de un particular pasase una propiedad civil a otro particular. La idea del dominio público es una idea aquí transeúnte, de paso, de puente. *Es un dominio público que interesa a la Administración que desaparezca cuanto antes, transformándose en propiedad civil, porque lo que en definitiva persigue la Ley Cambó es el saneamiento de las marismas en las zonas insalubres, en modo alguno la expansión de la idea de dominio público*. Cuando en supuestos paralelos nuestra actual legislación persigue idéntica finalidad, la idea puente del dominio desaparece (registro de solares, expropiación de fincas mejorables, etc.)” (*Introducción y Teoría de la Norma*. Madrid, 1968, pág. 33).

Creo que poco puede discutirse sobre la configuración jurídica que nuestra más importante doctrina administrativa tiene sobre las concesiones a perpetuidad.

B. Las concesiones de marismas en la jurisprudencia del T.S.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo vemos reflejada también la misma tesis de la desafección del dominio público y conversión en propiedad privada.

Así, la Sentencia de 23 de marzo de 1972, siendo ponente RAFAEL MENDIZÁBAL, nos dice: “resulta preferible ahondar en la propia substancia de la concesión o autorización, expresiones equivalentes al respecto, acto constitutivo de una estructura cuyos elementos aparecen interrelacionados en la realidad, pero dissociables siempre mediante un proceso analítico que los contemple desde una óptica funcional, y en tal orden de reflexiones conviene indicar que este tipo de concesión actúe en calidad de título, de una ocupación temporal del terreno saneable (uso privativo) como contenido de un derecho real administrativo de goce que, a su vez, *se transforma en propiedad particular mediante la ejecución de las obras de saneamiento, modo de adquirir que implica una simultánea desafección implícita de tal parcela*”.

173

Más explícita todavía, la Sentencia de 10 de noviembre de 1976 señala: “conviene indicar que *este tipo de concesión actúa en calidad de título de una ocupación temporal del terreno saneable que, a su vez, se transforma en propiedad particular mediante la ejecución de las obras de saneamiento, modo de adquirir que implica una desafección implícita de tal parcela de dominio público*”. Esta Sentencia expresamente viene a reconocer que las concesiones de que se trata “en puridad de doctrina no son demaniales, sino concesiones de obras públicas matizadas y perfiladas de acuerdo con las categorías de la Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, viniendo a ser una concesión de obra pública de uso privado”.

C. Las concesiones de marismas en las Rs. de la D.G.R. y N.

Muy brevemente, para evitar inútiles reiteraciones, diremos que en las Rs. de la D.G.R. y N. de 20 de diciembre de 1977, 20 de junio de 1983 y en la que comentamos, de 13 de junio de 1992, se recoge idéntica doctrina.

Así, en la primera de ellas, se dice: “en este tipo de concesiones, el derecho real administrativo de goce que toda concesión comporta se transforma en propiedad particular mediante la ejecución de las obras de saneamiento, por lo que viene a constituir, como indica el Auto del Presidente, un modo de adquirir atípico, paralelo a la desafectación del dominio público producido y que tiene su fundamento en la actividad administrativa de fomento que estimula la iniciativa privada para conseguir un beneficio general al sanear un terreno que en su estado natural no es utilizable por nadie”.

También, la de 1983, afirma que una vez realizado el saneamiento, se produce “una verdadera desafectación de aquellos bienes de utilidad pública, con lo que se convierten en bienes de propiedad privada en la persona del concesionario”. Y añade: “considerando que cuando se ha producido el evento que origina esta conversión jurídica, la concordancia que ha de existir entre el Registro y la realidad jurídica extra-registral permite el acceso a sus libros de la nueva titularidad dominical”.

Y, finalmente, en la Rs. de 1992, además de reiterar idéntica doctrina, formula una salvedad final, a la que no se hace referencia en el comentario de MARTÍNEZ-CARDÓS, cuando termina diciendo: “*Y todo ello, sin perjuicio del sometimiento por parte del titular registral a la legalidad vigente contenida en la Ley de Costas de 28 de junio de 1988*”, recogiendo así un principio que, aunque evidente, no está de más el formularlo de modo explícito, tal como se indicaba en el escrito de interposición del recurso.

Ahí radica una de las claves más importantes de todos los problemas que presentan los terrenos procedentes de desecación de marismas: Quien los desecó conforme al Plan marcado por la Administración es, sin duda, propietario. Lo que ocurre es que estos terrenos, como todos los existentes, están sujetos a la normativa legal, pero en éstos, por su propia ubicación física, tienen una mayor incidencia las limitaciones derivadas de la Legislación de Costas, de tal modo que a través de su inundación posterior (como puede ocurrir en cualquier propiedad privada por efectos de la erosión), los mismos pasan a integrarse en el dominio público, no por caducidad de la concesión, sino por el propio hecho físico de que se traslada la línea delimitadora del mar litoral o de la zona marítimo-terrestre o del cauce de la ría afectada. Además, para aquellos supuestos de concesiones inadecuadas y en que prime el interés social, siempre estará abierto el mecanismo de la expropiación, pero no, repito, el cómodo trámite de una declaración administrativa de caducidad.

175

En resumen, como conclusión básica en esta materia, puede sentarse que en la Doctrina de las Rs. de la D.G.R. y N., las concesiones de marismas participan de la naturaleza de las concesiones de obras públicas, de tal modo que una vez concluidas las obras en el plazo señalado y extendida el Acta de Aprobación de las mismas, los bienes saneados pasan a ser de propiedad particular.

D. Las concesiones de marismas en el T.E.A.C.

También, en el plano administrativo, tenemos la Rs. del Tribunal Económico-Administrativo Central, de 26 de octubre de 1982 que, por ser muy explícita, no tan conocida y tener su origen en un órgano de la propia Administración, no puedo menos de transcribir en sus partes fundamentales:

“Que la declaración de propiedad que contiene el acta notarial otorgada por la Sociedad recurrente y que ha moti-

vado la liquidación impugnada ha de estimarse mera consecuencia de la adquisición llevada a cabo anteriormente por dicha Sociedad mediante transmisión operada en su favor de la concesión administrativa de marisma, la cual se transformó con anterioridad en plena propiedad sobre el terreno ocupado por la marisma una vez realizadas las obras impuestas por la Administración y recibidas por ésta a su satisfacción, debiendo admitirse y aceptarse en este sentido los acertados razonamientos de la Sociedad recurrente con base en la doctrina del Consejo de Estado aducida por dicha Sociedad y en la doctrina jurisprudencial que se deduce de las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1972, 26 de septiembre de 1974 y 10 de noviembre de 1976, invocadas también por la Sociedad recurrente, de modo que en las concesiones administrativas como la que es objeto del presente expediente el derecho real administrativo de goce propio de toda concesión se transforma en derecho pleno de propiedad particular mediante la ejecución de las obras de saneamiento impuestas por la Administración una vez recibidas de conformidad por ésta, lo que en el supuesto de este expediente tuvo lugar el 12 de diciembre de 1959.

Que, de acuerdo con ello y como consecuencia del cumplimiento de las condiciones y finalidades de la concesión administrativa, una vez conocido y aceptado dicho cumplimiento por la Administración concedente, el derecho real administrativo sobre la finca objeto de la concesión administrativa de marisma se convirtió en derecho de pleno de propiedad sobre la misma finca, sin que el reconocimiento o declaración de ello, ni la pretensión del interesado de que se inscriba así el aludido derecho de propiedad en el Registro de la Propiedad, puedan estimarse como declaración o reconocimiento de propiedad a favor del mismo, con entidad distinta e independiente de la adquisición del derecho mediante adquisición de la propia concesión administrativa, de cuya adquisición deriva el título jurídico de atribución de

aquel derecho y por ello ya satisfizo el adquirente el impuesto correspondiente.

Siendo ello así, habiéndose satisfecho por la Sociedad recurrente el impuesto correspondiente a la adquisición de la concesión administrativa, es obligado estimar la pretensión impugnatoria deducida por dicha Sociedad, anulando y dejando sin efecto la liquidación impugnada por la misma, así como el fallo apelado del Tribunal Provincial que confirmó aquélla, declarando en su lugar que el acto jurídico contenido en el acta notarial otorgada por la Sociedad recurrente, el día 17 de diciembre de 1976 no debe ser sometido a tribución por el Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales, al haber sido ya sometido a tribución por dicho impuesto el negocio jurídico de adquisición de la concesión administrativa, respecto del que aquel acto jurídico es una mera consecuencia sin sustantividad ni independencia a efectos tributarios, tal como se reconoce en el citado apartado 14 del número 1 del artículo 65, en relación con los apartados 6.º y 7.º del artículo 55, ambos del Texto refundido de 6 de abril de 1967”.

177

E. Las concesiones de marismas en los Dictámenes del Consejo de Estado.

Los numerosos Dictámenes que el Consejo de Estado ha dedicado a esta materia no han sido todo lo uniformes que sería de desear pero, hasta tiempos recientes, en aquéllos que con más profundidad y detenimiento se ha ocupado de la configuración jurídica de las concesiones de desecación de marismas, su doctrina administrativa coincide con la tesis que se viene defendiendo.

Al igual que en otras que se han citado a lo largo de estas notas o a las que se refiere la jurisprudencia, en el Dictamen de 14 de julio de 1964, se dice: “La relación concesional se extingue en la Ley que se estudia, precisamente al término de las obras, ya que —como el mismo Consejo

de Estado ha precisado en otras ocasiones— la concesión de que se trata se agota por la realización de las obras con arreglo a proyecto y a satisfacción de la Administración, sin que existan con posterioridad a tal momento nuevas obligaciones concesionales, y siendo esto así, no se alcanza a ver la posibilidad de poder iniciar, una vez terminadas las obras de saneamiento, una relación de concesión, cuyo contenido económico y jurídico se habría ya desarrollado”.

En igual sentido, el Dictamen de 21 de mayo de 1976, nos dice: “la ejecución de las obras y el título concesional que la legítima constituyen así, en virtud de una verdadera conversión jurídica, un título adquisitivo de la propiedad de los terrenos La ocupación inicial, que era en concepto de concesionario, lo es en concepto de dueño a partir de la ejecución de las obras que consolidan la realidad física de unos terrenos ganados al mar el concesionario queda, en relación con dichos terrenos, en la misma posibilidad que siendo originariamente suyos. En esta situación no es correcto entender que el clausulado de la relación concesional opera sobre el título de propiedad a efectos de *destruirlo en la eventualidad de un incumplimiento ulterior que determine la caducidad de la autorización*. Sería convertir en puramente nominal la adquisición de propiedad de los terrenos, si los mismos estuvieran sujetos indefinidamente al régimen concesional, de suerte que operara la reversión por readquisición de su carácter demanial, al extinguirse la concesión. Por el contrario, es preciso reconocer la sustantividad jurídica propia de la concesión en cuanto título adquisitivo de la propiedad de unos terrenos que antes no existían y que han adquirido realidad física y utilidad económica por el esfuerzo y obra del concesionario; ejecutadas las obras, la *atribución de propiedad como efecto concesional específico queda consumada en términos irreversibles*”.

Sin embargo, inopinadamente, el Dictamen de 26 de julio de 1990 da un giro total en esta cuestión, diciendo en su parte más decisiva lo siguiente: “Es cierto que, con arreglo

a la Ley de 24 de julio de 1918, las marismas otorgadas sufrían una degradación demanial, una vez cumplido satisfactoriamente el fin concesional, pasando a integrarse en la propiedad privada del antiguo concesionario. Mas no sucedía este fenómeno de degradación demanial cuando se trataba de concesiones de marismas otorgadas al amparo de las leyes anteriores. En este caso, la misma fecha de la concesión inicialmente otorgada —Real Orden de 7 de marzo de 1889— claramente indica que no le es aplicable el sistema de la Ley Cambó. Es más, en su clausulado no existe ninguna mención del pase al patrimonio privado una vez cumplido el fin concesional. Las concesiones perpetuas en modo alguno implican una patrimonialización del demanio otorgado. Se limitan a no fijar una terminación temporal en lo concedido. Pero siempre con sujeción al condicionado concesional del Pliego. De ahí que si con posterioridad incluso al acta de recepción conforme de las obras iniciales, el terreno incide en incumplimiento del fin concesional, tal incumplimiento provoque la reacción jurídica de la caducidad concesional, cuando el incumplimiento es sustancial al fin de la concesión”.

179

La doctrina de este Dictamen, que ha recibido con sorpresa y juzgado negativamente nuestra doctrina administrativa, evidentemente no debe dejar demasiado tranquilo al Alto Organo Consultivo, ya que indica que la caducidad “debe ejercitarse siguiendo el criterio del art. 103 de la Constitución”. Y añade: “que, para evitar cualquier equívoco en cuanto a la inscripción registral, los servicios jurídicos del Estado inicien acción declaratoria para enervar cualquier prevalencia de la protección tabular sobre la caducidad demanial decretada en su caso”.

Este Dictamen, cuya doctrina se separa de toda la corriente tradicional que ha interpretado el contenido jurídico de las concesiones a perpetuidad para la desecación de marismas, parece obedecer en sus planteamientos únicamente a la finalidad perseguida de justificar la caducidad de la con-

cesión. De generalizarse tal conclusión, vendría la misma a representar gravísimas consecuencias tanto para los particulares, como para el propio Estado, como luego se verá en el apartado V. Por otro lado, la declaración de caducidad, en tal supuesto, era innecesaria ya que, en el caso concreto de tal marisma, podría perfectamente defenderse la titularidad pública de los terrenos sobre la base de que la marisma abandonada había sido nuevamente invadida por el mar, por lo que procede la aplicación de lo establecido en el art. 6-2 de la Ley de Costas, según el cual: "los terrenos invadidos pasarán a formar parte del dominio público marítimo-terrestre", al igual que ocurre con cualquier propiedad privada si, por erosión u otra circunstancia, resulta invadida.

180

Reitero, como antes he apuntado que, en dicho Dictamen, se rechaza, de forma explícita, la separación entre marismas insalubres y las que no lo son, ya que en el Dictamen de referencia, la posibilidad o no de declarar la caducidad "se centra en la condición de insalubridad de los terrenos o, por el contrario, si tal condición es contingente, temporal o esporádica y no debe merecer por consiguiente, en este último caso, la sanción de caducidad". La caducidad sería inadmisibles si la plena propiedad ya estaba adquirida, adquisición que, como defiende MARTÍNEZ-CARDÓS, únicamente se causa en las marismas insalubres, entre las que se incluye la que es objeto del Dictamen. En realidad, la transmisión o no de la propiedad depende no tanto de su carácter insalubre o no, sino de la interpretación jurídica que se dé al concepto histórico de concesión a perpetuidad.

Termino este comentario del Dictamen más negativo en esta materia destacando, porque afecta directamente al supuesto objeto de la Rs. de 13 de junio de 1992, el reconocimiento explícito que el mismo hace de que: "con arreglo a la Ley de 24 de julio de 1918, las marismas otorgadas sufrían una degradación demanial, una vez cumplido satisfactoriamente el fin concesional, pasando a integrarse en la propiedad privada del antiguo concesionario". Y, precisa-

mente, todas las marismas objeto de la citada Rs. son posteriores y están concedidas con expresa referencia a la Ley Cambó, de 1918.

IV. Las objeciones de la reserva de la propiedad y del destino de los terrenos desecados

Una de las objeciones más frecuentes y aparentes en esta materia es la que se deriva de la expresión “salvo el derecho de propiedad”, que se utiliza en estas concesiones y de la que MARTÍNEZ-CARDÓS hace argumento decisivo en sus conclusiones. A su juicio, esta expresión indica que subsiste el derecho de propiedad en el Estado.

En tal interpretación olvida dicho Autor que, en numerosas ocasiones, los títulos de la concesión suelen decir: “salvo el derecho de propiedad *particular*”. En realidad, el sentido de la expresión que nos ocupa no puede estar más claro en la jurisprudencia y en la doctrina que, con mayor profundidad, ha investigado estos temas. Como ya he dejado escrito anteriormente, estas desecaciones afectan normalmente a otros terrenos contiguos que son de la plena propiedad de quien realiza la obra pero, en ocasiones, son de otros propietarios. La citada expresión sólo puede significar que la concesión no puede perjudicar al derecho de otros propietarios, sin perjuicio de que, como reiteradamente se ha dicho, en el supuesto de marismas insalubres, si los mismos no desean participar en la desecación, pueden ser privados de su propiedad privada en una figura que podríamos calificar de “expropiación excepcional”.

Para no alargarnos excesivamente, sólo cito la Sentencia de 10 de noviembre de 1976, cuando nos dice: “no siendo óbice a ello (la adquisición de propiedad) la cláusula, en su día establecida, “salvo el derecho de propiedad”, puesto que la misma sólo puede referirse a otros posibles derechos de propiedad que pudieran ostentar sobre tales terrenos otros

particulares, como lo denotan las concesiones que, previendo todo género de transmisiones de ellas, también especificaban y plasmaban esa cláusula de estilo”.

La otra objeción se deriva del destino prefijado que suelen señalar tales concesiones. Se pretende extraer de ello la conclusión de que el concesionario perpetuamente tiene un mero derecho de utilización en orden a tal destino, radicando el dominio en el Estado concedente. Respecto a tal objeción, nos dice la misma Sentencia: “el cambio de destino de los antiguos terrenos de la marisma, pasando del carácter rústico de los mismos al urbano, con todas las características y consecuencias de tal cambio o mutación, pudiendo construirse, si tal construcción es autorizada y permitida, por la Planificación Urbanística de la zona de su ubicación, concediendo a dicha Entidad, como propietaria de dichos terrenos, la pertinente autorización para enajenar y parcelar, conjunta o separadamente los mismos”.

182

A mi entender, la cuestión no puede ser más clara, coincidiendo totalmente con la mantenida en tal Sentencia. La determinación del destino agrícola de los terrenos desecados en el caso de la Rs., como en otros muchos, en modo alguno es argumento para defender un dominio eminente del Estado que mantiene en condición perpetua de concesionario a quien realizó la desecación. Dicho destino lo único que quiere significar es que las obras de desecación tienen muy distinta complejidad y alcance según cuál sea el destino de los terrenos desecados; no es lo mismo construir un Alto Horno o un Estadio Deportivo sobre los terrenos desecados, con sus tribunas y gradas que precisarán una cimentación y desecación de mayor consistencia y firmeza, que en el supuesto de que su destino sea la agricultura. *El primer destino es el módulo para calificar lo adecuado de las obras realizadas para conseguir una desecación que permita su utilización a tal fin.* Una vez realizada, el adquirente de la propiedad de las mismas queda sujeto a la Planificación Urbanística y a toda la normativa vigente en cada momento

histórico, como cualquier otro propietario, por lo que, en principio, podrá, dentro de la Ley, dar el destino que desee a los bienes, pero si los mismos no están arquitectónica o estructuralmente desecados con una estructura suficiente para garantizar el nuevo destino, no podrá alterarse el primitivo salvo que, con la oportuna Autorización Administrativa, como ocurre en toda obra que afecta al mar litoral, zona marítimo-terrestre o cauce de ría, se realicen los refuerzos y nuevas obras que permitan su utilización en el nuevo destino proyectado.

El destino inicialmente determinado sirve para que en el Acta de Aprobación de las Obras se admita o no la desecación como adecuadamente realizada. Los destinos futuros, dentro del marco legal vigente, serán o no admisibles según el terreno cumpla o no la normativa y las condiciones materiales que sean precisas para el mismo. Si el nuevo destino exige nuevos refuerzos u obras, como éstas afectarán a la costa, será imprescindible una Autorización Administrativa para realizarlas, pero no por el dominio eminente del Estado sobre los terrenos desecados, sino por afectar al dominio público, Autorización idéntica a la que tiene que solicitar cualquier propietario privado de terrenos contiguos a la zona marítimo-terrestre o ría.

183

V. La concesión de marismas desde el punto de vista del Estado: La caducidad

Si retornamos al inicio de estas notas, el sistema jurídico de adquisición de propiedad de las marismas desecadas, además de ser el único que da solución adecuada al problema, es el más conveniente desde el punto de vista del propio Estado concedente.

Que la transmisión de propiedad a los particulares es, desde su punto de vista, el único sistema que en lógica-jurídica da una solución práctica al problema es algo tan

evidente, que pienso no merece la pena extenderse en ello. Cosa distinta, realmente lamentable, es que, en ocasiones, porcentualmente muy pocas en relación al número inmenso de marismas desecadas, se ha otorgado la concesión de desecación en relación con marismas que no debieron concederse, lo que no invalida el sistema seguido y mucho menos autoriza a cambiar el sentido histórico de una situación jurídica sobre la que se han creado auténticos derechos de terceros. Piénsese en los propietarios de edificaciones o en los numerosos e importantes ensanches de poblaciones (anteriores a la Ley Cambó); en las emisiones de obligaciones que están garantizadas por inmuebles e instalaciones industriales asentadas, por lo menos parcialmente en terrenos de desecaciones de marismas; todas las industrias creadas, total o parcialmente, sobre terrenos de esta naturaleza, etc. La prudencia que las S.T.S., las Rs. de la D.G.R. y N., así como los más importantes Dictámenes del Consejo de Estado han demostrado en esta materia, no ha sido ajena en modo alguno a la protección de los derechos surgidos al amparo de concepciones jurídicas de otras épocas históricas.

Pero es que el sistema seguido es el más adecuado para el propio Estado concedente. De un lado, se han cumplido los fines históricos que perseguía el legislador, fundamentalmente aumentar el terreno agrícola, dotar de suelo industrial a empresas que iban surgiendo en nuestro incipiente desarrollo económico, y erradicar enfermedades, como en el caso del paludismo y otras enfermedades recurrentes que todavía son la mayor plaga en numerosos países del mundo. De otro, los terrenos desecados están y han estado siempre sujetos en las Contribuciones Territoriales Rústica o Urbana, como actualmente en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, a tributación como bienes en plena propiedad, con el mayor ingreso que ello supone, si tenemos en cuenta la duración perpetua que tendría la hipotética concesión, de sostenerse tesis distinta de la que aquí se mantiene.

Pero, sin duda, la más grave consecuencia que se seguiría

de mantener el carácter concesional en estos casos, radicaría en el hecho de que el titular de la concesión podría renunciar en cualquier momento a ella, desentendiéndose de sus obligaciones, dejar que se derruyan las obras, muelles o diques realizados, sin que el Estado tuviera en tales casos más posibilidad que la de admitir la caducidad, con la consiguiente reversión de los terrenos, siendo así que ésta, en la mayor parte de los casos, no le puede representar, en tales circunstancias, más que obligaciones y cargas, sobre todo en los supuestos en que la porción de marisma desecada esté conectada a otras de distintos titulares, lo que conllevaría gastos sin límite de reposición de tales bienes, por exigencias del derecho de los demás concesionarios. Si, por el contrario, entendemos que la propiedad plena radica en quien ha realizado la desecación, el Estado, en su labor de policía administrativa, impondrá al mismo la conservación y mantenimiento adecuado de las obras de desecación o las hará a su costa.

185

Por ello, lo que no es de recibo, jurídicamente hablando, es que, en aras de algunos supuestos en que interesa recuperar ciertas porciones de marismas, se acuda al mecanismo de la caducidad, olvidando que, de generalizarse tal situación jurídica concesional a todos los supuestos, el Estado, además de perjudicar retroactivamente derechos adquiridos por terceros en base a una legislación histórica, vendría a encontrarse en innumerables casos en la circunstancia de verse obligado a la recuperación y reposición de marismas desecadas en las que sus titulares no tengan ya especial interés o éste sea inferior al costo de las obras que se precisen.

VI. Conclusiones

De acuerdo con lo expuesto, se pueden sentar, como conclusiones, las siguientes:

Primera. En el Derecho Español, como en todos los Ordenamientos Jurídicos, han de existir determinados procedimientos en virtud de los cuales los bienes de dominio público hacen tránsito hacia la propiedad privada. Así ha existido en todo nuestro Derecho Histórico (Título XXIII de la Novísima Recopilación, art. 30 de la Ley Hipotecaria, Ley de Mostrencos, etc.). Igual ocurre en el Derecho Comparado, aunque varíen los sistemas en orden a tal fin: No es lo mismo el sistema francés o el sistema de las grandes desecaciones holandesas.

Segunda. No existe razón jurídica alguna para que el resultado final sea distinto en los terrenos ganados al mar y en los procedentes de lagos, lagunas o pantanos, de una parte, y las marismas o terrenos desecados en la ribera del mar, de otra. Por uno u otro sistema, todos ellos han de conducir a la adquisición de propiedad.

186

Esta identidad se reconoce, por ejemplo, en la Ley de Costas de 28 de julio de 1988, cuya Disposición Transitoria Segunda-2, dice: "Los terrenos ganados o a ganar en propiedad al mar y los desecados en su ribera, en virtud de cláusula concesional establecida con anterioridad a la promulgación de esta Ley, serán mantenidos en tal situación jurídica, si bien sus playas y zonas marítimo-terrestres continuarán siendo de dominio público en todo caso".

Tercera. En la desecación de marismas, desde la Ley de Puertos de 1880, se siguió, por razones de la mentalidad jurídica imperante, el mecanismo meramente instrumental de la concesión a perpetuidad.

Tal concesión a perpetuidad, según la doctrina, la jurisprudencia del T.S., las Rs. de la D.G.R. y N., el T.E.A.C. y los Dictámenes más numerosos del Consejo de Estado, implica una degradación o desafectación tácita o convencional, de tal modo que una vez realizadas las obras de desecación y otorgada el Acta de Aprobación, el inicial

concesionario adquiere el pleno dominio de los bienes desecados.

Cuarta. La separación entre marismas insalubres y aquellas que no lo son no radica en la transmisión de propiedad que ambas conllevan de modo idéntico. Tal separación, por remisión a la Ley de Aguas, no es inútil, sino que, por el contrario, tiene gran interés por cuanto que la desecación de marismas insalubres es obligatoria para el propietario de terrenos afectados; si el mismo no la realiza puede extenderse la concesión incluso a propiedades privadas ajenas; y, finalmente, tal concesión es procedente por el solo hecho de que, en los terrenos, haya emanaciones insalubres, aunque no exista encharcamiento. Estas tres particularidades son las que no tienen aplicación a las marismas no insalubres.

Quinta. Desde la Ley de Puertos de 1880, la desecación de marismas fue fomentada por el Estado siendo, a mi juicio, indiscutible la transmisión de la plena propiedad al inicial concesionario. Unicamente podrían plantear algún problema de interpretación las concesiones anteriores a dicha Ley, en las que habrá que estudiarse el título de cada concesión.

En el supuesto del Recurso, no sólo se trata de concesiones posteriores a la Ley de Puertos de 1880, sino incluso posteriores a la Ley Cambó de 1918 y otorgadas con arreglo a la misma, siendo de destacar que ni siquiera quienes mantienen las posiciones más restrictivas, niegan la transmisión de la propiedad en las concesiones otorgadas conforme a dicha Ley (Dictamen del Consejo de Estado de 26 de julio de 1990).

Sexta. Que no es obstáculo para la tesis de la transmisión de propiedad la expresión "salvo el derecho de propiedad", que según numerosas R.O. de concesión y la constante jurisprudencia del T.S. sólo puede referirse a otras

propiedades particulares que no pueden quedar afectadas por la concesión, excepto en el caso de marismas insalubres.

Igualmente, la fijación de un destino predeterminado a los terrenos desecados no supone un derecho limitado del titular de los mismos. El destino sirve como módulo para calificar la adecuada realización de las obras, lo que no impide que el adquirente pueda dedicar tales terrenos a otras finalidades, siempre que éstas se ajusten a la legislación vigente, a la planificación urbanística y que las condiciones físicas del terreno desecado permitan el nuevo destino.

Séptima. Que el sistema de la transmisión de propiedad es el único viable desde el punto de vista de los particulares y, además, el más conveniente para el propio Estado: Cumplió los fines previstos por el mismo; sometió los bienes en las Contribuciones Territoriales Rústica y Urbana, así como en el actual Impuesto sobre Bienes Inmuebles, a tributación como bienes en plena propiedad; y, sobre todo, esta configuración jurídica impide que el propietario abandone los terrenos desecados, dejando a cargo del Estado, como podría hacerlo si fuera mero concesionario, las reparaciones y obras precisas para su mantenimiento, generalmente costosas y que vendrían exigidas por los demás propietarios o personas afectadas.

Octava. Que en las marismas objeto de la Rs. no solamente estaban concedidas con posterioridad a la Ley Cambó, lo que era suficiente para calificar a su titular como pleno propietario, sino que, además, en el propio Registro se calificaba tales fincas como "RÚSTICAS" y tanto las mismas, como las edificaciones auxiliares construidas sobre ellas, desde el momento del Acta de Aprobación de las Obras, han estado tributando en Contribución Rústica y Urbana, al igual que en la actualidad en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles, como bienes en plena propiedad.

Novena. Que la escritura otorgada no tenía otra finalidad que hacer coincidir el Registro de la Propiedad con la realidad jurídica extra-registral, consignando exactamente la naturaleza, extensión y condiciones del derecho inscrito (art. 9.º-2 L.H.), de tal manera que el asiento registral refleje la desafectación, que es un hecho fáctico producido fuera del Registro y que resulta de documentos anteriormente inscritos en él (R.O. de Concesión y Acta de Aprobación de Obras).

No se altera, por lo tanto, unilateralmente como pretende MARTÍNEZ-CARDÓS, la naturaleza del derecho inscrito, ni es precisa intervención alguna del Estado (arts. 39 y 40 L.H.).

En cuanto a la naturaleza del instrumento notarial, aun cuando MARTÍNEZ-CARDÓS habla de Acta y lo cierto es que también admite esta posibilidad alguna de las Rs. de la D.G.R. y N., a mi juicio, como en el supuesto del Recurso, lo más correcto es el otorgamiento de escritura pública unilateral, ya que para tal rectificación se precisa un título nuevo y el consentimiento del interesado (arts. 217 y 219 L.H.). Esta declaración de voluntad, según el Derecho Notarial, debe ser objeto de escritura pública.

189

Décima. Sin perjuicio del pleno dominio del inicial concesionario luego convertido en propietario, no puede perderse de vista lo que afirma la Rs. en su declaración final: “sin perjuicio del sometimiento por parte del titular registral a la legalidad vigente contenida en la Ley de Costas de 28 de junio de 1988”.

Es decir, que tal propiedad de los terrenos desecados, está sujeta a toda la normativa general, al planeamiento urbanístico y, además, por su particular ubicación, tiene una primordial y directa aplicación la Ley de Costas.

Undécima. Finalmente, puede asegurarse que la legislación histórica sobre desecación de marismas, por la única

mecánica posible de la atribución de la plena propiedad, ha tenido efectos básicamente positivos: Aumentó el terreno agrícola; dotó de suelo industrial prácticamente a todo el desarrollo empresarial del último siglo y puso fin al paludismo y otras enfermedades recurrentes, auténtica plaga en ciertas zonas de España.

190 Es cierto que, en algunos supuestos y por la mentalidad vigente en tal momento histórico, se amplió el sistema de desecación a marismas que no debieron concederse. Para estos casos de auténtico error histórico, la mecánica jurídica a aplicar no puede ser la de la caducidad de la concesión, ya que ello implica privación de propiedad y ésta no cabe más que con sujeción a lo previsto en el art. 33-3 de la Constitución Española; en una palabra, por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización. Bien es cierto que, a tal efecto expropiatorio, se podrá hacer uso de la declaración de utilidad pública que expresamente proclama la Disposición Adicional Tercera-1 de la Ley de Costas, al disponer: "se declaran de utilidad pública, a efectos de expropiación, los terrenos de propiedad particular a que se refiere la Disposición Transitoria Segunda".

En los supuestos en que queden derruidas o se abandonen las obras o muelles de desecación (supuesto del Dictamen del Consejo de Estado de 26 de julio de 1990), el procedimiento a seguir no puede ser el de la declaración de caducidad, por la misma norma constitucional indicada, sino el de la adquisición automática del carácter de dominio público por nueva invasión por el mar o ría, tal como prevé el art. 6-2 de la Ley de Costas.

En resumen, a mi entender, la Rs. de 13 de junio de 1992 se enmarca dentro de la corriente jurídica más consolidada, tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia, sobre la naturaleza jurídica de las concesiones a perpetuidad por desecación de marismas, por lo que el juicio sobre la misma tiene que ser, necesariamente, positivo, tanto más

cuanto que, para el supuesto objeto de la Rs. (desecciones posteriores a la Ley Cambó), la plena propiedad de la titular está admitida incluso por quienes, ocasionalmente y para ciertos casos, han sostenido la tesis concesional.

APENDICE

Con el fin de ilustrar lo que fue en España el movimiento de desecación de marismas y terrenos ganados al mar desde finales del siglo XIX, en donde no hay ría o porción de costa que, en una cierta medida, no quede afectado por él, transcribo a continuación unos párrafos de la obra *El Puerto de Bilbao como reflejo del desarrollo industrial de Vizcaya. 1857-1913*, de la Historiadora Natividad de la Puerta Rueda, editada bajo los auspicios del Puerto de Bilbao (febrero 1994), antes Junta de Obras del Puerto de Bilbao (JOPB). Como se ve por los mismos, sólo iniciarse por Evaristo de Churrua la construcción del puerto exterior de Bilbao y en previsión de tal obra, se desató una auténtica carrera tras las concesiones de desecación de marismas y/o terrenos ganados al mar, en las que puede verse la finalidad de las mismas y el convencimiento de los solicitantes respecto a la adquisición de propiedad.

“Desde que se habían iniciado las obras del puerto exterior llovieron las solicitudes de concesiones para ganar terrenos a la mar bajo el pretexto de saneamiento de marismas, tanto en la costa de Santurce y Portugalete como en la de Las Arenas.

Diego Mazas fue el primero de una larga serie de nombres que solicitaron la concesión de terrenos ganados a la mar en la costa comprendida entre Portugalete y Santurce. En marzo de 1882, pedía se le admitiera desecar el arrecife de Los Palos con objeto de dedicar a edificación los terrenos que se robasen a la mar. La JOPB se opuso a ello.

El 10 de agosto de 1888, mes y medio después de aprobado el proyecto del rompeolas, Luis Meseguer y Pagan presentó la solicitud para construir una gran dársena entre la costa occidental del puerto y un dique que arrancaba del mismo rompeolas para facilitar la carga de minerales de las minas que se encontraban lejos de los cargaderos. La JOPB informó desfavorablemente.

Tomás M.^a Ariño, concesionario del ferrocarril de Portugalete a Las Cuartas, pidió en 1891 el aprovechamiento de parte de terrenos ganados a la mar desde la playa de Portugalete hasta la Punta de La Llana, a lo que se opuso la JOPB.

El 20 de mayo de 1891, Manuel Zalduondo presentó una instancia pidiendo al Ministerio de Fomento autorización para sanear en su totalidad la playa de Las Arenas, situada a la derecha de la desembocadura de la ría, y destinarla a edificación. La JOPB se opuso.

192

El 3 de octubre de 1891, Francisco Martínez Rodas elevó una instancia al Ministerio de Fomento solicitando autorización para desecar la marisma comprendida entre la playa de Portugalete, el muelle de Churruca, a la altura de la torre del piloto y terrenos de propiedad de los herederos de Martínez Rivas y terrenos propios, 17.500 m² en total para destinarlos a edificación, solicitaba, claro está, la propiedad perpetua de los terrenos saneados. Pretendía para ello que no se hiciera subasta pública ni se diera publicidad a la solicitud, a pesar de que intentaba que el concesionario del balneario de Portugalete, Fermín Arnedo, perdiera la concesión que tenía desde el 25 de febrero de 1875, pues consideraba que su obra era más importante. La JOPB se opuso a la concesión.

El 1 de julio de 1892, José Vicente Velar solicitó permiso para adquirir una marisma en Portugalete destinada a edificación, situada frente al balneario de Portugalete. El informe de la JOPB fue desfavorable.

El 21 de mayo de 1894, Isidoro Delclaux solicitó permiso

para el aprovechamiento de una marisma en la costa O. del Abra, en el lugar conocido por "Lo Liso", jurisdicción de Santurce, con destino a edificación. El 22 de junio de 1894 Félix Iturriaga presentó otra solicitud sobre el mismo terreno y para idéntico fin. A la solicitud de Delclaux no se opuso nadie, pero a la de Iturriaga se presentaron dos reclamaciones, una por parte de Delclaux y otra por varios propietarios de terrenos colindantes con las marismas, mientras que la cofradía de mareantes de Santurce apoyaba la solicitud de Iturriaga. A ambas pretensiones se opuso la JOPB.

Ramón de la Sota, como gerente de Euskalduna, presentó el 30 de mayo de 1901 un proyecto para construir en las marismas de Sestao, en terrenos de su propiedad, un establecimiento fabril de primer orden con altos hornos, talleres y astilleros para construir embarcaciones de más de 110 metros de quilla. La JOPB informó que tenía proyectado construir unos muelles allí y que Sota debía respetar el área destinada a servicio público y a vías de ferrocarril.

193

Carlos Petrement y Maurin, el 1 de julio de 1901, estando próximas a terminar las obras del rompeolas, solicitó permiso para desecar la marisma rocosa formada en la costa Oeste del Abra, de fácil saneamiento y buena urbanización, y aprovechando todo el espacio comprendido entre la costa de Portugalete y Santurce y el muelle de hierro, urbanizarla y construir una extensa población que uniera ambas villas, a lo que se opuso la JOPB.

Pantaleón Menchaca y Manene y varios socios, el 1 de agosto de 1901, presentaron un proyecto de saneamiento de marismas en terrenos ganados a la costa Oeste, entre Portugalete y Santurce, para dedicarlo a usos industriales. La JOPB informó desfavorablemente.

La compañía concesionaria del ferrocarril Bilbao-Portugalete, el 28 de septiembre de 1901 presentó el proyecto de prolongación del ferrocarril hasta Santurce para lo que necesitaban pasar las vías en el lugar donde estaba instalado el

balneario de Portugalete. El Ayuntamiento de Portugalete, en el proyecto anunciado el 25 de noviembre de 1901, solicitaba para el ensanche de la población, el terreno comprendido entre la costa, el muelle antiguo de Portugalete y el balneario de Fermín Arnedo.

Si se concedieran estas solicitudes como saneamiento de marismas, la propiedad de los terrenos pasaba a ser a perpetuidad del solicitante, y se adjudicaban sin pública licitación en base al art. 55 de la Ley de Puertos de 1880, por lo que la JOPB se había opuesto a todas ellas para evitar encontrarse, una vez terminado el puerto exterior, con que todo su posible espacio para desarrollo de los servicios portuarios estaba en manos de particulares”.

Piénsese que todo ello está referido a un espacio de ría o costa del orden de 3 Km. de longitud.

USUFRUCTO Y SOCIEDAD DE GANANCIALES

(Res. 25 febrero 1993)

195

RESOLUCION de 25 de febrero de 1993, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Badalona don Manuel Pérez Martínez, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad número 2 de dicha ciudad, a inscribir una escritura de compraventa, pendiente de resolución ante este Centro directivo en virtud de apelación del recurrente (BOE 26 marzo 1993).

“En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Badalona don Manuel Pérez Martínez, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad número 2 de dicha ciudad, a inscribir una escritura de compraventa, pendiente de resolución ante este Centro directivo en virtud de apelación del recurrente.

CONTENIDO DOCUMENTAL

El día 3 de octubre de 1989, mediante escritura pública otorgada ante don Manuel Pérez Martínez Notario de Badalona, don Francisco Pereira Díaz y don Antonio Pereira Garrido, venden a don Juan Jesús Elorz Lorente y doña Carmen Fuentes Fortes, el piso sexto, puerta segunda de la casa cinco, bloque siete del polígono comprendido en el plan parcial de ordenación de Llefià, de Badalona, el cual pertenece a don Francisco Pereira la nuda propiedad y el usufructo vitalicio lo compraron en gananciales don Antonio Pereira y su esposa, doña Concepción Díaz Fernández, que falleció el día 9 de febrero de 1989.

CALIFICACION

Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad número 2 de los de Badalona, fue calificada con la siguiente nota: «Registro de la Propiedad número 2 de Badalona.—Suspendida la inscripción del precedente documento por el defecto subsanable de que siendo el usufructo de carácter ganancial, su enajenación exige que en la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta por fallecimiento de la esposa, se adjudique el usufructo al esposo enajenante, o que presten su consentimiento a la transmisión los herederos de la esposa. Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de fecha 31 de enero de 1979. No siendo posible inscribir la venta sólo en cuanto a la nuda propiedad, por no estar determinado el precio que corresponde a la misma, en la escritura. Se extiende la presente nota, tras haber hecho manifestación verbal del defecto para la subsanación, en su caso, al presentante.—Badalona, 23 de diciembre de 1991.—El Registrador, firma ilegible».

ARGUMENTACION DEL NOTARIO

196

El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que ciertamente don Antonio Pereira y doña Concepción Díaz adquirieron el usufructo vitalicio del piso anteriormente citado a costa de los gananciales, pero no para su sociedad conyugal, sino para ellos vitaliciamente. Que este tipo de usufructo está previsto y permitido en los artículos 469 y 521 del Código Civil, fijando su alcance hasta el fallecimiento del último adquirente, lo que lo hace sucesivo y vitalicio, sin excepción para el caso de que los adquirentes sean cónyuges sometidos al régimen de gananciales. Que, por tanto, está fuera de toda duda que el supérstite tenía la titularidad plena del usufructo que válidamente enajenó por haberlo consolidado al fallecimiento de su cónyuge. Que no procede liquidación de la sociedad conyugal al fallecimiento del primero, por cuanto ya en el título de adquisición del usufructo se preestableció la continuación en el supérstite al establecerlo en favor de ambos vitaliciamente. Que «ex negotio» el usufructo acrece al supérstite sin influencia ni dependencia extraña. Que no se puede aplicar al caso que se estudia la Resolución de 31 de enero de 1979, pues los supuestos son en esencia distintos. Que la enajenación realizada por el señor Pereira Garrido del usufructo que ostentaba él sólo al fallecimiento de su esposa, no precisaba para su validez liquidación alguna de sociedad de gananciales ni consentimiento de nadie. Que es aplicable al caso la Resolución de 19 de julio de 1975. Que, en definitiva, todo se reduce a resolver un problema de titularidad, y en el supuesto que se contempla, está claro, que el usufructo lo ostenta el enajenante.

La Registradora, en defensa de su nota, informó: I.—Que del examen del texto de la inscripción resulta que don Antonio Pereira y doña Concepción Díaz compraron, constante el matrimonio el usufructo vitalicio de la finca, por título de compraventa, siendo el derecho adquirido el clásico tipo de usufructo, normal del tráfico jurídico, fruto de la división de dominio realizada por el vendedor. La venta se realiza sin condiciones especiales, salvo las derivadas del aplazamiento del precio. Se producirá la consolidación con la nuda propiedad transcurrido el plazo de la vida más larga. Los compradores son dos cónyuges casados en gananciales, siendo la titularidad ganancial, por aplicación de los artículos 1.401 y 1.407 del Código Civil en la redacción correspondiente a la fecha de adquisición (29 de diciembre de 1972). No existe ningún pacto, ni en el transmitente ni entre los cónyuges, sobre la sucesión en el usufructo, ni ninguna previsión de muerte, ni voluntad «mortis causa» que pueda suponer título en un futuro respecto al usufructo. No hay pacto sucesorio en la inscripción, ni puede confundirse con la compraventa, ya que son distintas las personas, los consentimientos y la causa. II.—Que en cuanto al asiento registral y el principio de tracto sucesivo, del artículo 18 de la Ley Hipotecaria resulta que los dos elementos de la calificación son los asientos registrales donde constan los títulos inscritos y los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción. Que el principio de tracto sucesivo no es sólo de orden registral, sino de orden civil, y de orden traslativo. En virtud de dicho principio, el Registrador tiene que comprobar la cadena traslativa para examinar si la titularidad inscrita sirve de título a la del documento que se presente, caso de no ser así se deniega la inscripción. El principio de tracto sucesivo constituye un elemento definitivo del sistema registral español, y es la otra cara del principio de legitimación que no podría existir sin aquél. Que en el supuesto objeto de la nota, sobre la base de la inscripción lo que importa al tracto sucesivo, cualquiera que sea el título que se presente, es que sea otorgado por ambos esposos, si se ha producido en vida de ambos, o en caso de fallecimiento, la previa inscripción del título «mortis causa» y, en su caso, la liquidación de la sociedad de gananciales. Que el Registrador al examinar la inscripción, el certificado de fallecimiento y la venta, observa que no hay intervención de los sucesores del difunto. III.—Que en lo referente al principio de legitimación registral y la presunción de exactitud de los asientos registrales, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 1.º, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria, cualquiera que sean los términos de la escritura que el Notario pretenda, los términos exactos sobre los que se produce la calificación y la nota del Registrador son los de la inscripción practicada en los libros del Registro. IV.—Que de la escritura de compraventa objeto de la presentación y nota de calificación, no resulta referencia alguna, ni siquiera en cuanto a las declaraciones de la propias partes a la existencia de un usufructo sucesivo. Que aplicando el artículo 1.218 del Código Civil, e incluso en el orden extrarregistral, puede observarse que no hay declaración ni intención

alguna por el viudo de suceder en el usufructo de su esposa con exclusión de los herederos. V.— Que del examen de la nota de calificación se aprecia que la misma tiene tres partes. La primera se refiere al usufructo y remite a la Resolución de 31 de enero de 1979, donde consta que son aplicables al caso: Artículos 20 de la Ley Hipotecaria; 1.392, 1.401, 1.407 y 1.426 del Código Civil; Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1945 y 4 de enero y 8 de marzo de 1965, y Resoluciones de 30 de abril de 1908, 22 de junio de 1910, 9 de enero de 1916, 9 de enero y 15 de febrero de 1915 y 8 de marzo de 1965. La segunda parte hace referencia a la nuda propiedad. Y la tercera parte hace referencia al hecho de haberse realizado las manifestaciones verbales detalladas al presentante. Que comparando dicha nota con la inscripción puede observarse lo siguiente: 1.— Afecta al tracto sucesivo, a terceros titulares distintos de los contratantes y la nota se dirige a defender los titulares derivados de la inscripción y, concretamente, a los herederos de la difunta; 2.— La inscripción sin respetar los derechos de dichos herederos sería nula y así se ha declarado por el Tribunal Supremo, en las sentencias citadas y generaría responsabilidad en el Registrador frente a ellos; 3.— El conflicto, en el caso de que estos herederos pretendieran la nulidad del asiento, si se inscribe, se produciría entre ellos y los contratantes de la escritura que autorizó el Notario, e implicaría, si hay posteriores inscripciones, la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, despojando a los herederos de su derecho, salvo que en la inscripción resulte la causa de nulidad, y 4.— Que en el orden civil y en el orden registral, por lo tanto, estos supuestos sólo tienen una posibilidad beneficiosa para los interesados: completan el tracto; de otro modo, queda siempre pendiente la eventual acción de nulidad en la cadena traslativa. VI.— Que como fundamentos de derecho hay que tener en cuenta que se produce un supuesto de hecho en el que hay que tener en cuenta dos complejos normativos; la sucesión del fallecido y la disolución de la sociedad de gananciales. En cuanto al primero implica la necesidad de calificar el título de sucesión (artículo 14 de la Ley Hipotecaria). De dicho título resultará los herederos que, como continuadores de la personalidad del causante, le sustituyen en su titularidad ganancial para liquidarla con el otro esposo. A tal efecto, hay que tener en cuenta los artículos 657, 658, 659, 661 y 1.392 y siguientes del Código Civil. VII.— Que del examen del escrito del Notario recurrente se observa que no se corresponde ni con los pronunciamientos registrales, ni con la nota de calificación, conforme lo establecido en el artículo 117 del Reglamento Hipotecario. Que, en el fondo el recurso no es sino la negación de los derechos de los herederos de la fallecida sin apoyo alguno, frente a lo que se oponen los artículos 1.º, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria y toda la normativa civil. Que en el caso de la compraventa objeto de la inscripción no hay relación alguna con los artículos 469 y 521 del Código Civil, ni se conoce que un vendedor en la transmisión a título oneroso establezca pactos sucesorios. Que en el año 1972, fecha de la compraventa, en cuya época regía la prohibición de donaciones entre esposos en gananciales, de haber querido éstos constituir entre ellos el pacto de sobrevivencia lo

hubieran hecho, y se hubiera hecho constar en la inscripción, máxime en Cataluña, donde las compras por los esposos con pacto de sobrevivencia están reguladas.

AUTO PRESIDENCIAL

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña confirmó la nota de la Registradora fundándose en que el usufructo adquirido por los esposos es de carácter ganancial, según los artículos 1.347 y 1.361 del Código Civil y que se está ante un usufructo de carácter vitalicio comprado en régimen ganancial y no ante otro distinto que tiene incorporado un pacto sucesorio.

REPLICA

El Notario recurrente apeló el auto presidencial manteniendo las alegaciones que expuso en el escrito de interposición del recurso.

DOCTRINA DE LA DIRECCION

Vistos los artículos 469, 480, 498, 513-1.º y 3.º, 521 y 1.289 del Código Civil y además, los artículos 1.334, 1.401-1.º, 1.403, 1.458 y 1.541 del Código Civil en la redacción vigente en 1972 y las Resoluciones de 10 de julio de 1975, 31 de enero de 1979, 15 de abril de 1980 y 21 de enero de 1991.

1. Consta en el Registro que en virtud de compra efectuada en 1972 durante la vigencia de la sociedad de gananciales, ambos cónyuges han adquirido el usufructo vitalicio sobre determinada finca (a la vez, un hijo adquirió la nuda propiedad) y se cuestiona si, muerto uno de los cónyuges, puede el otro disponer libremente del usufructo antes de que en la liquidación de la sociedad de gananciales le haya sido adjudicado, o bien si para disponer del usufructo necesita el cónyuge sobreviviente el consentimiento de los herederos del cónyuge fallecido.

2. La solución de esta cuestión depende de la calificación de bien privativo o ganancial que haya de darse al derecho de usufructo comprado en 1972 durante la vigencia de la sociedad de gananciales (se presume que a costa del dinero ganancial).

3. La cuestión planteada no ha de resolverse por las normas hoy vigentes, sino conforme a las que estaban en vigor en España en 1972, tiempo en el que se hizo la adquisición del usufructo. De acuerdo con la doctrina sentada por la Resolución de 31 de enero de 1979 hay que concluir que un derecho de usufructo adquirido en 1972 conjuntamente por ambos cónyuges a costa del caudal común tiene, conforme al artículo 1.401-1.º Código Civil en la redacción entonces vigente, el carácter de bien ganancial, sin que importe, según este mismo precepto, en favor de cuál de los cónyuges sea hecha la

adquisición y, por tanto, ya se haya hecho para la comunidad, ya para uno solo de los esposos o ya, como aquí ocurre, en favor de los dos y a partir de determinado evento la muerte de uno de ellos en favor del cónyuge que sobreviva, y sin que a la sazón hubiera sido suficiente ni siquiera la voluntad expresa de ambos cónyuges de substraer el bien a la calificación de ganancial. Hay que concluir, pues, que mientras por vía de liquidación no haya adjudicación del usufructo de gananciales en favor del cónyuge sobreviviente, éste no podrá disponer de tal derecho sin contar con el consentimiento de los herederos del cónyuge premuerto.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso.”

COMENTARIO

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 25 de febrero de 1993 (BOE n.º 73 de 26 de marzo de 1993), se plantea el siguiente supuesto:

- 200 1.º Dos cónyuges adquieren intervivos (compraventa) el usufructo vitalicio de una finca.
2.º Posteriormente fallece uno de los cónyuges.
3.º El cónyuge sobreviviente y el nudo propietario venden la finca a un tercero.

El Registrador de la Propiedad deniega la inscripción por entender que ese usufructo es ganancial y que, por lo tanto, debe liquidarse previamente la sociedad de gananciales.

La Dirección General confirma la nota denegatoria, haciendo suya la argumentación del Registrador.

Sostiene el Centro Directivo, en el fundamento de derecho 2.º, que la solución de la cuestión depende de la calificación de bien privativo o ganancial que haya de darse al derecho de usufructo comprado y, añade en el fundamento 3.º, cómo ese derecho es ganancial, mientras no haya por vía de liquidación adjudicación del usufructo en favor del cónyuge sobreviviente, éste no puede disponer de tal derecho sin el consentimiento de los herederos del cónyuge premuerto.

Hasta aquí la solución de la Dirección General, aparente-

mente muy respetuosa con los distintos intereses en juego, pero, a mi parecer, muy poco con la naturaleza y características fundamentales que el usufructo tiene en nuestro Derecho.

En primer lugar, me parece perfectamente indiferente que ese usufructo sea privativo o ganancial; tanto en uno como en otro caso (incluso más si es ganancial como veremos) lo esencial es que, comprado el usufructo por los *dos cónyuges*, se forma una comunidad en ese derecho (cousufructo).

Fallecido uno de los esposos-comuneros se plantea el problema del destino que deba darse a esa cotitularidad, afectada por una causa que provoca su extinción (513.1.º C.c.).

Ese problema admite una triple solución: a) Consolidación en el nudo propietario de la parte del usufructo extinguido; b) Transmisión de la cuota a los herederos del fallecido; y c) Subsistencia íntegra del usufructo en el cónyuge sobreviviente.

201

La primera solución no puede admitirse por contraria al tenor literal del artículo 521 del Código civil que, al proclamar la subsistencia del usufructo hasta el fallecimiento del último de los cousufructuarios, impide la consolidación en el nudo propietario.

La segunda postura es la que sostiene la Dirección General. La necesidad de someter el cousufructo vacante a la liquidación de los gananciales implica una posible adjudicación a los herederos del cónyuge premuerto. Esta postura me parece rechazable por ser contraria al carácter personal que el usufructo tiene en nuestro Derecho. Ciertamente el carácter personal del usufructo en el Código civil está atenuado (art. 480), pero no ha desaparecido (arts. 480 *in fine*; 498 y 513.1.º), y ese carácter personal produce ciertas consecuencias; entre otras, la antes expuesta.

La tercera posición es la que en general defiende la doctrina española (CASTÁN, DIEZ PICAZO, GULLÓN, PUIG BRUTAU, COSSÍO, D'ORS, BONET CORREA, COMAS, etc.), por ser la única que armoniza las notas que concurren en el supuesto:

Carácter personal del usufructo y subsistencia a pesar de fallecimiento.

En efecto, una de las características que el usufructo tiene en nuestro Derecho, cuando se constituye simultáneamente a favor de varias personas, es el acrecimiento o acrecentamiento que se produce en favor de sus cotitulares cuando una porción queda vacante por fallecimiento de uno de los cusufructuarios.

Ese acrecimiento se produce no sólo en los usufructos constituidos *mortis causa*, sino también en los establecidos por actos intervivos.

El artículo 521 del Código civil establece con carácter general ese efecto de acrecentamiento (para algunos autores auténtico derecho de acrecer) cuando dice que “el usufructo constituido en provecho de varias personas vivas al tiempo de la constitución no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviviere”.

202

Si el usufructo es un derecho personal y vitalicio, su subsistencia exige que persista *íntegramente* entre los cotitulares sobrevivientes, de tal modo que:

1. Ni se consolide en parte a favor del nudo propietario, pues debe subsistir hasta la muerte del último de los cusufructuarios sobrevivientes.

2. Ni pueda corresponder a los herederos del cotitular fallecido, por ser un derecho esencialmente personal.

El acrecentamiento respecto de la cotitularidad vacante se producirá tanto si el usufructo es privativo, como si es ganancial; incluso en el caso del cusufructo ganancial con mayor facilidad y claridad.

Si prescindimos del supuesto en que exista una voluntad contraria del constituyente del usufructo, el efecto de acrecentamiento sólo se excluirá cuando concorra alguno de los supuestos que, con arreglo al artículo 983 del C.c., impiden el ejercicio del derecho de acrecer.

Es claro que sólo en el cusufructo privativo habrá cuotas y por lo tanto posibilidad de aplicar la norma del artículo

citado. En el cusufructo ganancial, dada la especial naturaleza de la sociedad de gananciales en la que, por propia definición, mientras la sociedad subsiste, no hay cuota que pueda atribuirse a cada uno de los cónyuges, difícilmente podrán darse ninguno de los casos que excluyen la nota de conjunción y, por lo tanto, el efecto de acrecimiento.

En consecuencia, si fallecido uno de los cónyuges cusufructuarios, su cuota acrece al sobreviviente, no hay que acudir a la liquidación de los gananciales y, en el caso planteado, el cónyuge sobreviviente podrá disponer con plena eficacia de la totalidad del usufructo.

Por último, lo que llama verdaderamente la atención es que la Dirección General, sosteniendo la tesis de la transmisión en favor de los herederos del cónyuge premuerto y rechazando, por lo tanto, la tesis del acrecimiento a favor del sobreviviente, no dedique a refutar esta última una sola línea, a pesar de ser la postura que tradicionalmente han defendido la doctrina y la jurisprudencia española (incluso la misma Dirección en la Resolución de 10 de julio de 1975 hace uso de ella).

203

Luis-Enrique Lapiedra Frías
Notario

SUFICIENCIA DEL PODER: AUTOCONTRATACION, NEGOCIO INDIRECTO

(Res. 29 abril 1993)

205

RESOLUCION de 29 de abril de 1993, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Manuel Castillo Rodríguez contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 1 de Santa Cruz de Tenerife a inscribir unas escrituras de compraventa, en virtud de apelación del recurrente (BOE 3 junio 1993).

“En el recurso gubernativo interpuesto por don Manuel Castillo Rodríguez contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 1 de Santa Cruz de Tenerife a inscribir unas escrituras de compraventa, en virtud de apelación del recurrente.

CONTENIDO DOCUMENTAL

El 19 de diciembre de 1985 don Manuel Castillo Rodríguez compró 16 fincas mediante dos escrituras públicas autorizadas ese día por el Notario de Santa Cruz de Tenerife don Carlos Llorente Núñez. En ambas escrituras interviene don Manuel Castillo Rodríguez no sólo en su propio nombre como comprador, sino también en nombre y representación de la parte vendedora en virtud de escritura de poder autorizada por el mismo Notario el 19 de noviembre de 1985 y de la que resultaba autorizado para: «Vender toda clase de bienes, incluso inmuebles, por los precios, plazos, pactos y condiciones que estime conveniente... El apoderado podrá hacer uso de sus facultades incluso si hay autocontrato, doble o múltiple representación o existen intereses opuestos».

CALIFICACION

Presentadas ambas escrituras de compraventa en el Registro de la Propiedad número 1 de Santa Cruz de Tenerife, fueron calificadas con las siguientes notas: 1.^a «Presentada de nuevo el día 12 de marzo de 1991, a las trece horas cincuenta y cinco minutos, según asiento 1878 del Diario 118, número 1.917, la escritura de compraventa, otorgada el 19 de diciembre de 1985, ante el Notario de esta capital don Carlos Llorente Núñez, se califica, conforme lo fue, en fecha 3 de febrero de 1986, por mi predecesor, don Hortensio Saavedra Queimadelos, suspendiéndose la inscripción por incidir el adquirente en la prohibición del artículo 1.459, 2.º, del Código Civil, sin tomar anotación preventiva por no solicitarse.—Santa Cruz de Tenerife, 14 de marzo de 1991.—El Registrador, Ceferino Espinosa Afonso.» 2.^a «Presentada de nuevo el día 12 de marzo de 1991, a las trece horas cincuenta y cinco minutos, según asiento 1879 del Diario 118, número 1.916, la escritura de compraventa, otorgada el 19 de diciembre de 1985, ante el Notario de esta capital don Carlos Llorente Núñez, se califica, conforme lo fue, en fecha 3 de febrero de 1986, por mi predecesor, don Hortensio Saavedra Queimadelos, suspendiéndose la inscripción por incidir el adquirente en la prohibición del artículo 1.459, 2.º, del Código Civil, sin tomar anotación preventiva por no solicitarse.—Santa Cruz de Tenerife, 14 de marzo de 1991.—El Registrador, Ceferino Espinosa Afonso.»

206

RECURSO DE REFORMA DEL RECURRENTE

Don Manuel Castillo Rodríguez interpuso recurso gubernativo contra dichas calificaciones alegando la improcedencia del defecto observado por el Registrador, dado que el poder en cuya virtud actúa el recurrente contemplaba expresamente la posibilidad de la autocontratación, por lo que no puede ser de aplicación al caso el artículo 1.459, 2, del Código Civil.

INFORME DEL REGISTRADOR

El Registrador informó: 1.º Que mientras el artículo 267 del Código de Comercio permite al comisionista, con licencia del comitente, comprar para sí o para otro lo que se le haya mandado vender, o vender lo que se le haya mandado comprar, el artículo 1.459, 2, del Código Civil no establece excepciones a la prohibición para que los mandatarios no puedan comprar por sí ni por persona alguna intermedia los bienes cuya administración o enajenación estuviesen encargados. 2.º Que aun admitiendo que la prohibición del artículo 1.459, 2, del Código Civil puede excepcionarse facultando al apoderado a fin de que compre para sí, debe quedar claramente expresado en el poder, sin que sea suficiente la frase genérica relativa a la existencia de autocontratación, doble o múltiple representación o intereses opuestos, utilizada en la escritura de poder, en la que se suceden múltiples facultades en

relación con toda clase de bienes y cuya interpretación amplia iría en contra de lo dispuesto para las donaciones en el artículo 634 del Código Civil. 3.º Que el apoderado manifiesta en las escrituras la vigencia del poder invocado pero no la capacidad de sus representados y, además, dicho poder fue revocado por uno de los poderdantes, vendedor en ambas escrituras, mediante escritura de 4 de junio de 1988 ante el mismo Notario, que intentó presentarse en el Registro de la Propiedad, si bien no se practica asiento en el Diario por no ser título inscribible, de conformidad con el artículo 420 del Reglamento Hipotecario.

AUTO PRESIDENCIAL

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Canarias dictó auto desestimando el recurso y confirmando la nota del Registrador por considerar que la clave de la admisibilidad de la figura de la autocontratación es la falta de contraposición o conflicto de intereses y la existencia de un poder especial y suficiente para ello, y como tal no puede considerarse un vulgar poder general que incorpora como cláusula de estilo la alusión al autocontrato. Más aún cuando el apoderado, habiendo sido las escrituras objeto de sucesivas calificaciones idénticas, no ha intentado obtener la ratificación de los poderdantes para subsanar el defecto y, además, ha visto revocado el poder originariamente concedido por uno de ellos.

207

REPLICA

El recurrente interpuso recurso de apelación añadiendo a sus alegaciones iniciales: 1.º Que el poder aun siendo general expresamente salva la autocontratación, por lo que existiendo mandato expreso no puede considerarse traspasado por la realización de tales actos, y de ahí que el propio Notario autorizante de las compraventas lo aceptase para llevar a cabo éstas. 2.º Que si bien no se ha obtenido la ratificación a pesar del tiempo transcurrido, tampoco consta que dichas compraventas hayan sido impugnadas judicialmente por los poderdantes, cosa que habrían podido hacer la vendedora en todo momento y el vendedor antes de su fallecimiento.

DOCTRINA DE LA DIRECCION

Vistos los artículos 634, 1.259, 1.274, 1.445, 1.449 y 1.459 del Código Civil, 267 del Código de Comercio y la Resolución de 20 de septiembre de 1989,

1. El Registrador suspende la inscripción de dos escrituras de compraventa por incidir el adquirente en la prohibición del artículo 1.459, 2.º, del Código Civil. Concurren en el caso las circunstancias siguientes: 1.º Las dos escrituras son otorgadas con numeración correlativa el 19 de diciembre de 1985 y en ellas interviene don Manuel Castillo Rodríguez como único com-

pareciente y actuando en su propio nombre, como comprador y a la vez en representación de la otra parte, el vendedor. En una de las escrituras se vende a sí mismo, en representación de la propietaria, dos solares libres de cargas y arrendamientos, situados en el término municipal de Santa Cruz de Tenerife, uno de 256 metros cuadrados y otro de 605 metros cuadrados, por el precio, cada uno, de 100.000 pesetas, que el comprador afirma haber entregado a la vendedora. En otra, se vende también a sí mismo, en representación de los dos cotitulares de los bienes (la misma persona que aparece como vendedora en la escritura anterior y su marido) tres fincas más situadas igualmente en el término municipal de Santa Cruz de Tenerife: Una finca rústica de 37 áreas 50 centiáreas (con dos estanques, uno colectivo, y otro, de 465 metros cúbicos, propio), por el precio de 100.000 pesetas; una casa cuyo solar es de 152 metros 25 decímetros cuadrados (con un cuarto trastero anejo de 30 metros cuadrados al que tiene acceso con derecho de paso), por el precio de 50.000 pesetas, y un trozo de terreno (rústico) de 20 áreas, por el precio de 60.000 pesetas. 2.º El señor Castillo, para hacer estos actos, invoca en su favor el poder que ambos cónyuges propietarios le habían dado un mes antes ante el mismo Notario que autorizó después las escrituras de enajenación. En el poder se confiere al señor Castillo, entre otras facultades, la de vender toda clase de bienes, incluso inmuebles, por los precios que estime convenientes; y señala, además, en el poder que «el apoderado podrá hacer uso de sus facultades, incluso si hay autocontrato, doble o múltiple representación o existen intereses opuestos». En la escritura de poder no firman los cónyuges poderdantes (uno de ellos, al menos, había llegado a la edad de jubilación) «por manifestar no saber»; lo hace por ellos uno de los testigos instrumentales (cuyos datos de identidad no aparecen acreditados). 3.º Se conoce, por la documentación que acompaña a las escrituras calificadas, que el valor fiscal de tres de las cinco fincas vendidas a la vez es 13 veces superior al precio por el que han sido compradas (sin que conste si ocurre lo mismo con las otras dos fincas). 4.º Después de otorgadas las ventas, la poderdante revocó el poder en escritura de 4 de junio de 1988, según consta al Registrador por los antecedentes del Registro; de las aseveraciones del comprador recurrente en su escrito de recurso se desprende que el vendedor ya ha fallecido y que ni él ni su mujer ratificaron las ventas, si bien tampoco las impugnaron judicialmente, o más bien, «la venta» en singular, pues el recurrente en su recurso habla con reiteración en singular de «dicha venta».

2. La regla es que el poder conferido por una persona no puede ser utilizado por el apoderado en actos en los que poderdante y apoderado tengan intereses contrapuestos, como ocurre en el acto por el que se vende en nombre del poderdante si el apoderado es el que compra, y así lo confirma el artículo 1.459, 2.º, del Código Civil, según el cual no podrán adquirir por compra «los mandatarios los bienes de cuya administración o enajenación estuvieren encargados». Doctrina y jurisprudencia aceptan, sin embargo, la posibilidad del autocontrato, a pesar de que hay en él oposición de intereses,

pero para ello es necesario que exista una especial autorización (como confirma para la comisión mercantil el artículo 267 del Código de Comercio).

3. No puede dudarse de que el lenguaje técnico empleado en la escritura de poder, seguramente incomprensible para personas que ni siquiera saben firmar, traduce correctamente la verdadera voluntad manifestada ante el Notario y que el Notario habrá prestado asistencia especial a la parte necesitada de ella (cfr. artículo 147 del Reglamento notarial). Partimos, pues, de que en el poder se ha concedido al apoderado la facultad de venderse a sí mismo. Pero si siempre la concesión de poderes es de interpretación estricta, con mayor razón lo ha de ser un poder en que el apoderado resulta facultado para venderse a sí mismo y, además, señalando él el precio que estime conveniente. Ahora bien, el poder para vender sólo permite la enajenación que tenga por causa el contrato oneroso de verdadera compraventa y mal puede calificarse de tal aquella en que al menos la parte más importante de los bienes tiene como precio uno señalado por el mismo apoderado y comprador con cantidad 13 veces inferior al valor fiscal comprobado.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso.”

COMENTARIO

209

I. Resumen de los hechos

—El día 19 de noviembre de 1985 los titulares de ciertas fincas (marido y mujer) otorgan una escritura de poder en favor de M.C.R.

El apoderado M.C.R. quedaba autorizado para: “Vender toda clase de bienes, incluso inmuebles, por los precios, plazos, pactos y condiciones que estime conveniente... El apoderado podrá hacer uso de sus facultades incluso si hay autocontrato, doble o múltiple representación o existen intereses opuestos”.

—El día 19 de diciembre de 1985 el apoderado otorga dos escrituras de compra-venta. En dichas escrituras comparece él solo y actúa: en su propio nombre como parte compradora y —en base al citado poder— en nombre y representación de la parte vendedora.

En total adquiere dieciséis fincas. En los fundamentos de

la resolución se nos dice el precio —muy bajo— de cinco de ellas y se añade al final “que la parte más importante de los bienes tiene como precio uno señalado por el mismo apoderado y comprador con cantidad 13 veces inferior al valor fiscal comprobado”.

—Uno de los dos poderdantes (el marido) revoca el mencionado poder mediante escritura otorgada con fecha 4 de junio de 1988. Más adelante fallece.

II. Nota de calificación e informe del Registrador

210

Las escrituras fueron presentadas en el Registro de la Propiedad con fecha 3 de febrero de 1986 y, de nuevo, el día 12 de marzo de 1991. En ambas presentaciones reciben la misma calificación: Se suspende la inscripción por incidir el adquirente en la prohibición del artículo 1.459.2 C.c.

Recordemos el texto de dicho precepto: “No podrán adquirir por compra, aunque sea subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna intermedia: ...

2.º Los mandatarios, los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados. ...”.

La nota de calificación se asienta en tres argumentos. Los vamos a comentar al tiempo que los enumeramos:

Primero. El artículo 1.459.2 C.c., a diferencia del artículo 267 C. de com., no establece excepciones a la prohibición impuesta.

Esta afirmación supone entender que el precepto tiene en todo caso carácter imperativo.

Ahora bien, si tenemos presente el interés jurídico protegido por dicho precepto veremos cómo decae el argumento acerca de su presunta imperatividad.

El artículo 1.459.2 C.c. pretende impedir una situación de riesgo potencial para el mandante, reconociendo la existencia en el supuesto regulado de un evidente conflicto de intereses.

Entonces —hemos de concluir— si desaparece el conflicto lo hace también el fundamento de la prohibición.

El conflicto de intereses se elimina obteniendo la autorización, previa o posterior, del *dominus negotii*. Así ocurre en el supuesto de hecho que comentamos, en que la autorización es previa.

Tal razonamiento es independiente de que el tenor literal del artículo 1.459.2 C.c. no haga referencia a dicha autorización. El tratamiento del conflicto de intereses en este precepto no es distinto del que se plantea en sede de principios generales del Derecho: la autorización del mandante o poderdante habilita la autocontratación del mandatario o apoderado.

Segundo. Continúa la defensa de la nota: Aun admitiendo que quepa excepcionar la prohibición del artículo 1.459.2 C.c., la mencionada autorización del poderdante no queda suficientemente clara en el poder. Por otra parte la interpretación amplia de la cláusula iría en contra de lo dispuesto para las donaciones por el artículo 634 C.c.

211

El segundo argumento tiene dos aspectos distintos:

—En cuanto a la falta de claridad. Estimamos que el reproche está infundado. Por el contrario, la cláusula autorizatoria agota todas las posibilidades: autocontratación, doble o múltiple representación (ambas son especies distintas de la autocontratación) y conflicto de intereses (que es el género común a los tres conceptos anteriores). Normalmente las cláusulas que se insertan en los poderes para autorizar la autocontratación no suelen ser tan amplias.

—Respecto a la invocación del artículo 634 del C.c. quizás vaya en la línea de razonar que un poder con múltiples facultades, que incluye la posibilidad de autocontratar, si se interpreta ampliamente puede implicar una donación.

Frente a ello cabe señalar que el poder es un negocio jurídico que se interpreta restrictivamente (y en tal sentido se manifiesta reiteradamente la jurisprudencia: incluyendo el

tercer fundamento de la presente resolución), incluya o no cláusula sobre autocontratación. Además, para poder donar, el apoderado ha de estar expresamente facultado para ello, con independencia de que ostente muchas o pocas facultades para realizar otros actos distintos: o está expresamente facultado para donar o no puede hacerlo.

Tercero. El apoderado manifiesta la vigencia del poder pero no la capacidad de sus representados. El poder además fue revocado por uno de los poderdantes mediante escritura de 4 de junio de 1988.

Ninguna de las dos objeciones expuestas parece relevante:

212 — Como punto de partida señalaremos que en el presente supuesto el Notario consigna expresamente la declaración del apoderado sobre la vigencia del poder. Nótese que ningún precepto normativo lo exige, si bien es muy conveniente recoger tal declaración.

Así planteado el tema, la declaración sobre el mantenimiento de la capacidad de los poderdantes es innecesaria, ya que de la vigencia del poder se desprende no ya que los poderdantes no han perdido su capacidad, sino además que no concurre ninguna de las restantes causas de extinción del mandato a que se refiere el artículo 1.732 C.c.

La manifestación sobre la vigencia del poder abarca la inexistencia de todas las causas de extinción del mismo, sin necesidad de enumerarlas una por una. Pero además, aunque no se contuviera la declaración expresa sobre tal vigencia, el uso del poder supone un acto concluyente del que se deriva la declaración presunta del apoderado sobre la vigencia del poder que emplea.

— En cuanto a la revocación del poder basta señalar que es tres años *posterior* a las escrituras de compraventa en que se utilizó.

Otro modo de entender el tema supondría conferir efectos retroactivos a la revocación del poder de modo que queda-

rían afectadas las relaciones jurídicas concertadas durante la vigencia del mismo, lo cual es inadmisibile. La inexistencia de terceros en este supuesto no altera tal conclusión.

III. El auto del Tribunal Superior de Justicia

La resolución judicial desestima el recurso y confirma la nota del Registrador. Son dos los argumentos que maneja dicho auto:

1) El conflicto de intereses lo elimina un poder especial y suficiente para ello, pero “como tal no puede considerarse un vulgar poder general que incorpora como cláusula de estilo la alusión al autocontrato”.

No podemos estar de acuerdo con la afirmación entrecomillada: la autocontratación, para estar permitida, no precisa de poder especial en los términos del artículo 1.712 del C.c., sino la previsión expresa a que hace referencia el artículo 1.713.2 C.c.

Pensamos que, de nuevo, se están confundiendo las clasificaciones contenidas en ambos preceptos. El poder general que nos encontramos en el supuesto de hecho de la presente resolución no es un poder general del artículo 1.712 (que haga alusión a todos los negocios del mandante de forma genérica) sino que, con independencia de su amplitud, se trata de un “mandato expreso” del artículo 1.713.2 en relación a todas y cada una de las facultades a que hace referencia, incluyendo la relativa a la posibilidad de autocontratación.

Por ello no es un “vulgar poder general” sino un poder amplio (y en tal sentido, si se quiere, se lo califica como general) que con carácter expreso autoriza a realizar las facultades en él mencionadas.

2) El apoderado no ha intentado obtener la ratificación de los poderdantes, y, además, uno de éstos ha revocado el poder.

Ninguna de las dos afirmaciones son auténticos argumentos jurídicos de peso (como en parte ya se ha visto).

No existe obligación de que el apoderado obtenga la ratificación de lo actuado: si hay autorización previa a la actuación representativa verificada no hace falta autorización posterior de la misma. En cuanto a la carencia de efectos retroactivos de la revocación del poder nos remitimos a lo ya señalado.

Por tanto, estamos ante meros indicios de que el uso del poder por parte del apoderado no fue del agrado de los poderdantes.

IV. La argumentación del recurrente

214

Su recurso señala la inaplicabilidad del artículo 1.459.2 C.c. al estar expresamente autorizada la autocontratación; defiende la suficiencia del poder distinguiendo entre poder general y mandato expreso y hace constar que las compraventas no han sido impugnadas judicialmente por los poderdantes.

Los dos primeros argumentos ya han sido comentados. La tercera afirmación se limita a señalar un indicio de conformidad de los poderdantes con su actitud.

V. La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado

La Dirección General de los Registros y del Notariado desestima el recurso.

— En el primer Fundamento de Derecho la D.G.R.N. nos recuerda —de modo pormenorizado— diversas circunstancias de hecho en relación a tales compraventas, con un énfasis especial en dos aspectos:

- * El precio de las ventas es muy bajo.
- * Los otorgantes no saben firmar; lo hace por ellos uno

de los testigos instrumentales. No constan los datos de identidad de los testigos.

— El segundo se limita a reconocer la admisibilidad del autocontrato siempre que exista una especial autorización.

— El tercero es el que contiene la doctrina de la D.G.R.N. y donde radica el verdadero interés de esta resolución:

Señala que no puede dudarse de que el Notario ha prestado a los poderdantes la asistencia especial que les corresponde como parte más necesitada. Quizás, si no podía dudarse de tal hecho, hubiera sido mejor no plantearlo. En el fondo es como si la D.G.R.N. no acabara de creerse que personas con plena capacidad y bien asesoradas hubieran podido otorgar dicho poder.

Transcribimos el párrafo clave: "... el poder para vender sólo permite la enajenación que tenga por causa el contrato oneroso de verdadera compraventa y mal puede calificarse de tal aquélla en que al menos la parte más importante de los bienes tiene como precio uno señalado por el mismo apoderado y comprador con cantidad trece veces inferior al valor fiscal comprobado."

Las anteriores observaciones inciden sobre diversos puntos de interés:

1. El ámbito del recurso gubernativo.

Hay que partir sobre la base de dos afirmaciones: Una, "... la naturaleza del recurso gubernativo no es la de un pleito, ni el Registrador puede ser parte, no se resuelve además por un órgano jurisdiccional y no tiene más alcance que el declarar o no inscribible un documento ..." (Res. 17 marzo 1986); Dos, el artículo 18 L.H. señala el ámbito de la calificación del Registrador, la cual se verifica "por lo que resulte de ellas (las escrituras públicas) y de los asientos del Registro". El limitado ámbito de la calificación determina el ámbito propio del recurso gubernativo.

Pues bien, pensamos que esta resolución es posible que no respete el ámbito definido con anterioridad, excediéndose del marco del recurso gubernativo. Los fundamentos abundan en datos de hecho (el precio, fijado unilateralmente, es muy bajo —como se comprueba de la referencia al precio fiscal—, los poderdantes no saben escribir, no se acreditan los datos de identidad de los testigos, hay una revocación posterior del poder, no se ratifican a posteriori las ventas).

Todos esos datos fácticos van a conllevar, quizás, una doble consecuencia: la compraventa no lo es tal (esto lo dice la D.G.R.N. expresamente; a continuación volveremos sobre este tema) y la actuación del apoderado no parece concordar con el criterio de la buena fe exigible al mismo (esto no se dice expresamente, pero tal afirmación parece gravitar sobre el razonamiento que se realiza).

216 Sin embargo, pensamos que apreciar ambas circunstancias excede de las limitaciones del recurso gubernativo y exige unas actuaciones probatorias que encuentran su sede en el ámbito judicial:

a) La presunción o no de buena fe no cabe apreciarla dentro del estrecho marco del recurso gubernativo (por ejemplo, Res. 19 noviembre 1985). Tal afirmación está pacíficamente aceptada.

b) En cuanto a la determinación de la inexistencia de un contrato oneroso de compraventa. Sabemos, en base al criterio fiscal, que el precio fijado en las escrituras de venta es muy bajo. El problema es que no sabemos, y en el ámbito del recurso gubernativo no hay medios para averiguarlo, si el precio escriturado es el precio real. También ignoramos si ese poder es instrumento de otra relación jurídica, no exteriorizada, de carácter oneroso y que elimina la supuesta gratuidad que advierte la D.G.R.N.

Es cierto que el asunto no presenta un buen aspecto. Ya sabemos que las compraventas que estudiamos pueden —o quizás no— encubrir figuras jurídicas inadmisibles: donación encubierta (tesis que sigue la presente resolución),

fraude fiscal (por consignarse un precio inferior al real), un poder en favor de quien ya era propietario (sin título público) y que al no poder revender se las adjudicó por un precio simbólico, adjudicación encubierta en favor del apoderado en pago de un crédito preexistente, ... o que el apoderado puede no haber actuado de buena fe. No negamos la posibilidad de que se haya producido una actuación ilícita. Lo que decimos es que para determinar la verdadera modalidad contractual existente, y por ello conocer si su causa es o no onerosa, o para determinar la buena fe, o la eventual ilicitud del negocio concertado, se precisa una actuación probatoria propia no del recurso gubernativo sino del judicial.

Creemos que la D.G.R.N. ha ido demasiado lejos al apreciar la inexistencia de una compraventa en el supuesto que comentamos.

2. La existencia de un negocio indirecto.

217

Pero sigamos con la argumentación contenida en la resolución. Esta da un giro radical respecto al planteamiento hecho por la nota de calificación, cuyos planteamientos no recoge: admite que el poder que se estudia autoriza la compraventa incluso verificada por autocontrato; lo que ocurre es que no estamos en presencia de una compraventa (ya que la efectivamente celebrada no es onerosa).

La compraventa con precio amistoso es uno de los ejemplos típicos del negocio indirecto: la estructura formal, y la disposición de sus elementos, es la propia de una compraventa pero el negocio produce simultáneamente los efectos de una donación.

En este caso es evidente que no se debe permitir la vulneración de las normas imperativas sobre donación. Y por supuesto, para concertar este negocio, el apoderado debe estar expresamente autorizado para donar.

La calificación de las compraventas como negocio indirecto conlleva las siguientes conclusiones:

a. No sólo es que el apoderado no pudiera autocontratar el precio en que lo hizo (la actuación unilateral del autocontratante fue lo que originó la nota denegatoria y, finalmente, la presente resolución); lo peculiar es que tampoco podría haber vendido a un tercero por dicho precio: por la sencilla razón de que, entonces, no vende sino que dona, algo para lo que no está autorizado. A la hora de fundamentar la desestimación del recurso, el negocio indirecto pasa a un primer plano y la autocontratación pierde importancia.

b. Si el precio es 13 veces inferior al valor fiscal, la cosa parece bastante clara. Pero si el precio es menor a dicho parámetro en una proporción inferior, el Notario puede tener problemas a la hora de determinar si el poder para vender es suficiente para tal venta concreta. Los comparecientes van a tener que considerar no ya la posibilidad de que se aplique la sanción prevista en la Disposición Adicional 4.^a de la Ley de Tasas y Precios públicos, sino igualmente si la compraventa va a ser considerada sustantivamente como tal y, por ello, inscrita. Llevando lejos —demasiado lejos— este argumento resultaría que en una venta hecha directamente entre vendedor y comprador, sin apoderados, pero cuyo precio sea considerado muy bajo por el Registrador, éste debería considerar que no existe compraventa (por no existir o estar disminuida la onerosidad) y dencgar la inscripción.

No negamos que la compraventa (o compraventas) objeto del presente recurso pudiera constituir un negocio indirecto que produzca, en realidad, los efectos propios de la donación y que por ello el poder, en su caso, sea insuficiente. Tampoco negamos que el Notario deba extremar al máximo su cautela en estos casos y prestar el asesoramiento oportuno. Ahora bien, determinar que la presente compraventa no tiene carácter oneroso nos parece, por las razones expuestas, tarea propia de los Jueces y Tribunales.

3. La identificación de los testigos.

Haremos, para finalizar el comentario, una referencia a la circunstancia de la no acreditación de los datos de identidad de los testigos.

A este respecto hay que recordar que el artículo 24 de la Ley del Notariado señala: “En todo instrumento público consignará el Notario ... los nombres y vecindad de los testigos ...”. Por su parte el artículo 285 del Reglamento Notarial precisa que en los índices se expresará, respecto a cada instrumento, el nombre y apellidos de los testigos, si los hubiere.

Una vez detectado este defecto de técnica notarial, la D.G.R.N. no le atribuye ninguna repercusión. Pensamos que no constituye un obstáculo a la inscripción del documento.

El motivo, creemos, puede ser el siguiente. El Notario no ha incluido en la escritura pública los datos de identidad de los testigos —falta un requisito meramente formal—, pero si los ha aceptado como tales ello permite presumir que tales testigos cumplen a juicio de dicho Notario todos los requisitos de idoneidad precisos.

219

José María Navarro Viñuales
Notario

A) Informes y comunicaciones

EL OBJETO SOCIAL REGIMEN DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES (*)

MANUEL GONZÁLEZ-MENESES ROBLES

Registrador Mercantil de Madrid

223

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. **1.** EL OBJETO SOCIAL. **A)** Determinación del objeto social. **B)** Objeto social y denominación. **C)** Objeto social y capacidad de los administradores. **a)** *Sistema monista de administración.* **b)** *Indicación del objeto social para calificar las facultades de los administradores.* **c)** *Actos conexos con el objeto social.* **d)** *Objeto exclusivo: seguro y reaseguro. Resoluciones de 22 de julio y 10 de septiembre de 1991.* **e)** *Objeto exclusivo: Actividad bancaria. Resolución de 11 de marzo de 1992.* **f)** *Posibilidad de limitar las facultades representativas de los administradores para realizar actos no comprendidos en el objeto social.* **g)** *Posibilidad de ampliar a través de un*

(*) Conferencia pronunciada el día 23 de agosto de 1993, en el Seminario celebrado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo de Santander, organizado por el Consejo General del Notariado.

poder de Junta General las facultades atribuidas estatutariamente al administrador de una sociedad. D) Objeto social e infracapitalización. E) Objeto social y adaptación de estatutos. 2. RÉGIMEN DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES. A) Concepto y caracteres. a) Participaciones iguales. b) Participaciones acumulables. c) Participaciones indivisibles. B) Transmisión de las participaciones. a) Relación del art. 1 de la LSL con el art. 20. b) Otras aplicaciones del principio de autonomía de la voluntad. c) Formalidades de la transmisión. C) Derechos reales sobre las participaciones. a) Usufructo de participaciones. b) Prenda de participaciones. D) Emisión de obligaciones por Sociedad Limitada.

Introducción

Pasada la fase de adaptación de nuestras sociedades a la legislación de la CEE, que se inició con la Ley de reforma del año 1989, podemos ya afirmar que el vehículo que se puso en marcha con esa Ley de reforma, no sólo ha pasado el rodaje sino que ha sido sometido a varias revisiones, que, como es natural, obligan a repasar las primeras ideas expuestas en anteriores trabajos, muchas de ellas expuestas precipitadamente, por lo que ahora deben ser matizadas al tener en cuenta:

— De una parte, las opiniones de *los autores*, mucho más reposadas que las aportadas en los primeros momentos de la reforma.

— De otra, la doctrina que ha ido elaborando a través de *sus resoluciones* la DGRN, al resolver muchos recursos en esta fase de puesta en marcha de la reforma.

Aparte de ello, al ser éste un ciclo sobre SRL, no podemos desconocer la publicación por parte del Ministerio de

Justicia en uno de sus Boletines de Información del “Borrador de Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada”.

Pues bien, esas nuevas opiniones de los autores, esa doctrina de la DG y las ideas que pueden extraerse del Borrador de Anteproyecto de LSRL, me van a permitir revisar, si no todas mis anteriores opiniones, sí alguna de ellas, concretamente, las relacionadas con los dos temas elegidos para esta charla: el objeto social y el régimen de las participaciones.

1. El objeto social

A) Determinación del objeto social.

Entre las menciones que han de incluirse en los estatutos de las sociedades, como exigen sus respectivas leyes, se encuentra:

“El objeto social, determinando las actividades que lo integran”.

El desarrollo de esta norma se encuentra en el *art. 117 del RRM*, que constituye precepto fundamental, al que se remite el 174-3, y de cuyos 4 apartados pasamos a ocuparnos:

*117.1: “El objeto social se hará constar en los estatutos por medio de la **determinación precisa y sumaria de las actividades que lo integren**” (117.1).*

La importancia de esta especificación del objeto social la pone de relieve, entre otras, *la resolución de 19 de junio de 1993*, al decir que está justificada la exigencia legal de una precisa determinación del ámbito de actividad en que debe desenvolverse la actuación del nuevo ente,

- así *para los socios* (arts. 124, 129, 133, 147, 260.3 LSA),

- como *para los terceros* que entren en relación con la sociedad (art. 129 LSA).

De los artículos a que se refiere esta resolución destacamos el 129, tanto respecto a los socios como respecto a terceros, y del que luego nos ocupamos.

En los demás citados, nos encontramos:

— La prohibición de ser administradores los *funcionarios* con funciones relacionadas con las actividades de la sociedad (art. 124).

— La posibilidad de exigir *responsabilidad* a los administradores por actos contrarios a los estatutos (art. 133).

— El *derecho de separación* reconocido a los socios que no hayan votado a favor del acuerdo de sustitución del objeto social (art. 147). En la misma línea el art. 99.1 del ALSRL.

— La inclusión entre las *causas de disolución* de la sociedad de la conclusión de la empresa que constituya su objeto o la imposibilidad de realizar el fin social (art. 260.3).

226 Entre las *resoluciones de la DGRN* que se han ocupado de la necesaria *determinación del objeto social*, podemos destacar:

— La *res. de 5 de abril de 1993*, que permite incluir en el objeto social, contra la calificación del Registrador, las palabras “... *todas las actividades* relacionadas con la compra y venta de automóviles, accesorios y recambios...”, ya que la exigencia de determinación precisa y sumaria de las actividades que hayan de integrar el objeto social, no puede entenderse vulnerada por la frase cuestionada, por cuanto la inmediata referencia a “automóviles, accesorios y recambios”, delimita el ámbito de actividad en que habrá de desenvolverse la actuación de la sociedad en cuestión.

— La *res. de 23 de abril de 1993*, que confirma la nota del Registrador Mercantil en el sentido de que no puede ser objeto social “el propio de la actividad profesional de los Arquitectos”. Esta resolución, que consideramos de gran trascendencia, parte de la distinción, ya recogida en otras anteriores, de que hay

- en primer lugar, sociedades mercantiles que adoptan

como objeto social una actividad que por imperativo legal está reservada en exclusiva a una determinada categoría de profesionales y en las que el carácter estrictamente personal de la actividad profesional prohíbe que ésta pueda ser atribuida a un ente abstracto creado a tal efecto, en lugar de al profesional al que la Ley confiere tal actuación,

- y aquellas otras sociedades que más bien son mediadoras en el sentido de no proporcionar al solicitante la prestación que está reservada al profesional, sino servir no sólo de intermediaria para que sea este último quien la realice, sino también de coordinadora de las diferentes prestaciones específicas seguidas.

117.2: *“No podrán incluirse en el objeto social los actos jurídicos necesarios para la realización o desarrollo de las actividades indicadas en él”.*

En esta materia, el Registrador Mercantil de Sevilla LANZAS GALVACHE, en sus *Comentarios prácticos a la LSA y RRM en lo aplicable a dicho tipo societario*, dice que el objeto social de una inmobiliaria, por ej., es el de la “actividad inmobiliaria relativa a fincas urbanas”, y no el de “comprar, vender, permutar, construir o edificar viviendas, locales comerciales y naves industriales para su venta o arrendamiento o cualquier otra forma de explotación”.

En cuanto a la doctrina de la DGRN, su *resolución de 19 de junio de 1993*, confirma la nota del Registrador en que se deniega la inscripción del párrafo relativo al objeto social de unos estatutos, en los que se considera integrante de tal objeto: *“La administración, compra, venta, arrendamiento y cualquier clase de actos o negocios de administración, de disposición, obligaciones de riguroso dominio de su propio patrimonio, tanto mobiliario como inmobiliario”.*

En esta enumeración, aunque se contemplan una serie de actos necesarios para la realización del objeto social, éste no queda claramente determinado, y es por lo que la DG, entre los fundamentos que justifican su resolución, habla de “la diversa composición cualitativa que puede adoptar el

patrimonio social, que posibilita la dedicación de la sociedad a una multitud de actividades económicas absolutamente dispares y no susceptible de delimitación o concreción en el momento constitutivo”.

117.3: *“En ningún caso podrá incluirse como parte del objeto social la realización de cualesquiera otras actividades de lícito comercio ni emplearse expresiones de análogo significado”.*

Como se trata de una exigencia legal y era frecuente incluirlo en estatutos anteriores a la nueva legislación, al haberse realizado la adaptación, no hemos exigido los requisitos de publicidad que la LSA marca para el cambio de objeto (anuncio en prensa e inclusión en el orden del día). Tampoco puede reconocerse el derecho de separación por sustitución de objeto del art. 147 LSA.

228 117.4: *“Si se pretendiera que las actividades integrantes del objeto social puedan ser desarrolladas por la sociedad total o parcialmente de modo indirecto, mediante la titularidad de acciones o de participaciones en sociedades con objeto idéntico o análogo, se indicará así expresamente”.*

Esta posibilidad constituye una novedad de la legislación vigente, y el requisito estatutario que se exige para esta previsión es el de que *“se indicará así expresamente”*.

B) Objeto social y denominación.

En el RRM no se permite emplear una denominación objetiva que haga referencia a una actividad no comprendida en el objeto social (art. 367.2). Y como complemento, se señala en el mismo precepto que “en el caso de que la actividad que figura en la denominación social deje de estar incluida en el objeto social, no podrá inscribirse en el Registro Mercantil la modificación del mismo sin que se presente simultáneamente a inscripción la modificación de la denominación”.

Sobre esta norma también ha tenido ocasión de manifes-

tarse la DGR en su *resolución de 4 de diciembre de 1991*, con motivo de la adaptación de los estatutos de una sociedad inscrita, y que entre los retoques que se efectuaban se contenía una modificación en el objeto social que implicaba dejar una de las actividades anteriores, que precisamente era utilizada en la denominación.

Se trataba de una sociedad que concreta su objeto a la realización de actividades de seguros y reaseguros privados, que hubo de suprimir de su denominación la expresión "construcciones".

C) Objeto social y capacidad de los administradores.

Nos enfrentamos al tratar este tema con una de las materias sobre la que hay más diversidad de opiniones, debido a la forma como el legislador trata de traducir a nuestro Derecho interno la norma contenida en el art. 9 de la Primera Directiva de la CEE, al llevarla al art. 129 del texto refundido de la LSA.

229

Veamos ambos textos.

Art. 9 de la Primera Directiva:

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

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

2. Las limitaciones a los poderes de los órganos de la sociedad, resultantes de los órganos competentes no se podrán

oponer frente a terceros, incluso si se hubieran publicado.

3. *Si la legislación nacional previera que el poder de representación de la sociedad puede atribuirse, no obstante la regla en la materia, por los estatutos a uno o a varias personas que actúen conjuntamente, esta legislación podrá prever la oponibilidad de esta disposición de los estatutos frente a terceros, a condición de que se refiera al poder general de representación: la oponibilidad de tal disposición estatutaria frente a terceros estará regulada por las disposiciones del artículo 3”.*

Lo primero que destaca en esta norma comunitaria, como apunta ESTEBAN VELASCO, es que parte de la existencia de dos tipos de facultades: legales y voluntarias.

—Las *facultades legales* —al hablar el art. 9.1 de los poderes que la ley atribuya o permita atribuir a los órganos sociales—.

230

En esta regla se ve que se está contemplando la posible existencia de varios órganos sociales con distribución de competencias por la misma Ley. Pensemos, por ejemplo, cómo la LSA atribuye determinados actos de trascendencia solamente a la Junta General (modificación de estatutos, aprobación de cuentas), mientras que permite atribuir otros a los administradores, aunque en principio sean competencia también de la Junta General (como las delegaciones permitidas en el art. 153 sobre aumentos de capital).

—Las *facultades voluntarias* —al contemplar el art. 9.2 las limitaciones resultantes de los órganos competentes— que tanto pueden imponerse en los mismos estatutos en la fase constitutiva como por otro órgano competente en acuerdo adoptado durante la vida de la sociedad.

La importancia de esta distinción es enorme, ya que del art. 9 de la 1.^a Directiva puede extraerse a modo de síntesis la siguiente conclusión:

“Mientras las limitaciones legales siempre son oponibles a tercero, las limitaciones voluntarias no son oponibles a dicho tercero”.

Nuestro legislador trata de recoger esta normativa comunitaria en el art. 129 de la LSA, aplicable a la SRL dada la remisión del art. 11 de su Ley reguladora, y que en el Anteproyecto se transcribe literalmente en su art. 66:

Art. 129 LSA:

“1. La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los Estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros.

2. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los Estatutos inscritos que el acto no está comprendido en el objeto social”.

Las primeras observaciones que podemos hacer al *comparar la legislación comunitaria con la nuestra* son las siguientes:

231

1.º De una parte, que en el art. 129 LSA se matizan las facultades representativas de los administradores, al concretarlas a *todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los Estatutos*.

Frente a esta postura de nuestra LSA, el legislador comunitario, por el contrario, no hace alusión al objeto social.

2.º De otro lado, nuestra LSA, haciendo uso de la facultad concedida en el art. 9.1.2 de la Primera Directiva, condiciona el hecho de que la sociedad quede obligada por actos de los administradores más allá del objeto social a que el *tercero* haya actuado de *buena fe y sin culpa grave*.

En la Directiva, prescindiendo de la situación de buena fe y no culpa del tercero, se prevé que pueda quedar obligada la sociedad frente a tercero al ser eficaz el acto realizado por sus órganos fuera del objeto social, a menos que dicho acto exceda de los poderes que la Ley atribuye o permite atribuir a estos órganos.

Estas diferencias que se observan al comparar ambos tex-

tos legales, pone de manifiesto que no ha estado muy acertado nuestro legislador al introducir en nuestra legislación la norma comunitaria, habiendo llegado a decir algún autor que la transposición ha sido francamente mala, por lo que puede hablarse sin ambages de un auténtico incumplimiento.

La *justificación de las dudas* de nuestro legislador, puede encontrarse en que la Primera Directiva sigue el **principio germánico** del *poder ilimitable* de los administradores, que choca con el **principio latino** del *poder restringido* a las facultades concedidas en los Estatutos o derivadas del objeto social —que ha venido rigiendo en nuestro Derecho positivo y era común opinión doctrinal—.

Es más, **nuestra doctrina distinguía** entre las facultades representativas del “*factor notorio*” y las del “*factor con poder inscrito*”.

232 • En el primer supuesto, el del *factor notorio*, se supone que el administrador, gerente o factor de una sociedad comercial está facultado para realizar todo tipo de contratos, siempre que recaigan sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento, como se apunta en el art. 11 de la LSL y en varios de los preceptos que el Código de comercio dedica a la comisión o mandato mercantil, como los arts. 281, 283, 284 y 286.

• En cuanto al *poder inscrito*, son muy significativas las palabras al respecto de BÉRGAMO, cuando señala que, mientras el factor notorio se presume investido de un apoderamiento general, que le permite desarrollar todas las operaciones comprendidas dentro del giro o tráfico de la empresa, por el contrario, el factor con poder limitado inscrito en el Registro, no puede rebasar las atribuciones que le han sido conferidas. En la misma línea, URÍA señala que el art. 286 del Código de comercio no constituye obstáculo para que el principal pueda ampararse frente a tercero en las limitaciones establecidas en el poder inscrito en el Registro.

En apoyo de estas opiniones se citaban:

a) El art. 175 del Código de comercio de 1829 que admitió la posibilidad de que el comerciante redujese en el documento de poder las facultades normales del factor.

b) La sentencia del TS de 30 de septiembre de 1960, que, aun aceptando que el factor notorio vincula al empresario por los actos y contratos comprendidos en el tráfico de la empresa, estima también que *las limitaciones inscritas al poder del factor surten efectos frente a terceros*.

c) Y la sentencia del TS de 10 de febrero de 1967, sobre la necesidad de dar publicidad al poder para que pueda estimarse limitado y no general.

La opinión de estos autores, que no era aislada ni mucho menos, no podía menos que pesar en el ánimo de nuestro legislador del año 1989, y justifica la vacilación del mismo al llevar a nuestra legislación mercantil el contenido del art. 9 de la Primera Directiva y el hecho de que pueda hablarse de una adaptación incompleta en esta materia.

233

Consecuencias de la adaptación incompleta.

Esta incompleta adaptación, ha supuesto se publiquen no pocos trabajos sobre el tema que nos ocupa y que sean también varias las resoluciones de la DGR que se han pronunciado al respecto.

Y al llegar a este punto, creo un deber reconocer la importante labor que está llevando a cabo la DGR, al tratar de completar esa adaptación, a veces teniendo que saltar sobre la letra de algunos preceptos, como se está poniendo de manifiesto a través de una serie de resoluciones que vamos a sistematizar y comentar.

Antes de ocuparnos en detalle de esa exposición, tenemos que señalar:

—De una parte, que no es ésta la misión específica de este Centro Directivo.

—Y de otra, que no siempre está siendo comprendida su doctrina, y mucho menos compartida, como se pone de manifiesto en comentarios a algunas de sus resoluciones.

Resoluciones de la DGR.

Al tratar de sistematizar la doctrina de la Dirección General puesta de manifiesto en sus más recientes resoluciones sobre el tema de que nos estamos ocupando, podemos referirnos a los extremos siguientes:

a) Sistema monista de administración.

En *resolución de 12 de junio de 1992*, se tiene en cuenta el sistema monista que preconiza la Novena Directiva de la CEE, que como veíamos al exponer el art. 9.3, sólo permite que pueda prever la legislación nacional la atribución del poder de representación, no obstante la regla en la materia, *a uno o a varias personas que actúen conjuntamente... a condición de que se refiera al poder general*", esto es, a que se haya previsto y publicado el sistema mancomunado.

234 Y, en base a esa doctrina, no permite el acceso al Registro de la exigencia de actuación conjunta para determinados actos —“prestación de avales, fianzas o garantías que afecten al patrimonio de la sociedad, o comprar o vender inmuebles”—, al haberse optado en unos estatutos por el sistema de dos administradores solidarios, y ello, “porque la exigencia de precisión y claridad en los pronunciamientos registrales, imponen la eliminación de toda ambigüedad o incertidumbre en aquella regulación estatutaria como requisito previo a la inscripción; labor ésta que inequívocamente corresponde realizar a los propios constituyentes” y rechaza la inscripción de las estipulaciones debatidas “en tanto en ellas no se precise el alcance meramente interno de esta necesidad de actuación conjunta para ciertos actos”.

Con estos argumentos, parece rechazar el Centro Directivo la posibilidad de inscribir dicha cláusula en el Registro, bien que con la advertencia por parte del Registrador en la nota de despacho y en el acta de inscripción de que tales limitaciones a las facultades solidarias tienen un alcance meramente interno.

Sin embargo, en este punto tengo que manifestar que algunos Registradores hemos entendido que sí será posible y correcta esa actuación que podemos llamar “oficiosa” del Registrador, y así parece deducirse de la forma de expresarse el art. 129 LSA, en el segundo inciso de su párrafo primero: “Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, *aunque se halle inscrita* en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a tercero”. Las palabras que hemos subrayado, tal vez permitan esa inscripción matizada que propugnamos, ya que no podemos desconocer la utilidad del reflejo de dichas cláusulas limitativas en el Registro Mercantil, aunque sea de manera indirecta y, ello, porque estimo preferible el acceso al Registro de esas limitaciones *con la indicación de que su alcance es meramente interno*, antes que denegar o rechazar su inscripción, por ejemplo al haberse consentido la inscripción parcial permitida por el art. 63 RRM, ya que al hacer constar dicha denegación o exclusión en la nota al pie del título, además de no afectar a terceros esa limitación, tanto por el imperativo legal como por ese no acceso al Registro, también puede dar lugar a que los administradores que hayan actuado contra dicha limitación de facultades, puedan alegar frente a la sociedad su ausencia de responsabilidad, en base a que el Registrador al rechazar el acceso al Registro de la estipulación que exigía actuación conjunta de los administradores, está indicando, en cierto modo, que la estipulación carece de toda eficacia.

235

En base a estos razonamientos, estimo preferible llevar al Registro esas limitaciones meramente internas de forma espontánea por el Registrador, bien que con la advertencia de su alcance meramente interno, sin que sea imprescindible que esta advertencia sea labor exclusiva de los propios constituyentes, como parece exigir la DGR, que, por otra parte, no está vetando el acceso al Registro de esas limitaciones, sino exigiendo “aquella regulación estatutaria como requisito previo a su inscripción”. Esto es, si los constituyentes han

precisado ese carácter interno de la limitación ya no existiría ambigüedad o incertidumbre en la regulación estatutaria o en la escritura social rectoras de la estructura y funcionamiento de la sociedad, y la limitación podría reflejarse en el Registro.

De todos modos, debo reconocer que no son pocos los que, compartiendo la postura de la DG en la resolución que estamos comentando de *12 de junio de 1992*, que se ha visto confirmada en otra de *2 de diciembre de 1992*, hablan de una posible limitación estatutaria que haya accedido indebidamente al Registro Mercantil.

Así, por ejemplo, GIMÉNEZ DUART en sus comentarios a las resoluciones de 22 de julio y 10 de septiembre de 1991 (Revista Jurídica del Notariado, jul.-sept. 1992, pág. 271).

b) Indicación del objeto social para calificar las facultades de los administradores.

En este punto nos encontramos con una de las resoluciones que más se han acercado a la doctrina germánica y a la postura del art. 9.1 de la Primera Directiva. Se trata de la *resolución de 11 de noviembre de 1991*, en la cual se dice que no es necesario expresar el objeto social en la escritura de compra por el administrador único de una SL.

Se apunta en esta resolución que la conexión de un acto con el objeto social no es sencilla en general, a priori, ya que esa conexión tiene en algún aspecto matices subjetivos —sólo conocidos por el administrador—, por lo que, *rechazar esa conexión a priori escapa ordinariamente a la función calificadora*, así como tampoco puede el tercero asumir la carga de interpretar la conexión del acto que va a celebrar con el administrador, con el objeto social redactado unilateralmente por la otra parte contratante.

Como lógica consecuencia, se señala también que es sólo la Entidad, y a posteriori, la única legitimada para contrastar esa conexión y exigir las responsabilidades procedentes

al administrador que hubiese realizado actos desconectados del objeto social o incluso anular el acto, si éste resultare claramente contrario al objeto social.

c) *Actos conexos con el objeto social.*

Una aplicación de la doctrina de los actos conexos con el objeto social, aludida en la resolución que acabamos de comentar, nos encontramos en la *resolución de 13 de diciembre de 1991*, que, en relación con el art. 41 LSA, admite como operación ordinaria la compra de una vivienda, habida cuenta que el objeto social es la construcción y reforma de toda clase de edificaciones destinadas a locales comerciales y viviendas, y ello, porque si bien es cierto que la construcción y reforma de viviendas y locales no presupone necesariamente la previa adquisición del piso o local en que haya de operar la construcción o reforma, no lo es menos la frecuente conjunción con que en la práctica se presentan en aras a una *mayor rentabilidad de la actuación social*, de modo que a la adquisición debatida no resulta pertinente la exigencia de los requisitos establecidos en el art. 41 LSA.

Este último argumento de la DG está en la línea de la doctrina norteamericana, que se detiene, más que en el campo estricto del objeto social, en el del provecho de la sociedad, que puede justificar la realización de un acto gratuito que puede acabar suponiendo un beneficio para la sociedad. La misma DGRN ha recogido esta doctrina en la *resolución de 22 de noviembre de 1991*, que permite la inscripción de una cláusula estatutaria en la que se prevé el destino cada año de una parte de los beneficios sociales a determinadas fundaciones benéficas, en cuantía no superior al cinco por ciento de los obtenidos en el ejercicio.

d) Objeto exclusivo: seguro y reaseguro. Resoluciones de 22 de julio y 10 de septiembre de 1991.

Consideración especial merecen estas dos resoluciones, de una parte, al haber estado implicado en las mismas, de otra, porque a primera vista su doctrina parece estar en contradicción con la contenida en las resoluciones que hemos expuesto en párrafos anteriores. Sin embargo, no lo creo así, ya que lo único que señalan estas dos resoluciones es la improcedencia de llevar al Registro cláusulas estatutarias que permitan, vía capacidad de la sociedad o vía facultades de los administradores, la constitución de sociedades cualquiera que sea su objeto, por una sociedad que tiene un objeto determinado en sus estatutos, y en el caso de esas dos resoluciones, precisamente un objeto exclusivo —seguro y reaseguro—.

238

— En la primera parte de estas resoluciones, se rechaza efectivamente el acceso al Registro de esas cláusulas que se consideran indeterminadas, por las razones que veremos enseguida.

— Pero, en una segunda parte de las mismas, no se ponen trabas a la capacidad de la sociedad o de los administradores para actuaciones fuera del ámbito del objeto social, cuando se den determinadas condiciones.

En efecto:

1. En cuanto al *rechazo a la inscripción de las cláusulas debatidas*, en las resoluciones que estamos examinando se señala que si uno de los efectos que la Ley anuda al objeto social, en armonía con su finalidad delimitadora del ámbito económico en que ha de desenvolverse la sociedad, es la definición de la extensión del poder de representación que corresponde al órgano gestor (art. 129 LSA), dos consecuencias resultan inequívocas:

a) Por una parte, la no necesidad de una adicional y coincidente definición estatutaria de ese poder representativo, mediante la enumeración pormenorizada de las facultades que lo integran.

En este sentido ya se pronunció el Centro Directivo en la *resolución de 16 de marzo de 1990*.

b) Por otra, la incertidumbre que se produce cuando en esa enumeración se incluyen facultades que entendidas en términos absolutos desbordarían claramente el objeto social, pues,

- tanto podría entenderse que esta atribución suplementaria revela una ampliación indirecta de aquél,
- como que la finalidad perseguida es exclusivamente la mera autorización anticipada para la realización ocasional de actos ajenos al ámbito de la actividad propia de la sociedad, lo que, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 129,2 LSA, sustentaría su validez y eficacia frente a la sociedad y excluiría la eventual responsabilidad de los administradores.

Esta indeterminación, justifica por tanto el rechazo registral a las cláusulas, como la ahora debatida, que pueden constituir la atribución de limitadas facultades adicionales y que además no especifican de modo inequívoco su significación.

2. En cuanto a la segunda parte de las resoluciones se termina diciendo en las mismas que ha de *reconocerse* que *la suscripción o posterior adquisición por una SA de acciones o participaciones sociales de una Entidad que tenga un objeto social diferente*, no implica necesariamente para aquélla una actuación ajena a su objeto social; y ello, porque, si bien supone la dedicación de parte del patrimonio de la Entidad a una actividad distinta de la delimitada en su objeto, diversas circunstancias, tales como:

- el reducido porcentaje de participación,
- la relación cuantitativa entre esta participación y el total patrimonio de la sociedad partícipe,
- las exigencias de rentabilidad de recursos excedentarios o de recursos que no pueden o no deben ser inmediatamente aplicados a la consecución de los fines propios de la Entidad.

Pueden hacer posible su calificación como actos complementarios, o auxiliares, pero, en definitiva, encauzados y subordinados a la consecución última del objeto social.

e) Objeto exclusivo: Actividad bancaria. Resolución de 11 de marzo de 1992.

Por último, tenemos que referirnos a la postura bastante abierta de la DGRN en su *resolución de 11 de marzo de 1992*, que revoca la nota de un Registrador Mercantil que suspendió la inscripción de una escritura de constitución de una SA dedicada a actividades de viajes y turísticas.

La razón de la suspensión por el Registrador se fundaba en que uno de los tres socios fundadores era una sociedad de banca.

En esta resolución, la DG sienta la siguiente doctrina:

— Que los administradores del Banco, como órgano externo, sólo tienen limitaciones estatutarias de carácter interno, sin que sus actuaciones perjudiquen a terceros de buena fe.

— Y que el objeto social no puede calificarse con criterio exclusivamente riguroso, ya que en los arts. 117, 129 y 133 de la vigente LSA se aceptan como incluidos en el ámbito de poder de representación de los administradores

- no sólo los actos de desarrollo o ejecución del objeto de forma directa o indirecta, así como los complementarios o auxiliares para ello,

- sino también los actos neutros o polivalentes e incluso los actos no aparentemente conectados con el objeto social,

- quedando excluidos del ejercicio del poder de representación los claramente contrarios al objeto.

f) Posibilidad de limitar las facultades representativas de los administradores para realizar actos no comprendidos en el objeto social.

Este tema, que se puso de manifiesto por GARRIDO DE PALMA en el coloquio que siguió a mi Conferencia en la

Universidad de Verano de Santander sobre “Objeto social y régimen de las participaciones sociales”, puede considerarse resuelto por la DG en su *resolución de 12 de julio de 1993*, que casualmente se publicaba en el BOE el mismo día en que pronunciaba dicha charla, el 23 de agosto de 1993, lo que no permitió, por razones obvias, que pudiera ser tenida en cuenta en dicho coloquio.

Se debatía en este recurso, la exclusión hecha por el Registrador Mercantil, en base al art. 63 RRM, de la exigencia de acuerdo de Junta General para que los administradores puedan realizar *actos de enajenación y gravamen de inmuebles*.

Entre las alegaciones del Notario recurrente se dice que cabe preguntarse cuál es la naturaleza de los actos respecto de los que se pretende limitar las facultades representativas de los administradores en la escritura calificada, y si con dichas limitaciones se respeta el contenido imperativo del art. 129 LSA, y que, en principio, no cabe duda que se respeta dicho contenido mínimo e inderogable de las facultades representativas, dado el objeto social, al ser claro que los actos respecto de los que se pretende tales limitaciones están fuera del objeto social, por lo que dicha limitación no puede circunscribirse al ámbito interno de las relaciones de los administradores con la sociedad y debe surtir plenos efectos en relaciones con terceros, sin perjuicio de la protección que para los terceros de buena fe y sin culpa grave se sanciona en el art. 129.2 LSA. Otro de los argumentos del recurrente es de que si estamos ante una sociedad limitada, cuya regulación legal, escasa de normas de carácter imperativo, ofrece un mayor ámbito a la autonomía de la voluntad, y que dado el carácter personalista de la SL no cabe duda, que en un plano de jurisprudencia de intereses, el control de la gestión de los administradores, limitando sus facultades representativas para determinados actos de extraordinaria relevancia, es una pretensión legítima a la que el ordenamiento jurídico, conci-

liándola con la seguridad y certeza del tráfico, debe dar plena acogida.

En contra de estos argumentos, el Registrador recurrido señala en su informe:

— De una parte, que los actos de enajenación y gravamen de bienes inmuebles que el recurrente considera que están fuera del objeto social, pueden estar, sin embargo, conectados con dicho objeto y, por tanto, comprendidos dentro del ámbito del poder de representación del administrador. Cita la doctrina de la resolución de 11 de noviembre de 1991, de la que nos ocupamos antes, en la que se dice que la conexión de un acto con el objeto social no es sencilla en general, a priori, ya que esa conexión tiene en algún aspecto matices subjetivos.

242 — De otro lado, rechaza el argumento del mayor ámbito del principio de autonomía de la voluntad en la SL, dada la remisión del art. 11 LSRL a la normativa reguladora de la SA siendo, por tanto, aplicables a las SLL los arts. 129 LSA y 124 RRM, con toda su extensión, al hacer causa el citado precepto de la 1.^a Directiva de la CEE, aplicable también a nuestra SRL.

En su resolución, la DG, que cita en sus vistos el art. 9.2 de la 1.^a Directiva, confirma el acuerdo y la nota del Registrador, alegando, entre otras razones, las que ya señalara en su anterior resolución de 12 de junio de 1992: que debe rechazarse el acceso registral de la cláusula debatida, en tanto en ella no se precise debidamente el alcance meramente interno de esta necesidad de autorización de la Junta para los actos cuestionados.

g) Posibilidad de ampliar a través de un poder de Junta General las facultades atribuidas estatutariamente al administrador de una sociedad.

Tema contrario al que acabamos de contemplar, es el de la ampliación de las facultades estatutarias del administrador

de una sociedad, efectuado mediante poder concedido al dicho administrador por la Junta General de la sociedad, al estimar que no estaban comprendidas en las mismas las de *“vender, permutar y por cualquier título oneroso enajenar bienes muebles e inmuebles, obtener préstamos con garantía hipotecaria o cualquier otra real; reconocer documentos privados y elevarlos a público, y en todos estos casos fijar libremente sus pactos y condiciones, incluso aceptando garantías de cualquier tipo de los posibles precios aplazados”*.

Pues bien, la DG en su *resolución de 24 de junio de 1993*, aparte de no admitir esa ampliación vía poder de la Junta General, dada su reiterada doctrina de que dicho órgano no puede otorgar directamente un poder, señala que no es posible conceder ese poder por la redundancia que ello supondría, ya que esas facultades que se pretende conceder al administrador, vía ampliación de las reconocidas estatutariamente, quedan claramente incluidas dentro del propio ámbito legal de las facultades representativas que por su calidad de administrador le corresponden (art. 129 LSA) en cuanto que aquellos actos relacionados con el objeto social no son sino los cauces jurídicos a través de los cuales se desenvolverá la actividad societaria delimitada por el objeto social (res. 16 de marzo de 1990).

243

Conclusiones

Por tanto, y es la principal consecuencia a que nos lleva la doctrina que estamos analizando, *la indicación en los estatutos de una sociedad de su objeto social, no es decisiva a la hora de determinar las facultades de sus administradores*.

Y ello porque el objeto social que venía operando como límite mínimo de las facultades de los administradores, aunque con la nueva legislación sigue actuando como tal, ha sido superado en su consideración de límite máximo de dichas facultades.

Como señalara LANZAS GALVACHE, en el trabajo antes

citado, todos los que nos movemos en el mundo del Derecho sabemos sobradamente lo difícil que a veces resulta precisar si tales o cuales facultades se encuentran o no comprendidas dentro de las que confiere un determinado poder, y el Derecho Mercantil no puede tolerar esa indeterminación. Esto es lo que ha movido a nuestro legislador, siquiera por imperativos de las Directivas de la CEE, a establecer la norma de que los abusos o los excesos de los administradores deban encuadrarse exclusivamente en la órbita de la responsabilidad de éstos frente a la sociedad.

Actualmente, una vez que se acredite la condición de administrador de una sociedad:

- Ni son los terceros que con él contraten los que asumen la carga de interpretar la conexión del acto con el objeto social.

244

- Ni es el Registrador que vaya a calificar el documento en que se contenga un acto o contrato inscribible otorgado en nombre de la sociedad, el que haya de examinar o calificar “a priori” esa vinculación con el objeto social del acto realizado por los administradores, lo que normalmente escapa de su función.

Estas conclusiones, sin embargo, no quieren decir que no se exija *la determinación del objeto social y la constancia del mismo* en la escritura que se presente en algún Registro, o que esa indicación en la escritura del objeto social sea totalmente irrelevante, al no ser necesaria esa constancia en la escritura que contenga un acto inscribible, para su acceso al Registro, al entender la DG que escapa normalmente de la función calificadora el examen de la vinculación del acto con el objeto social.

Por el contrario, hay razones que justifican esa determinación y constancia, ya que las mismas *harán posible*:

- 1.º Que se *excluya la responsabilidad de los administradores*, si el acto por ellos realizado se ajusta a los estatutos, esto es:

- Está comprendido en el objeto social indicado en dichos estatutos o

- Se ha ejercitado una de las facultades enumeradas en los mismos.

2.º Que pueda *ponerse en marcha la acción de responsabilidad* por la sociedad o los socios (art. 133 LSA), contra los administradores que hayan actuado más allá del objeto social o de las facultades que se les hayan concedido en los estatutos.

3.º Que la sociedad pueda **anular en perjuicio de tercero** el acto realizado por éste con los administradores que no esté comprendido en el objeto social si prueba la posible connivencia o mala fe de dicho tercero.

De todos modos, al ser la sociedad la única que puede invocar la transgresión del administrador y la posible nulidad del acto por él realizado, y la que tiene que probar que el tercero conocía la transgresión o no podía desconocerla, al no ser posible alegar como prueba el simple hecho de la publicación de los estatutos de la sociedad, hay que reconocer que *en la práctica la posición de ese tercero es casi inatacable*, ya que, al no ser oponible al tercero los posibles abusos de los administradores, aunque conste inscrito el objeto social, es obligado presumir que tal tercero obra de buena fe.

Y en relación con esta posición del tercero, en el coloquio que siguió a mi charla en la Universidad de Santander, se planteó la pregunta de si la advertencia hecha por el Notario en la escritura que autorizase, en su caso, de que el administrador que otorgaba un acto recogido en la misma no tenía suficientes facultades, podía servir para enervar la buena fe del tercero que con dicho administrador contrataba. Mi opinión al respecto, como allí manifesté, es la de que esa advertencia del Notario no puede *por sí sola* ser suficiente para destruir la buena fe del tercero. Digo y subrayo *por sí sola*, al entender que el Notario puede y debe hacer esa advertencia, pero la misma no tendrá más

alcance que la posible inscripción de alguna limitación de las facultades de los administradores. En este punto, la doctrina de la Primera Directiva de la CEE es bastante clara, como se manifiesta en el segundo párrafo del art. 9.1, ya expuesto antes, conforme al cual, no será suficiente *la sola publicación de los Estatutos* para probar que el tercero sabía que el acto excedía del objeto social o no podía ignorarlo. Norma ésta que, con más o menos acierto, se recoge también en el art. 129 LSA, y recuerda la pregunta de anteriores cuestionarios de oposiciones a Registros y Notarías de si cabe la buena fe contra los pronunciamientos del Registro.

246

En definitiva, al no ser suficiente, por sí sola, ni la advertencia del Notario ni la inscripción o publicación de los Estatutos en que conste una posible limitación, será el Juez el que habrá de calificar esa buena o mala fe del tercero contratante con un administrador que haya podido excederse en sus facultades representativas, aunque, como es natural, entre las pruebas que dicho Juez deberá tener en cuenta, serán muy importantes las de esa advertencia o inscripción.

No obstante, no podemos terminar sin señalar que todavía existen importantes reticencias en nuestra doctrina y en nuestra jurisprudencia a la hora de admitir de una forma inconclusa la doctrina germánica que inspira la nueva legislación, en la línea de la no limitación de las facultades de los administradores, salvo casos muy excepcionales.

Por vía de anécdota puedo referirme a dos casos concretos que ponen de manifiesto lo que acabo de apuntar.

En una ocasión, se niega la posibilidad de que el administrador de una sociedad contrate la instalación de un teléfono en el domicilio de una sociedad, por no estar comprendida esa facultad entre las enumeradas en los estatutos.

El segundo supuesto se refiere a una entidad bancaria, que exige ampliación de las facultades de un administrador

para poder efectuar transferencias de fondos de que es titular la sociedad que dicho administrador representa.

El hecho que justifica esas reservas no se encuentra tanto en la mejor o peor adaptación de nuestra legislación mercantil a la de la CEE, sino en una deficiente divulgación de la doctrina que de la misma se deriva.

En efecto, a pesar de la doctrina abierta que hemos tratado de reflejar, no podemos desconocer las palabras de GIMÉNEZ DUART, en sus comentarios a las resoluciones en que estuve implicado, cuando dice que en la práctica, los estatutos habrán de seguir redactándose con una detallada relación (jurídicamente innecesaria) de facultades de los administradores, pues el tráfico así lo exige y el Mercantil no es un Derecho de formas, sino de tráfico precisamente. En alguna ocasión, he comentado a algún Notario que son tan numerosas las facultades que se enumeran en las escrituras de constitución de sociedad a favor de los administradores, que más parecen una escritura de poder que de constitución de sociedad.

247

Por ello, quiero concluir esta materia de la capacidad de los administradores en relación con el objeto social, con dos observaciones:

1.^a Que, si bien desde un punto de vista teórico, no es difícil mantener las conclusiones a que me ha llevado la exposición de las ideas que preceden, desde el punto de vista práctico siguen siendo comprensibles las dudas, tanto del Notario que no ve claro si un administrador tiene facultades para el acto que pretende otorgar, como del Registrador de la Propiedad que ha de calificarlo.

2.^a Que a la vista de todas esas dudas y dificultades, es necesario hacer una amplia difusión de la nueva doctrina que rige nuestra legislación mercantil en la materia de que nos hemos ocupado, para que sea definitivamente asumida por los destinatarios de la misma.

D) Objeto social e infracapitalización.

No podemos terminar el estudio del objeto social sin hacer referencia a un tema que se está abriendo paso en la doctrina: posible infracapitalización de la sociedad teniendo en cuenta las actividades que tiene previsto desarrollar la sociedad.

Esta materia ha dado lugar a diversos trabajos doctrinales y parece se ocupará de la misma una futura Directiva de la CEE, aunque, de momento no hay nada legislado.

En el Registro Mercantil de Madrid se devolvieron varias escrituras de constitución de sociedades, antes de la entrada en vigor de la nueva legislación con su exigencia de capitales mínimos en la SA y en la SL, al tratarse de sociedades cuyo objeto lo constitúan las actividades propias de una inmobiliaria y tener solamente un capital de doce mil ptas., claramente insuficiente. Estas escrituras fueron retiradas y no se han vuelto a presentar.

248

Ya en vigor la actual legislación, se rechaza también por un Registrador de Madrid la inscripción de una escritura de constitución de SRL con capital de 500.000 ptas. El motivo que se alega para dicho rechazo es el de la denominada "infracapitalización" de las sociedades, o sea, una desproporción entre la cifra de capital y las actividades que integran el objeto social, lo que se aprecia en la sociedad a cuya inscripción se ponen objeciones, dada la escasa cifra de capital de la misma para un total de trece actividades distintas que se pretenden desempeñar. También se alegan por el Registrador los arts. 260.3 LSA y el art. 39 CCv, ya que, aun referidos a la disolución de la sociedad o de una persona jurídica, marcan una pauta para interpretar que lo mismo ha de suceder en el nacimiento de las sociedades.

El Notario recurrente señala que esa posible descapitalización no puede ser objeto de calificación, pues ello supondría añadir a los requisitos exigidos en la CEE el ulterior trámite de la favorable calificación registral para la admisión

del capital social mínimo en función del objeto social, y que el seguirse un criterio cuantitativo subjetivista en la calificación comportaría una inmensa inseguridad jurídica y en definitiva se seguirían criterios económicos y no jurídicos al calificar. Y, en cuanto a las alegadas causas de disolución, se rechaza por el Notario su posible aplicación, ya que en el art. 260.3 LSA se exige acuerdo de Junta General o resolución judicial y no cabe que esta voluntad social la encarne el Registrador, y el art. 39 CCv es aplicable sólo a entes existentes y no se refiere a sociedades.

La DGR en su *res. de 22 de junio de 1993*, revoca la nota del Registrador, al entender que “aunque es cierto que la garantía de los acreedores y de los terceros que entran en relación con una sociedad, así como la propia permanencia de ésta y del adecuado desenvolvimiento de su actividad, apunta a una conveniente capitalización de la entidad en función de las actividades que integran su objeto social; y también lo es que en el caso debatido, es manifiestamente desproporcionada e insignificante la cifra de capital social inicial para atender al desarrollo del objeto social, integrado, entre otras, por actividades de construcción, promoción inmobiliaria, instalación de tratamiento de aguas, explotación de centros comerciales, residencias geriátricas, explotaciones mineras, etc. Sin embargo, en el estado actual de nuestra legislación —y sin perjuicio de específicas exigencias en función del objeto social— se establece la válida constitución de una sociedad limitada si su capital alcanza la cifra mínima de 500.000 pesetas (art. 3 LRJSRL) y a este requisito legal ha de ajustarse el Registrador en su labor de calificación (art. 18 CCo), sin que pueda invocarse en contra el contenido normativo de los arts. 260.3.º LSA y 39 CCv, los cuales *contemplan una entidad ya existente cuyo desenvolvimiento deviene imposible y cuya disolución presupone una decisión de los órganos soberanos de la propia entidad o la pertinente resolución judicial*”.

E) Objeto social y adaptación de estatutos.

Aunque se trata de un tema de Derecho transitorio, dada la transcendencia que tiene la modificación del objeto social, que puede determinar especiales exigencias de publicidad (art. 150 LSA) y la posible separación de los socios, cuando la modificación implique la sustitución del mismo (art. 147 LSA), no podemos dejar de tocar algún problema relacionado con esa adaptación.

a) Un primer problema bastante interesante que las nuevas exigencias plantean en relación con el objeto social es el de si puede *mantenerse el que ya constaba* en el Registro, sin alterarlo al hacer la adaptación de una sociedad a la normativa hoy vigente.

250 Este problema ha sido ya resuelto por la DGR, en su *res. de 18 de febrero de 1991*, en la cual, frente a la argumentación del Notario recurrente de que la voluntad social consiste en mantener el objeto social sin modificación alguna, se dice:

Aunque no hay cambio de objeto social “existe una voluntad social de adaptación total de la norma estatutaria a la nueva legislación que, en cuanto a los artículos que se reproducen literalmente, implica una ratificación de su contenido con referencia al nuevo marco legislativo y es precisamente la valoración de esta efectiva adecuación de aquéllos a ésta lo que el Registrador debe efectuar ahora en cumplimiento de la Disposición transitoria 3.^a del TR de la LSA de 22 de diciembre de 1989 y del artículo 18-2 CCo en su redacción actual.

Por otra parte, no cabe invocar, en el caso considerado, la presunción de validez del acto inscrito en el RM para decidir la calificación de los arts. estatutarios que no experimentan modificación respecto de su contenido anterior, pues es evidente que dicha presunción sólo puede operar con referencia a la legislación vigente en el momento de practicarse la respectiva calificación, y lo que ahora impone

la citada disp. trans. 3.^a es la revisión y depuración del contenido registral a la luz de la nueva normativa promulgada.”

En la misma línea, con relación a anteriores adaptaciones, se manifestó la DGR, en *res. de 5 de noviembre de 1956*.

b) Otra cuestión que podemos destacar es la de la determinación de si el *desarrollo de alguna de las actividades anteriores a efectos de adaptación* puede o no suponer modificación del objeto social.

Se trata de una materia también resuelta por la DGR en *resolución de 18 de agosto de 1993*, en la cual, frente a la postura del Registrador que consideraba existente tal modificación, al sustituirse unas palabras genéricas, por una enumeración de actividades constituidas por el transporte escolar, servicio de comedor y residencia de alumnos, y la organización de actividades extraescolares, la DG señala que “cuando la adaptación estatutaria supone concreción y sumari-
riedad en las actividades integrantes de la cláusula destinada al objeto, la determinación de las relacionadas con la actividad principal que antes se comprendía en fórmula genérica, no puede considerarse modificación sino mero cumplimiento de la exigencia legal y reglamentaria”. Se trata de una sociedad cuya actividad principal es la enseñanza, y las ahora enumeradas considera la DG que están enmarcadas en dicho objeto.

251

2. Régimen de las participaciones sociales

A) Concepto y caracteres.

Podemos definir las participaciones, con VICENT CHULIÀ, diciendo que “constituyen una parte alícuota del capital social, e indirecta del patrimonio neto de la sociedad, y el conjunto de derechos y obligaciones que integran la condición de socio”.

Dos notas destacan en esta definición que ciertamente coinciden con la de la acción:

- Se trata de partes alícuotas del capital social.
- Atribuyen a su titular la condición de socio, con el conjunto de derechos y obligaciones que ello lleva consigo.

Pero aquí terminan las coincidencias con la acción, y ello porque las participaciones sociales no tienen el carácter de un documento-valor.

Precepto fundamental lo constituye el art. 1 de la LSL, en el que se apuntan los caracteres de las participaciones al decir:

“La sociedad de responsabilidad limitada tendrá un capital determinado, dividido en participaciones iguales, acumulables e indivisibles, que no podrán incorporarse a títulos negociables ni denominarse acciones”.

El art. 5 del Anteproyecto, concretando más, señala que:

252

1. *“El capital social estará dividido en participaciones iguales, acumulables e indivisibles”.*
2. *“Las participaciones sociales no tendrán el carácter de valores, no podrán estar representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta ni denominarse acciones”.*

Comparando estos preceptos con los que la LSA dedica a las acciones, nos encontramos con profundas diferencias, desde el momento que, respecto a *las acciones*, admite la Ley

- la existencia de diversidad de *clases y series*,
- así como el que puedan representarse tanto por medio de *títulos* como por *anotaciones en cuenta*.

Dejando para más adelante la prohibición de incorporar las participaciones a títulos negociables y la de denominarse acciones, que estudiaremos al ocuparnos de la representación de las participaciones y de su transmisibilidad, vamos a detenernos en las otras tres características señaladas en los preceptos que comentamos.

a) *Participaciones iguales.*

El requisito de que las *participaciones sean iguales*, no ha sido suficientemente profundizado por la doctrina. Por ejemplo, SÁNCHEZ RUS se limita a indicar que *no se admite la existencia de series o clases de participaciones*.

Sin embargo, creemos posible admitir que la *igualdad se refiere solamente a la cuota parte* que las participaciones representan en relación al capital social, no admitiendo nuestro Derecho que existan participaciones con distinto valor como se permite en el Derecho alemán, sin que exista dificultad en admitir otras posibles diferencias, tales como:

- *Participaciones con prima* que, aunque no sean frecuentes, no entendemos estén prohibidas. Como fundamento de nuestra afirmación, aunque sabemos se trata de un argumento de no mucho peso por la Ley en que se contiene, se contemplan como posibles en la Ley de 6 de junio de 1991 sobre IRPF, que, al regular los incrementos y disminuciones patrimoniales habla de añadir al valor nominal de las acciones o *participaciones sociales* “el importe de las primas de emisión” (art. 48-d-Primera).

- *Participaciones que lleven vinculadas prestaciones accesorias*, pues la obligación de prestación accesoria puede ir vinculada solamente a la titularidad de una o más participaciones sociales concretamente determinadas y no a todas.

Haciendo un inciso, señalar que en las participaciones con prestaciones accesorias encontramos otra diferencia con las acciones que lleven aparejadas también dichas prestaciones. La diferencia consiste en que las prestaciones accesorias de *las participaciones pueden ser remuneradas con cargo al beneficio neto del ejercicio* (art. 10 LSL, en relación con el 27), lo que no cabe hacer respecto a las acciones.

Una especialidad que recoge el *Anteproyecto*, para el caso de estar vinculada la obligación de realizar prestaciones accesorias a la titularidad de una o varias participaciones concretamente determinadas, es la de ser necesaria para la

transmisión de las mismas la *autorización de la sociedad* (art. 25.1.º).

- *Participaciones que concedan determinada preferencia* que pueda manifestarse, como apunta GARRIDO DE PALMA, bien en el derecho de suscripción preferente sobre el que se admiten disposiciones estatutarias en el art. 18, bien en las adjudicaciones a que dé lugar una posible disolución de la sociedad.

Otros, como VICENT CHULIÁ, se muestran totalmente contrarios a esta solución, al no admitir puedan crearse privilegios, ni siquiera económicos, por ej. en la percepción de dividendos o cuota de liquidación.

b) Participaciones acumulables.

254 Esta exigencia quiere indicar que un socio puede poseer una o varias participaciones, al seguir nuestra Ley el sistema de pluralidad de las partes, o sea, que cada partícipe pueda suscribir varias participaciones en el momento de la constitución de la SL y posteriormente en los casos de aumento de capital. En el Derecho alemán se sigue, por el contrario, el sistema de participación única inicial de cada socio.

En definitiva, en nuestro Derecho: cada socio puede ser dueño de varias participaciones. No se trata de que las participaciones sean acumulables entre sí, sino acumulables en su titularidad.

c) Participaciones indivisibles.

Esta nota de la indivisibilidad quiere decir que la participación no puede fraccionarse en participaciones de menor valor. Aunque la participación sea propiedad común de dos o más personas, no podrá dividirse en tantas partes como propietarios, por cuyo motivo exige la LSL que en caso de varios titulares de una participación designen un representante común para el ejercicio de los derechos, bien que

respondiendo solidariamente de las obligaciones (art. 23 LSL, en la misma línea que el 66 LSA).

Esta posible pluralidad ha de tenerse en cuenta mientras se mantenga la limitación a cincuenta del número de socios, desde el momento que a través de dicha cotitularidad puede rebasarse dicho límite. No olvidemos que la Ley habla de cincuenta socios y no de cincuenta participaciones. Incidentalmente trata de esta situación la DG en su *res. de 21 de junio de 1990*, relativa a la sociedad de socio único, al señalar lo fácil que es salir de esa situación, atribuyendo una acción en proindiviso a más de una persona.

B) Transmisión de las participaciones.

Se ocupan de esta materia los arts. 20 a 22 de la LSL, siendo fundamental el primero de los citados, el cual, como puso de manifiesto la *res. de la DGRN de 14 de marzo de 1957*, establece dos sistemas para la transmisión de participaciones sociales:

- El voluntario, al permitir la Ley que en la escritura social pueden establecerse los pactos y condiciones que se estimen convenientes, siempre que los pactos no entrañen una prohibición total de las transmisiones, y,

- El supletorio, que, de acuerdo con la especial naturaleza de esta clase de sociedades, y conciliando las opuestas exigencias de no inmovilizar el capital, por una parte, y salvaguardar, por otra, el carácter, de hecho, personal de estas sociedades, con capital modesto, permite la transmisión a extraños, aunque estableciendo un derecho de tanteo en favor de los socios y de la sociedad.

Sin detenernos en el sistema legal o supletorio, que se regula con detalle en el art. 20, vamos a ocuparnos de algunos problemas que puede plantear el sistema voluntario.

a) *Relación del art. 1 de la LSL con el art. 20.*

La prohibición de que las participaciones puedan incorporarse a títulos negociables, del art. 1 de la Ley, no quiere decir que las participaciones no sean transmisibles, ya que sí lo son, tal como se regula en el art. 20 de la misma Ley.

Lo que la norma indica es, simplemente, que la transmisión no puede facilitarse como la de un título valor. Es la idea que se reitera en el anteproyecto.

Es en relación con este tema de la transmisión donde podemos apreciar otra diferencia entre las acciones y las participaciones.

En efecto, la transmisión de acciones está propiciada en la misma LSA, que, además de excluir los pactos de intransmisibilidad de las acciones al portador, no permite cualquier tipo de restricción en las nominativas, sino que ha de ajustarse a lo dispuesto en su art. 63 y concordantes.

256

Es más, en los estatutos de una SA puede establecerse la libre disposición de las acciones, mientras que la libre disposición de las participaciones no cabe en los estatutos de una SRL.

Aun sin desconocer que otros autores sí lo admiten, y la misma DGR en la citada **res. de 14 de marzo de 1957** (aunque en ésta muy de pasada), optamos por la solución negativa, que ya se apuntaba en la misma E. de M. de la Ley del 53, y hoy se defiende por parte de la doctrina y es el criterio del anteproyecto de LSL.

a') Entre los autores, citamos a:

- GARRIDO DE PALMA, para el que con dicho pacto se desnaturalizaría el carácter de la participación, al hacer muy fungible la condición de socio.

- VINCENT CHULIÁ, al estimar que ese pacto parece contrario a la naturaleza o "principios configuradores" de la SL.

- SÁNCHEZ RUS, que se apoya en los elementos estructurales de la SL y en el hecho de que una cosa es autorizar el art. 20 la modificación de ciertos aspectos

del sistema legal, y otra la sustitución por otro sistema de libre transmisión.

- Y a esos argumentos añadimos nosotros el del *art. 226* de la LSA que, al ocuparse de la transformación de la SA en SRL, deja en *suspense durante 3 meses* la aplicación del Capítulo V de la LSRL, lo que entendemos se hace para permitir al socio de la SA desprenderse de sus acciones, al *pasarse de un sistema de transmisión normalmente permitida a otro de transmisión legalmente restringida*.

b') Esta opinión se encuentra avalada por el *anteproyecto*, que en su EM, después de señalar como una de las características de la SRL la de la mayor flexibilidad de su régimen jurídico, indica que, con todo, no pueden los socios franquear las fronteras que separan la SA y la SRL, y que, siendo esencial para la SRL su carácter de sociedad cerrada, a diferencia de las acciones, *"las participaciones sociales no pueden ser libremente transmisibles con carácter general"*.

257

Consecuente con este criterio:

- En el *art. 30*, solamente se consideran libres, salvo disposición contraria de los estatutos, las transmisiones voluntarias entre socios o a favor del cónyuge, ascendientes o descendientes del socio o a favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo que la transmitente.

- Y, en el *art. 32.1*, considera nulas *"las cláusulas que hagan prácticamente libre la transmisión"*.

b) Otras aplicaciones del principio de autonomía de la voluntad.

Concretamente vamos a ocuparnos de las dos siguientes: si es posible cambiar el orden de preferencia del *art. 20* de la LSL, y si puede admitirse la autocartera en la SL.

1. El tema del posible cambio de orden de preferencia, consiste en preguntarnos si puede en una escritura social concederse el *derecho de opción a la sociedad antes que a los socios*.

Tengo que reconocer que la primera vez que ví señalada esta posibilidad en unos estatutos de SL rechacé dicho pacto y el Notario autorizante lo suprimió, remitiéndose al régimen legal. Mi único argumento no pasaba de ser la literalidad del art. 20 de la LSL, que habla primero de los socios, y sólo parece reconocer derecho a la sociedad “en el caso de que ningún socio ejercite el derecho de tanteo”.

Profundizando algo más en mis consideraciones, ante la insistencia de algún Notario sobre la validez del pretendido pacto, rectificando mi primera postura, he llegado a la conclusión de que sí será posible dicho cambio del orden de preferencia del art. 20, ya que este pacto podría encajar en esos “otros pactos y condiciones para la transmisión inter vivos de las participaciones sociales” que pueden contenerse en la escritura de constitución de la sociedad.

258

También en este punto es bastante abierto el Anteproyecto, desde el momento que permite optar en los estatutos en las transmisiones inter vivos de participaciones entre:

- Exigir el consentimiento de la sociedad o
- Establecer un derecho de adquisición preferente
 - en favor de todos o algunos de los socios,
 - en favor de la sociedad,
 - o en favor de los socios y de la sociedad.

2. En cuanto a la *autocartera en la SL*, también parece estar prohibida en el art. 20 de la LSL, que al hablar de la posible adquisición por la sociedad señala que será “para amortizarlas, previa reducción del capital social”. Así lo sostienen no pocos autores.

Sin embargo, otros se manifiestan en sentido afirmativo, remitiéndose a la permisión contenida en la LSA y con sus límites.

La postura del Anteproyecto se pone de manifiesto en sus arts. 42 y ss., en los que parte de la prohibición de la adquisición originaria, esto es, de asumir participaciones propias o emitidas por su sociedad dominante.

En cuanto a la adquisición derivativa, permitida en los supuestos del art. 43, lleva como condicionamiento:

- Para la adquisición de participaciones propias, la obligación de ser inmediatamente amortizadas.
- Para la adquisición de participaciones de la sociedad dominante, la obligación de transmitir las en plazo máximo de un año.

c) *Formalidades de la transmisión.*

En el último párrafo del art. 20 de la LSRL, la reforma del año 1989 ha modificado las formalidades de la transmisión de las participaciones sustituyendo el sistema de escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil, por el de documento público y constancia en el libro registro de socios.

Esta modificación ha planteado una serie de problemas, y entre ellos podemos destacar los siguientes:

259

1.º El de si puede pactarse en estatutos seguir considerando necesarias las mismas formalidades anteriores: escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil.

a) Respecto a la exigencia de *escritura pública* para que la sociedad reconozca la transmisión, hemos de decir que fue una materia bastante debatida cuando se elaboraba la Ley de Reforma y que, al haberse decidido el legislador por la fórmula del documento público, se han planteado varios recursos contra calificaciones de Registradores que no admitían esa exigencia de escritura pública, por lo cual, al no haber resuelto aún la DG, nos limitamos a dejar apuntado el problema.

En el Anteproyecto se vuelve al sistema de la escritura pública.

b) En cuanto a la exigencia de inscripción de la transmisión en el Registro Mercantil, creemos necesario rechazar el supuesto estatutario de condicionar el reconocimiento de la transmisión a la inscripción en el Registro, ya que iría abiertamente contra el nuevo párrafo del art. 20 y contra

la doctrina generalizada de la DG que no admite llevar al Registro hechos o actos cuya inscripción no está prevista, ya que solamente entorpecerían la claridad de los asientos registrales.

Si en el documento en que se recoge la transmisión se contienen otros actos inscribibles, se rechazaría la primera aplicando la doctrina del art. 62.2 RRM, en el que se indica, para el caso de que un título comprenda varios hechos independientes unos de otros, que *“los defectos que apreciar el Registrador en alguno de ellos no impedirán la inscripción de los demás, debiendo practicarse, respecto de éstos, los asientos solicitados”*.

260 Queremos destacar, comentando esta norma, que, así como para la inscripción parcial prevista en el art. 63 RRM se exige consentimiento de los interesados en el mismo título o en solicitud mediante instancia, la actuación del Registrador en el supuesto del art. 62 es automática, como se deduce de las palabras *“debiendo practicarse”*, que en dicho precepto se utilizan. La diferencia se justifica, porque el art. 63 se refiere a defecto que afecte a parte del título y que no impida la inscripción del resto, y el art. 62 se refiere a hechos, actos o negocios independientes.

- El art. 63 puede aplicarse, por ejemplo, a una parte de los estatutos que no se estime inscribible al oponerse a una norma legal.

El juego de la exclusión consiste en no inscribir el artículo correspondiente, que será suplido por la norma legal correspondiente.

- En el caso del art. 62.2 se contienen en el título varios actos, como pueden ser la transmisión de participaciones y el cese de algún administrador.

Pues bien, el hecho de no poder inscribir la transmisión al impedirlo el art. 20 LSL citado, no es obstáculo para hacer constar en el Registro el cese del administrador comprendido en el mismo título.

2.º Un segundo problema es el de la *legitimación para*

el ejercicio de los derechos de socio, y que está relacionado con la existencia en la SRL del Libro Registro de socios, en el que se recogen las transmisiones de participaciones y la constitución de derechos reales sobre las mismas.

En este punto, estimo que el diferente sistema de representación y de transmisión de las acciones y de las participaciones, ha de repercutir en la forma de legitimar los socios su condición de tales en una u otra sociedad.

En efecto, el hecho de que, a diferencia de las acciones, las participaciones no puedan ser representadas mediante títulos valores ni mediante anotaciones en cuenta, repercute en la legitimación para ejercitar los derechos de socio.

Por eso vemos que así como en la SA la legitimación de los titulares de acciones nominativas puede basarse en su inscripción en el Libro de acciones nominativas, y para las acciones al portador, puede exigirse el depósito previo de las mismas para asistir a las Juntas generales, por el contrario, la legitimación del adquirente de participaciones de una SL no puede basarse en la inscripción en el libro registro de socios, ni en la posesión de un documento determinado, sino en la *documentación pública* correspondiente acompañada de la *comunicación* que dicho adquirente debe hacer a los administradores, como exige el art. 22, que en su segundo párrafo establece claramente que *“sin cumplir este requisito no podrá el socio pretender el ejercicio de los derechos que le corresponden en la sociedad”*.

El fundamento de esta diferencia estriba en que la condición de socio no puede depender de la posesión o de la entrega de un documento, ni de la apariencia que frente a tercero pueda suponer la inscripción en el citado libro, sino de la *formalización* de la adquisición en el *documento público* correspondiente, por la oponibilidad que al mismo atribuye el art. 1.218 del CCv, dado que una posible contradicción entre dicho documento público y el libro registro de socios, habría que resolverse a favor del primero conforme al art. 1.230 del CCv.

Y es que, en definitiva, la inscripción en este libro no tiene carácter constitutivo, como tampoco la tenía la inscripción en el Registro Mercantil, cuando la misma formaba parte de la documentación de la transmisión. Así lo señaló la DGR en *res. de 2 de febrero de 1979*.

En esta resolución, el Notario recurrente (Sr. BLANQUER UBEROS), señalaba que *una cosa* es la exigencia de previa inscripción de su titularidad sobre las participaciones a favor del socio que las transmita, necesaria por aplicación del principio de tracto establecido para esta materia en el art. 3 del anterior RRM, y *otra muy distinta* que para inscribir un acuerdo social se exija la previa inscripción en el RM de los socios que hayan comparecido en la Junta en que se adoptaron, si al asistir a la misma hubieran acreditado su condición de tales como era el caso debatido (comparecían los dos hijos herederos de un socio fallecido).

262 Se me ocurre pensar, y no es una anécdota, pues se ha dado el caso en la realidad, en la exigencia de algún Registrador de la Propiedad de que estén previamente inscritos en el RP los titulares de pisos o locales en edificios en régimen de propiedad horizontal, para inscribir acuerdos tomados en Junta de propietarios a la que aquéllos hayan asistido y votado aportando, para acreditar su condición de tales, los documentos de compra pertinentes. Otra cosa sería, si se pretende inscribir la venta de su piso o local por uno de sus titulares, para lo que sí es necesaria la previa inscripción de esa titularidad en el RP a favor del transmitente.

En consecuencia, no puede exigirse, como en la SA para los titulares de acciones nominativas, la previa inscripción en el libro registro de socios para que los titulares de participaciones puedan ejercitar sus respectivos derechos, entre ellos, el de asistir a las Juntas, que en no pocos estatutos suele condicionarse a esa previa inscripción.

Del mismo art. 22 de la LSRL se deduce el *carácter meramente informativo* del libro registro de socios, dada la

redacción de su último párrafo, en que se dice que “el socio tiene derecho a obtener una certificación de sus participaciones en la sociedad, que figuren en el libro registro”, ya que, si la inscripción en ese libro se hiciera a efectos de oponibilidad, no se aludiría solamente al socio, sino a cualquiera que tuviera interés legítimo en conocer su contenido.

En definitiva, *si los efectos legitimadores derivan del documento público*, es conveniente, como apunta VICENT CHULIÀ, que en la escritura de transmisión se añada el requerimiento notarial a la sociedad, con lo cual, de la propia escritura derivará la titularidad y legitimación del adquirente.

Esta postura que hemos defendido en anteriores trabajos, parece será consagrada por el legislador, al ser la que apunta el Anteproyecto en su art. 27, en cuyo apartado 1 se dice:

“La transmisión de las participaciones sociales, así como la constitución de derechos reales sobre las mismas,

- *deberán constar en **escritura pública***
- *y se **comunicarán** a la sociedad”.*

En los párrafos siguientes se regula la forma de hacer la comunicación por parte de los interesados, y, además se establece que *“dentro de los 7 días hábiles siguientes al del otorgamiento de la escritura, el Notario **deberá notificar** a la sociedad la transmisión o la constitución del derecho real, mediante copia autorizada de los particulares o testimonio de dicha escritura”.*

También se señala en el último párrafo que el adquirente de participaciones sociales podrá ejercitar los derechos de socio frente a la sociedad desde que ésta tenga conocimiento de la transmisión o constitución del gravamen por cualquiera de los medios expresados en el apartado anterior.

C) Derechos reales sobre las participaciones.

Aparte del art. 23 de la LSL, ya citado, que se ocupa de los supuestos de cotitularidad de las participaciones, los arts. 24 y 25 se ocupan del usufructo y de la prenda de las participaciones.

a) *Usufructo de participaciones.*

En este punto, no hay especialidad frente a la SA, dado que el art. 24 se remite a lo dispuesto para el usufructo de acciones, arts. 67 a 70 de la LSA, de los que destacamos:

- En caso de usufructo de participaciones, la cualidad de socio reside en el nudo propietario.

- El usufructuario tendrá derecho en todo caso a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo.

264 • El ejercicio de los demás derechos de socio corresponde, salvo disposición contraria de los estatutos, al nudo propietario.

b) *Prenda de participaciones.*

Conforme al art. 25, en caso de prenda de participaciones:

- Corresponde al propietario de las participaciones el ejercicio de los derechos de socio, salvo disposición contraria de la escritura social.

- La constitución de la prenda sobre las participaciones sociales deberá constar en documento público que se anotará en el libro registro de socios.

D) Emisión de obligaciones por Sociedad Limitada.

Para acabar de precisar el carácter de las participaciones, estimo conveniente hacer una alusión a la relación que las mismas pueden guardar con las denominadas obligaciones.

Como es sobradamente conocido, las sociedades para atender a sus actividades necesitan de un patrimonio que se puede integrar de dos formas fundamentalmente:

- Una primera, mediante las aportaciones de los socios —en la fase constituyente o en los aumentos de capital— y cuya contrapartida son las participaciones, y

- Una segunda, mediante el reconocimiento o creación de una deuda que se contrae con terceros, y cuya representación se hace a través de la emisión de obligaciones.

De lo que llevamos dicho, se deduce que son cosas distintas las participaciones y las obligaciones, en cuanto las primeras atribuyen una cuota parte en el capital social y la condición de socio, y las segundas un derecho de crédito frente a la sociedad.

Pues bien, al ocuparnos de la emisión de obligaciones por la SRL, lo primero que nos encontramos es que, así como en la LSA se contienen normas precisas al respecto, en la LSRL no se contiene ninguna.

265

De todos modos, esto no quiere decir que las sociedades de responsabilidad limitada no puedan emitir obligaciones.

A pesar de este silencio, la Ley de 24 de diciembre de 1964, que regula la emisión de obligaciones por sociedades y entidades que no hayan adoptado la forma de anónimas, permite sostener que las sociedades limitadas sí pueden emitir obligaciones, lo que harán ajustándose a esta Ley, cuya vigencia ha sido reiterada en normas del vigente RRM (274-3) y en el Borrador de Anteproyecto de Ley de SRL, desde el momento que se incluyen en el mismo algunas normas transitorias sobre la emisión de obligaciones por SL al amparo de esa Ley.

Admitida la emisión de obligaciones por la SL, vamos a ver algunos temas que han sido cuestionados.

1. Uno primero hace referencia a si las sociedades de responsabilidad limitada pueden emitir obligaciones representadas por medio de *anotaciones en cuenta* en lugar de incorporarse a títulos impresos.

Aunque del art. 2.º de la Ley de 1964 se deduce, a primera vista, la contestación negativa, al exigir el depósito de una de las matrices de los títulos emitidos, sin embargo, no puede olvidarse que la Ley del Mercado de Valores de 28 de julio de 1988 permite, con carácter general, la emisión de valores representados por anotaciones en cuenta; permisión, que se reitera en el art. 274-1-2.ª del RRM.

2. Otro tema es el de la posibilidad o no de emitir *obligaciones convertibles en participaciones sociales*.

En esta materia, podemos decir que la doctrina se muestra dividida:

SOTO VÁZQUEZ opina en sentido negativo, señalando que no solamente la Ley de 24 de dic. de 1964 no contempla esa posibilidad, sino que tampoco lo hace el art. 274 del RRM, que se limita a referirse a obligaciones convertibles en *acciones*.

266

NEILA NEILA, por el contrario, no ve inconveniente alguno para que se siga el mismo régimen que se mantiene para las sociedades anónimas en los arts. 292 a 294 de su TR.

En el anteproyecto, sin embargo, se adopta una postura radical, en relación con la emisión de obligaciones por la SL.

Y en forma terminante, en el art. 9 se establece que:

“La SRL no podrá acordar ni garantizar la emisión de obligaciones u otros valores negociables agrupados en emisiones”.

Esta norma, de llegar a ser Ley, privará a la SL de una posible forma de captar capitales ajenos necesarios para el desarrollo de sus actividades, pero no podemos desconocer, y se pondrá de manifiesto en este ciclo de Conferencias sobre SL, que las diferencias entre las sociedades limitada y anónima ya no se encuentran en datos como el carácter más personalista o capitalista de una u otra, o en la admisión o no de prestaciones accesorias —hecho que justificó la aparición en Alemania de la SL, pero que hoy se admite

en ambas sociedades—. La diferencia se encuentra, como apunta SÁNCHEZ RUS, cuya opinión comparto totalmente, en *la forma de integración del capital*.

Y esta idea se destaca en la misma EM del Anteproyecto que, al referirse a la flexibilidad del régimen jurídico de la SRL, marca las barreras que no pueden franquearse, entre ellas, la prohibición de todo cuanto suponga recurrir al ahorro colectivo como medio directo de financiación. En efecto:

a) *Para integrar el capital de la SL* siempre hay que acudir a *medios directos y privados*. De ahí:

- El mayor juego del principio de autonomía de la voluntad.
- La prohibición de incorporar las participaciones a títulos negociables.
- Y el hecho de que la transmisión de las participaciones siempre esté sujeta a restricciones legales o estatutarias.

267

b) *En la SA*, por el contrario, es normal acudir a la *suscripción pública* de acciones, al *mercado de valores* y a formas que ponen en juego los más diversos intereses.

De aquí resulta:

- Una mayor facilidad en la transmisión de las acciones.
- Una más fuerte intervención en materias como, expertos independientes, auditores o publicidad de determinados acuerdos.

Todas estas intervenciones y publicidad justifican el auge actual de la SL, por la que se está optando decididamente, a pesar de no tener todavía aprobada su normativa definitiva.

En relación a esa publicidad de determinados acuerdos sociales, podemos referirnos, para terminar, a la *resolución de 21 de junio de 1993*.

En esta resolución se dice que ni los arts. 11 a 17 LSL imponen la necesidad de publicación especial del acuerdo

de modificación del objeto social de una SL (a diferencia de lo que ocurre con el art. 150 de la LSA) ni existe ninguna norma en la LSL que disponga la aplicación subsidiaria de la LSA en lo relativo a las modificaciones estatutarias (a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el ámbito de la administración social —*vid.* art. 11— o en el de la Junta general —*vid.* art. 15.3 LSRL—).

LA JUNTA GENERAL Y LA IMPUGNACION DE SUS ACUERDOS EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA (*)

LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ

Catedrático de Derecho Civil

Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo

269

SUMARIO: INTRODUCCIÓN: REFERENCIA A LA PROBLEMÁTICA DE ESTAS SOCIEDADES Y NECESIDAD DE SU REFORMA. **I)** RÉGIMEN VIGENTE Y CARACTERÍSTICAS DE LA S.R.L. **II)** ESTUDIO DEL ARTICULADO: DELIMITACIÓN DE LA MATERIA. **A)** La Junta General. **B)** Impugnación de sus acuerdos, reenvío a la Ley de Sociedades Anónimas: **a)** *Clases de Acuerdos*. **b)** *Caducidad, Legitimación, Procedimiento*. **III)** INNOVACIÓN DEL ANTEPROYECTO —BORRADOR OFICIAL—. **A)** En la Junta General. **B)** Impugnación de acuerdos. Reenvío a los preceptos de la L.S.A. **IV)** INFORMACIÓN CIVILÍSTICA:

(*) Conferencia pronunciada el día 24 de agosto de 1993, en el Seminario celebrado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo de Santander, organizado por el Consejo General del Notariado.

CRÍTICA. **A)** En las causas/clases. Omisión vicios consentimiento. **B)** En la caducidad. **V)** PROBLEMÁTICA SOBRE LA IMPUGNACIÓN EN VÍA ARBITRAL. **1)** Tesis negativa. **2)** Jurisprudencia. **3)** Tesis positiva. **4)** Texto del Anteproyecto inédito. **5)** Tesis personal. **VI)** CUESTIONES PUNTUALES. **A)** Legitimación asistencia. **B)** Fragmentación del derecho al voto. **VII)** JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

Introducción

270 Referencia a la problemática de estas sociedades y necesidad de su Reforma: Estudio del texto del Anteproyecto (Borrador oficial publicado en el Boletín Oficial del Ministerio de Justicia el 25 de junio de 1993).

“En el proceso de reforma de la legislación mercantil española, la renovación del Derecho de sociedades de responsabilidad limitada se presenta como una objetiva y urgente necesidad. Son variadas las razones en que se fundamenta el cambio legislativo, según la misma Exposición de Motivos del rubricado Anteproyecto:”

1. De un lado, resultan conocidas las insuficiencias de concepción y de régimen jurídico de la Ley especial reguladora de 17 de julio de 1953, en las que radica una de las causas concurrentes del moderado uso de esta forma social en la realidad española hasta fechas muy recientes.

2. De otro lado, la reforma es consecuencia obligada del nuevo régimen jurídico de las sociedades anónimas, introducido por la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directrices de la C.E.E. en materia de sociedades. Es evidente, en efecto, que:

a) allí donde la sociedad anónima se configura como una forma de polivalencia funcional, la sociedad de responsabilidad limitada tiende a devenir una forma secundaria, o incluso marginal; y, viceversa.

b) Cuando la sociedad anónima se configura como la forma específicamente predispuesta para las exigencias de la gran empresa, la sociedad de responsabilidad limitada se potencia y expande.

3. Aunque en el nuevo Derecho de las sociedades anónimas la correspondencia entre sociedad anónima y gran empresa no es absoluta, la elección de esta forma social por empresas pequeñas y aun de dimensión media no resulta completamente aconsejable.

I) Régimen vigente y características de la sociedad de responsabilidad limitada

271

A propósito del prólogo a la obra del especialista J. M. NEILA (*La nueva Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Edit. Edersa 1990) en donde se estudia la adaptación de la antigua Ley de 17 de julio de 1953 a la reforma de la sociedad anónima según su Ley de 25 de julio de 1989, y a quien seguimos fundamentalmente en este trabajo, se decía:

“A quien, como el autor, se halla embarcado en los confines del *ius commune* de siempre, le supuso cierta perplejidad el mismo rótulo de esta Sociedad de Responsabilidad Limitada, porque por su mismo *nomen* parecía, en un síntoma de diferenciación, con el paradigma de la Sociedad Anónima, que se abocaba a un anticipado sello de distinción en orden a la distinta esfera de responsabilidad en un caso u otro, “limitada” en la primera y no “limitada” en la segunda, cuando en realidad no lo eran o son así, y por ello el cotejo en punto a la responsabilidad de los socios en una y otra nos ofrecen una sanción idéntica en sus respectivos artículos primeros: “... los socios... no responderán

personalmente de las deudas sociales...” y “... los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales”, siendo el propio autor el que disipa esa duda y abona la tesis de desmontar aquel distingo en base a la responsabilidad que es la misma en una u otra sociedad, expresando al respecto, y tras señalar modélicamente sus “características”, que “realmente el nombre de la sociedad de este tipo de sociedades no es acorde con la realidad de su funcionamiento”, la limitación es respecto a los socios y no respecto a la sociedad, por más que esta última se llame de responsabilidad “limitada”, se concluye, lo que, se repite, es un acierto y una acusación de la inexpresiva denominación de estas sociedades, si es que con el calificativo de responsabilidad limitada se ha querido deslindarla de la clásica sociedad anónima, lo que, en otro punto, fuerza a reflexionar el porqué no se ha acoplado otra rotulación más expresiva con su verdadera esencia autonómica, que radica, no se dude, en la limitación de su capital social, por debajo, al no deber ser inferior a 500.000 ptas. en su artículo 3 (4 del anteproyecto) o por arriba en el número de socios, no más de 50 según el artículo 1 (desaparecido del Anteproyecto).

Y se dice por el especialista NEILA (en su citada obra): “La Ley 19/1989 de 25 de julio de 1989, reformadora parcial de la legislación mercantil española para adecuarla a las Directivas Comunitarias, a simple vista pareció que afectaba tan sólo, en sus grandes modificaciones, al Código de Comercio (del que se modificaron completos los títulos II y III del Libro primero) y, sobre todo, a la regulación de las sociedades anónimas, cuya Ley de 1951 sufrió una transformación completa y de la que tan sólo se salvaron, en dicha reforma, algunos artículos aislados y la regulación de las obligaciones, y aun estas últimas con excepción de lo establecido respecto a las convertibles en acciones por el artículo 9.º de dicha Ley de 1989.

Así pareció que la regulación de las sociedades de responsabilidad limitada quedaba con su base en la Ley de

1953 y con la reforma particular que se previene en el artículo 11 de la Ley de 25 de julio de 1989, que modificaba los artículos 3, 6, 11, 12, 13, 15, 20 (último párrafo), 22, 24 y 25.

En efecto, para atender a la actual normativa relativa a las sociedades de responsabilidad limitada, hay que acudir a cuatro disposiciones distintas, todas ellas con rango de Ley:

A) La vieja Ley de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1953, en los artículos que no han sido tocados, por la reforma de 1989.

B) Los artículos modificados por la Ley de 25 de julio de 1989, que son los que hemos dejado referenciados más arriba.

C) El Código de Comercio, en cuanto a los títulos reformados y a aquéllos otros preceptos que son aplicables a las sociedades de responsabilidad limitada.

—La nueva Ley de Sociedades Anónimas, Ley 19/1989 de 25 de julio (Texto Refundido de 22 de diciembre de 1989), por lo que atañe a las disposiciones recogidas por aquellos preceptos de la Ley de Responsabilidad Limitada que remiten expresamente a ella”.

273

II) Estudio del articulado

Delimitación de la materia:

Asignada una Ponencia con la doble conformación de su rúbrica al tratarse de 1) Junta General como de 2) la impugnación de sus acuerdos, es claro, que el estudio si bien abarcante de ambas, y hasta por inclinación o desvío profesional profundizara en la segunda parte, que es la que encierra la eterna e inevitable colisión de intereses, fuente sin fin de litigiosidad, aunque, como fácil es de colegir, no existiendo en el antiguo régimen ordenador posibilidad impugnatoria, se carece del precedente jurisprudencial que ilu-

mine la cuestión. La conexión entre ambos es obvia: La Junta como voluntad general, emite el consentimiento y surgen los Acuerdos, sobre los que recae la impugnación.

A) La Junta General.

Se regula de este modo en el texto de la Ley de 17 de julio de 1953, como en su versión acógedora de la Ley de 25 de julio de 1989, pues reproduce el mismo art. 14. “La voluntad de los socios expresada por mayoría, regirá la vida de la sociedad. Cuando el número de socios exceda de 15 o así lo exija la escritura, la Mayoría habrá de formarse necesariamente en Junta General”.

274

“En otro caso, el acuerdo social podrá adoptarse por correspondencia postal o telegráfica, o por cualquier otro medio que garantice, con arreglo a la Ley o a la Escritura, la autenticidad de la voluntad declarada.”

Salvo disposición contraria de la escritura, se entenderá que hay mayoría cuando vote a favor del acuerdo un número de socios que represente más de la mitad del capital social.

Redacción anterior: No se ha modificado.

Entrada en vigor de la nueva redacción: Se encuentra vigente.

Según NEILA: “Separándose del sistema establecido tradicionalmente en la regulación de las sociedades anónimas, tratando, primeramente, el órgano deliberante que es la Junta General y, posteriormente, el órgano de administración y control que son los administradores, en la regulación específica de la sociedad de responsabilidad limitada se aborda en primer lugar la regulación de los administradores, es decir, el órgano ejecutivo, en los artículos 11, 12 y 13 de la Ley. Y sólo a continuación de las específicas normas para el órgano de control, se aborda en los tres artículos siguientes, 14, 15 y 16 la regulación del órgano deliberante o Junta General. Sin duda, el legislador ha realizado tal ordenación,

a simple vista inversamente al orden lógico, por considerar que en la sociedad de responsabilidad limitada no siempre existe Junta General de socios, ya que este propio artículo 14 que aquí estamos comentando la exige tan sólo en dos circunstancias: 1) que así figure en la escritura social, o que, 2) sin figurar en la misma el número de socios exceda de 15. Por lo cual, cabe la posibilidad de la existencia de la sociedad de responsabilidad limitada del órgano deliberante establecido, en cuyo caso, el que rige la vida de la sociedad es el administrador o administradores, en definitiva, el órgano ejecutivo y ha de ser el primeramente regulado.

Art. 15. La convocatoria de la Junta General habrá de hacerse por los administradores con la antelación y en la forma que prevea la escritura social, expresándose en aquella con la debida claridad los asuntos sobre los que hayan de deliberar. Los administradores convocarán necesariamente la Junta cuando lo solicite un número de socios que represente, al menos, la décima parte del capital social, salvo que la escritura reduzca esta proporción o señale, en la minoría que fije, la necesidad de computar también el mismo porcentaje respecto al total de los socios.

275

Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, la Junta quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto sin necesidad de previa convocatoria si, en encontrándose presente o representado todo el capital social, todos los asistentes decidieran celebrarla (se trata pues de la Hipótesis de la Junta Universal —borrador: art. 51—).

Redacción anterior: Ley 17 de julio de 1953.

Art. 15. La convocatoria de la Junta General habrá de hacerse por los administradores con la antelación y en la forma que prevea la escritura social, expresándose en aquella, con la debida claridad, los asuntos sobre los que haya de deliberar.

Los administradores convocarán necesariamente la Junta cuando lo solicite un número de socios que represente, al menos, la cuarta parte del capital social.

Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, la Junta quedará válidamente constituida sin necesidad de previa convocatoria si, en encontrándose reunidos todos los socios, decidieran celebrarla.

Se recogen —sigue diciendo el especialista NEILA— en este artículo las reglas mínimas para la convocatoria de la Junta que, con las señaladas para la representación en el artículo 16 y las de adopción de acuerdos marcadas en el artículo 14, completan las especificidades de la sociedad de responsabilidad limitada en su funcionamiento.

Por lo que concierne específicamente a la convocatoria de la Junta, ya su mismo enunciado supone que tal convocatoria sólo se refiere al caso de la sociedad de responsabilidad limitada que tenga Junta General de socios, bien sea porque exceda de quince el número de partícipes o bien porque la escritura social lo exige, aunque no llegue a tal número el conjunto de los socios (art. 14).

276

Por tanto, carece de virtualidad este precepto en lo que se refiere a las reuniones de socios que no adopten la forma de Junta General.

CONVOCATORIA:

En cuanto a la convocatoria de Junta General, el precepto aborda las siguientes cuestiones:

a) Respecto a quién ha de realizar la convocatoria, lo señala imperativamente el artículo, designando a los administradores. En consecuencia, y dependiendo del órgano de administración nombrado (véase el comentario al art. 11), la convocatoria habrá de realizarse:

— Si existe un administrador general único, por dicho administrador.

— Si existen varios administradores generales, con carácter solidario, cualquiera de ellos podrá realizar la convocatoria.

— Si existen dos administradores mancomunados, habrán de ser los dos conjuntamente los que realicen la misma.

— Si existe un Consejo de Administración, será necesaria la previa toma de acuerdo en dicho Consejo para que, con posterioridad, se lleve a efecto la convocatoria.

Consecuentemente, y debido al carácter de *ius cogens*, nadie más que los administradores podrán realizar la convocatoria de Junta General, ni siquiera el presidente de la Junta —se dice por NEILA—.

b) Tan sólo existe una salvedad en cuanto a convocatoria de Junta para entender que ésta se encuentra válidamente constituida. La fija el segundo párrafo de este artículo en los que, aunque así no lo llama, es la Junta universal de socios, para lo cual tan sólo han de cumplirse dos requisitos:

— Que se encuentre presente o representado (con las normas señaladas en el art. 16, a cuyo comentario nos remitimos) todo el capital social, sin que en este tipo de sociedades quepa hablar de distinción entre capital suscrito y desembolsado, ya que, a tenor de lo establecido en el artículo 3, todo el capital ha de estar desembolsado desde el momento de la asunción del mismo.

— Que todos los asistentes decidan constituirse en Junta General universal, es decir, se requiere la unanimidad de todos los partícipes asistentes.

El artículo 97.1, regla 2.^a del Reglamento del Registro Mercantil exime de figurar en el acta la forma de convocatoria cuando se trata de una Junta universal. Pero su regla 3.^a obliga a que figuren en la misma los puntos aceptados como orden del día de la sesión.

c) Causa de la convocatoria, pueden darse diversos supuestos:

— Primeramente, puede convocarse la Junta General cuando así lo deseen los administradores, ya que la norma no exige ninguna otra especificación y, consecuentemente, la voluntad de los administradores será bastante al respecto.

— Pero existen otras situaciones en las que los administradores vienen obligados por Ley a la convocatoria: 1) En

primer lugar, aquella solicitada por un número de partícipes que represente al menos la décima parte del capital social, mínimo legal que ha sido modificado en la reforma, ya que con anterioridad a la misma, se exigía la cuarta parte del capital social. Y, sin embargo, todavía sigue siendo superior al porcentaje del capital exigido, para la misma convocatoria, por la Ley de Sociedades Anónimas, que señala en su artículo 100.2 (del Texto Refundido) el 5 por 100 del capital social. No obstante, la contribución del capital social para obligar a la convocatoria de Junta puede ser modificada por la escritura social, ya que el texto ahora reformado permite que se puedan hacer dos variaciones: por un lado, 1) que se reduzca la proporción del capital social, es decir, que estatutariamente puede homologarse, por ejemplo, el 5 por 100 del capital que se señala para las Sociedades Anónimas, u otra proporción distinta, y 2) además, también puede añadirse, como mayor dificultad para la obligación de convocatoria, que además del porcentaje del capital social también se compute un porcentaje respecto del número de socios, es decir, que sea necesaria la concurrencia de la décima parte del capital social y que, adicionalmente, represente el 10 por 100 del número de partícipes.

B) Impugnación de sus acuerdos, reenvío a la Ley de Sociedades Anónimas.

Es tal vez en donde la Reforma de la Ley de Sociedades Anónimas, aplicable a la sociedad de responsabilidad limitada, ha supuesto mayor trascendencia, ya que ante el silencio del antiguo régimen, hoy ya es posible dicha impugnación pues así lo establece su párrafo final del art. 15, sin que sea momento de razonar tanto la procedencia de la nueva posibilidad impugnatoria como por supuesto motejar de inconsistente la precedente ordenación que, aparte de ignorar eventuales derechos de las minorías dejaba sin control a la legalidad —claro es por esta vía de reajuste a petición

de parte interesada— lo decidido en aquella Junta General.

Dice así el último párrafo de este art. 15: “En todo lo no previsto en esta ley, será de aplicación a la Junta General de socios lo dispuesto para la Junta General de accionistas. Los acuerdos sociales, hayan sido o no adoptados en Junta General de socios, serán impugnables conforme a lo previsto para la Junta General de accionistas”. Se subraya, —aunque luego ya estudiaremos en particular la impugnación— que no hay una remisión a la Ley de Sociedades Anónimas sino a la Junta General de accionistas. Y como el miembro de la sociedad de responsabilidad limitada, no es accionista, sino titular de participaciones, socio, mientras que el de la Sociedad Anónima sí es accionista, es claro que la remisión a esa Junta General de accionistas, que es un instrumento decisorio de la Ley de Sociedades Anónimas, conllevará a la aplicación directa de esta Ley.

En cuanto a su entendimiento sancionador, se comenta por NEILA:

El último inciso del último párrafo del artículo 15 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada que abundantemente estamos comentando, señala expresamente que serán impugnables los acuerdos sociales conforme a lo previsto para la Junta General de accionistas de las sociedades anónimas. Y lo hace, además, con un aditamento importante: que tales acuerdos no hace falta que hayan sido de Junta General de socios, sino que pueden haber sido tomados fuera de esa Junta General. La matización es correcta y oportuna, por cuanto recordamos que el artículo 14 de esta propia Ley especial permite que en la sociedad de responsabilidad limitada pueda no existir Junta General de socios (si la escritura no lo exige y no pasa de quince el número de partícipes), por lo que en cualquier caso, se van a tomar acuerdos y quedarían ayunos de impugnación aquéllos que no fuesen tomados en Junta General si este precepto expresamente no lo hubiera así declarado. En consecuencia, son impugnables, con los mecanismos que a continuación expli-

caremos, tanto los acuerdos tomados en Junta General como aquéllos que hayan sido tomados por los partícipes, sin esa forma de reunión, convocatoria y decisión.

A la impugnación de acuerdos sociales, a la que se remite la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, dedica el nuevo Texto Refundido de la LSA los artículos 115 a 122, ambos inclusive, comprendiendo la sección 2.^a

a) Clases de Acuerdos.

El artículo 115 tiene la siguiente redacción.

“115. Acuerdos impugnables.

1. Podrán ser impugnados los acuerdos de las Juntas que, a) sean contrarios a la Ley, b) se opongan a los Estatutos o c) lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad.

280 2. Serán nulos los acuerdos contrarios a la Ley. Los demás acuerdos a que se refiere el apartado anterior serán anulables.

3. No procederá la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro.

Si fuera posible eliminar la causa de impugnación, el Juez otorgará un plazo razonable para que aquélla pueda ser subsanada”.

Se dice por NEILA:

Respecto a la impugnación de los acuerdos sociales tomados en la Junta General se ha mantenido en el esquema de la LSA la disposición anterior, si bien modificando algunos conceptos y ampliando otros.

Así, el artículo 115 se ha dedicado a la materia que es impugnabile, reservándose el artículo 116 para los plazos, el artículo 117 para las legitimaciones activa y pasiva, el 122 para las consecuencias de la sentencia de nulidad, en su caso, y los artículos 118 a 120, ambos inclusive, para la tramitación del procedimiento judicial.

Por lo que se refiere al artículo 115, que ha quedado anteriormente transcrito, se mantuvo en la reforma de 1989 casi literalmente el texto del párrafo primero del antiguo precepto (art. 67 antiguo), pero suprimiendo la frase “según las normas y dentro de los plazos establecidos en los artículos siguientes”, lo que no entendemos a qué puede obedecer, por cuanto los siguientes artículos continúan tratando los mismos aspectos, salvo como no sea que el legislador entendiera que tal frase es superflua al ordenarse en los artículos siguientes las formas y condiciones de la impugnación. Por lo demás, se ha preocupado el texto legal de, manteniendo las tres causas de impugnación, separar los acuerdos que son nulos de los que son anulables.

I) En efecto, puede impugnarse cualquier acuerdo de la Junta que sea contrario a la Ley. Y tales acuerdos serán nulos, es decir, no pueden subsanarse por otros posteriores, no habiendo obtenido nacimiento a la vida jurídica. Tales acuerdos nulos pueden afectar tanto a la forma como al fondo de las actuaciones de la sociedad. a) Así, respecto a la forma, cualquier infracción de los mínimos legales previstos para la válida constitución de la Junta, para la toma válida de acuerdos, creación de la lista de asistentes, fusión, transformación o escisión, fuera de las normas contempladas por la Ley, etc.

281

Con VELASCO ALONSO, dice NEILA, opinamos, que asimismo, y por imperativo de lo establecido en el artículo 1.255 del Código civil, serán también *contra lege* los acuerdos contrarios a la moral y al orden público. Sobre todo añadimos cuando luego en punto de LA CADUCIDAD se habla de éstos últimos”.

II) Las otras dos causas de impugnación contenidas en este artículo se declaran anulables: que sólo pueden ser anuladas a petición de la parte interesada y si no han podido subsanarse los defectos de los que adolecía el acuerdo.

a) Lo es, en primer lugar, toda aquella decisión que se

oponga a los Estatutos y a la escritura social, sobreentendiéndose en aquellas disposiciones complementarias a la Ley y que ésta haya dejado de regular, total o parcialmente, pues de ser acuerdos tomados en contra de los Estatutos, pero a su vez de la Ley, son acuerdos nulos y no anulables.

b) Mayor diversificación permite el tercero de los casos enunciados causa de anulabilidad, que los acuerdos “lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad”. Se refiere la Ley, como principio general a aquellas actuaciones acordadas por la Junta en las que se despreja, perjudicándoles, a los socios minoritarios e incluso a terceros que no son partícipes. En tal apreciación, que no se rige por ningún criterio objetivo concreto, entra la casuística jurisprudencial, y serán los Tribunales los que delimiten cuándo perjudica o lesiona un acuerdo a tales interesados.

282

Como el fin primordial de la Junta General es tomar acuerdos que resulten válidos y tengan nacimiento a la vida jurídica, y por entender que el juego de las mayorías es el que debe primar en la confirmación de la voluntad de la sociedad, el punto 3 de este artículo señala dos caminos para el acuerdo que, en principio, podría ser inválido, llegue a adquirir naturaleza de juridicidad y pueda llevarse a efecto (GIRÓN TENA habla con acierto del principio de la RECONVERSIÓN de la NULIDAD TRANSGRESORA).

a) En primer lugar, impide impugnar un acuerdo si la sociedad, a través de la Junta General que lo revisa, lo ha dejado sin efecto o lo ha sustituido por otro que sí es válido. Así, por ejemplo, si la Junta acordó en su momento una ampliación de capital suscribiendo el 100 por 100 y quedando un 10 por 100 de desembolso, si con posterioridad la propia Junta revoca tal acuerdo, dejándolo sin efecto y acordando que la suscripción sea del 100 por 100, carece nadie de acción de impugnación por cuanto tal acuerdo ha sido validado al modificarse por la propia Junta que actuó

indebidamente. En consecuencia, entendemos que tal actuación posterior de la Junta es plenamente aplicable tanto a los actos nulos como a los anulables, por cuanto el artículo no distingue entre ellos. De esta manera, parece romperse con una tendencia jurisprudencial que entendía que la Junta no podía anular los acuerdos que eran inválidos, sino que tenía que ser el juzgador el que por sentencia así lo declarase. Es una manifestación del principio de ECONOMÍA PROCESAL.

b) Todavía permite una posibilidad más la Ley: si el impugnante ha acudido al Juzgado para que se declare la nulidad y el juzgador ve factible sanar o subsanar alguno de los defectos, con lo que el acuerdo sería válido, se faculta discrecionalmente al Juez para que otorgue un plazo a la sociedad y que la misma pueda proceder a esa subsanación, adquiriendo entonces la categoría de validez el acuerdo que se impugnaba. Es una manifestación también del principio de CONSERVACIÓN DE LOS NEGOCIOS.

283

b) Caducidad. Legitimación. Procedimiento.

“116. Caducidad de la acción.

1. La acción de impugnación de los acuerdos nulos caducará en el plazo de un año. Quedan exceptuados de esta regla los acuerdos que por su causa o contenido resultaran contrarios al orden público.” Desvíos en la dogmática civilística (*quod nullum est...* luego tales acuerdos son, en rigor, nulos).

2. La acción de impugnación de los acuerdos anulables caducará a los cuarenta días.

3. Los plazos de caducidad previstos en los apartados anteriores se computarán desde la fecha de adopción del acuerdo, y si fuesen inscribibles, desde la fecha de su publicación en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil”.

Se escribe por NEILA:

Aborda el precepto dos cuestiones diferentes: por un lado,

cuál es el plazo que corresponde a cada una de las materias impugnables, y por otro, desde cuándo comienzan a contarse dichos plazos.

Por lo que se refiere al primer concepto, plazo para impugnar cada una de las materias contenidas en el artículo inmediatamente anterior, se señalan tres bien distintos: dos con el carácter de nulidad y uno de anulabilidad:

— Para los acuerdos anulables, el plazo será de caducidad y la duración del mismo de cuarenta días. Son anulables, a tenor de lo establecido en el artículo anterior, aquéllos que se opongan a los Estatutos (y siempre que en la oposición al precepto estatutario no esté implícita una oposición a la Ley) y los que lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la sociedad. Tales acuerdos podrán ser impugnados por las personas que se señalan en el artículo 117 durante el plazo de cuarenta días. El plazo es de caducidad a todos los efectos, es decir, que no se interrumpe por ninguna actuación intermedia. Transcurrido el último día del plazo, la acción ha dejado de tener vigencia y sanado en la vida jurídica. Mayor importancia tiene, a efectos prácticos, la concepción de los cuarenta días y si se entienden los mismos naturales o hábiles, cuestión que debería haber resuelto el legislador en este artículo. El artículo 182 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala como inhábiles los domingos y festivos, añadiendo el artículo 185.1 que en los días señalados, con arreglo a lo dispuesto en el Código civil, quedarán excluidos los inhábiles. Añade además el artículo 183 que son inhábiles todos los días del mes de agosto “para todas las actuaciones judiciales”, excepto las que se declaran urgentes por las leyes procesales. En consecuencia, cabe preguntarse si la interposición de una demanda de impugnación de acuerdos sociales es una actuación judicial o no, porque de tal concepto se deriva el que los días se cuenten como naturales (a tenor de lo establecido en el artículo 5.2 del Código civil) o se excluyan los inhábiles e incluso todo un

mes si durante el plazo de los cuarenta días se encuentra el mes de agosto. Parece ser que la jurisprudencia empieza a decantarse porque las actuaciones de parte no tienen por qué estar acogidas a los días inhábiles, que tan sólo son aplicables a las actuaciones dentro del proceso, y la interposición de una demanda es el acto inicial que, según esa posición doctrinal, debe aplicarse a todos los días hábiles e inhábiles. No obstante, siempre acabarán siendo los Tribunales los que interpreten ese concreto aspecto de la Ley.

—Para impugnar los acuerdos nulos, excepto los que por su causa o contenido sean contrarios al orden público, la Ley otorga un plazo, asimismo de caducidad, de un año. En estas condiciones son impugnables aquellos acuerdos contrarios a las disposiciones legales siempre que por el origen de tales acuerdos o por el contenido de los mismos no afecten a una institución de orden público. Como siempre que se hacen referencias de tipo general, acabará siendo la litigiosidad la que dará lugar a que la doctrina jurisprudencial decante qué conceptos corresponden a instituciones de orden público y cuáles no. Pero, en principio, parece que son de orden público los mínimos requisitos de convocatoria para las Juntas, los mínimos para la constitución válida de las mismas y los mínimos legales para la toma de acuerdos.

Respecto a la duración del plazo, al establecerse por un año entra en juego lo establecido en el artículo 5.1 del Código civil, y en consecuencia se computará “de fecha a fecha”.

—Por último aquellos acuerdos que sean opuestos a la Ley y que, además, afecten el orden público, quedan exentos de plazo de caducidad, por lo cual habrán de someterse a las prescripciones generales de orden civil, y por lo que concierne al procedimiento a utilizar en este caso, tenía sostenido la jurisprudencia, de conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 68 que ahora se ha derogado, que tales acciones habían de ejercitarse en el juicio

declarativo ordinario; sin embargo, parece que la nueva redacción del artículo 116 abarca la acción de impugnación como procedimiento específico señalado en el artículo 70 y, por tanto, para todos los casos, lo cual es lógico con la reforma del referido artículo, por cuanto el anterior procedimiento especial se ha convertido ahora en el juicio de menor cuantía que, tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es el más normal y usado. En consecuencia, todas las actuaciones se tramitan ahora por el juicio ordinario.

Se establece aquí, pues, plazo especial de caducidad para los actos anulables, fuera del general de los cuatro años establecido en el artículo 1.301 del Código civil, ya que para los actos nulos no cuenta tampoco ese plazo de los cuatro años, según ya estableció la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 1933. Y en torno a esa distinción cabe decir que el inciso primero del párrafo 5.º del apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley de 17 de julio de 1951, expresaba que:

“... el postulado de la soberanía de la Junta de accionistas no debe impedir que los acuerdos de este órgano social puedan ser combatidos judicialmente cuando exista en ellos un interés digno de protección jurídica. Se ha procurado extraer de las enseñanzas ajenas y de las propias un sustrato aprovechable para llenar el vacío observado en nuestra legislación, partiendo de la distinción entre 1) los acuerdos sociales que por su índole deban reputarse radicalmente nulos, y respecto de los cuales la acción impugnativa no debe estar sujeta a caducidad y 2) aquellos otros simplemente anulables, cuya impugnación queda sometida a un plazo de caducidad, transcurrido el cual, el acuerdo se hace inatacable”.

Del juego establecido por el contenido del artículo presente y del punto 1 del art. 116, también modificado, vía Ley, parece ser que la reforma de la Ley ha pretendido dejar como acuerdos radicalmente nulos aquéllos que resultan contrarios al orden público. Todos los demás son suscepti-

bles de impugnación y sanación por el transcurso del tiempo.

El plazo para cualquiera de estas impugnaciones incluidas las contrarias al orden público, ha quedado unificado por el punto 3 de este artículo, contándose a partir de dos momentos distintos, pero solamente diferenciados porque el acuerdo sea inscribible o no en el Registro:

— Si son actos inscribibles en el Registro, desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

— Si no son inscribibles, desde la fecha de adopción del acuerdo, es decir, desde que el mismo se tomó en la Junta General correspondiente.

Y en el caso de los cuarenta días, referido a los acuerdos anulables, se excluirá aquél para iniciar el cómputo (art. 5.1 del Código civil). Por lo que se refiere al plazo de un año, ya hemos indicado que se computa de fecha a fecha.

287

“117. Legitimación.

1. Para la impugnación de los acuerdos nulos están legitimados todos los accionistas, los administradores y cualquier tercero que acredite interés legítimo.

2. Para la impugnación de acuerdos anulables están legitimados los accionistas asistentes a la Junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes y los que hubiesen sido ilegítimamente privados del voto, así como los administradores.

3. Las acciones de impugnación deberán dirigirse contra la sociedad.

Cuando el actor tuviese la representación exclusiva de la sociedad y la Junta no tuviere designado a nadie a tal efecto, el Juez nombrará la persona que ha de representarla en el proceso entre los accionistas que hubieran votado a favor del acuerdo impugnado.

4. Los accionistas que hubieran votado a favor del acuerdo impugnado podrán intervenir a su costa en el proceso para mantener su validez.

Por lo que se refiere a la legitimación activa, se sigue la técnica del artículo anterior, distinguiendo entre acuerdos nulos y acuerdos anulables. Están legitimados activamente para iniciar la acción de impugnación, cuando se trate de acuerdos nulos:

a) Todos los accionistas; que igualmente estaban legitimados en la anterior redacción. Comprende, por ende, tanto a los que asistieron a la Junta como a los que no asistieron.

b) Los administradores, que pueden no ser accionistas. Ha suprimido la nueva redacción la coletilla “en su propio nombre”, que entendemos era superflua en la redacción anterior.

c) Cualquier tercero que tenga interés legítimo. Esta es una novedad en el texto reformado, ya que anteriormente no se admitía la legitimación activa de persona que no fuese socio o administrador de la sociedad. En todo caso, la acreditación del interés legítimo corresponde al tercero, conforme a lo establecido en el artículo 1.214 del Código civil.

288

Para la impugnación de los acuerdos anulables (es decir, aquellos que vayan contra los Estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses sociales) están legitimados:

a) Los accionistas que asistieron a la Junta, con la expresa condición de que hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo. El requisito de la constancia en el acta es imprescindible para ejercitar la acción de impugnación, pero asimismo no basta con hacer constar la oposición en el acta para que se tenga el acuerdo por impugnado, sino que se precisa la interpelación judicial subsiguiente en los plazos establecidos en el artículo anterior.

b) Los accionistas ausentes, cualquiera que fuese la causa de su ausencia. Se entiende que no son ausentes aquéllos que estuvieron debidamente representados.

c) Los accionistas que hubiesen sido privados ilegítima-

mente de su derecho al voto. En realidad, podría haberse subsumido este tipo en el anterior, ya que si fueron privados de su derecho al voto, lo serían, normalmente, porque no se les admitió en la Junta.

d) Por último, y al igual que en el caso anterior, los administradores de la sociedad, independientemente de que sean o no accionistas. En caso alguno está legitimada activamente la propia sociedad: Sentencia de 15-12-1922.

En el punto 3 del artículo reformado se establece claramente la legitimación pasiva de la acción de impugnación: deberá ser demandada la sociedad. Y previene el artículo que, en caso de que el accionante fuese el único representante de la sociedad, para que ésta pueda defenderse en su representación legal, se nombre por el Juez de entre las personas que hayan votado a favor del acuerdo, quien ha de representar a la entidad en el proceso. La finalidad de esta disposición judicial radica en que sea uno de aquellos interesados en que se mantenga el acuerdo adoptado quien defienda a la sociedad, por entender que actuará con el máximo rigor en defensa de sus propios intereses.

289

Igualmente, y sin que tal figura entronque en la concepción jurisprudencial de litisconsorcio pasivo necesario, se permite a cualquier socio de los que hayan votado a favor del acuerdo intervenir en el proceso para defender la validez del mismo. Pero esta facultad que se otorga a tales socios no obliga al demandante a ejercitar su acción contra todos ellos, sino tan sólo contra la sociedad. La figura de estos socios ha de entenderse como codemandados voluntarios.

Los artículos 118 y 199 del Texto Refundido LSA tienen la siguiente enunciación:

“118. Competencia.

Será Juez competente para conocer del asunto, con exclusión de cualquier otro, el Juez de Primera Instancia del lugar de domicilio social. El Juez examinará de oficio su propia competencia.

“119. Procedimiento.

1. Las acciones de impugnación de los acuerdos sociales se tramitarán con arreglo a lo dispuesto por la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio de menor cuantía.

2. Todas las impugnaciones basadas en causas de anulabilidad que tengan por objeto un mismo acuerdo se sustanciarán y decidirán en un solo proceso. A tal fin, en los lugares donde hubiere más de un Juzgado de Primera Instancia, las que se presenten con posterioridad a otra se repartirán al Juez que conociere la primera. El Juzgado, sea o no único en el lugar, no dará curso a ninguna demanda de impugnación hasta transcurrido el plazo de caducidad señalado en el apartado segundo del artículo 116.

Las impugnaciones dadas en causas de nulidad que se ejercitaren dentro del plazo de caducidad de las impugnaciones de acuerdos anulables se acumularán a éstas según las reglas anteriores. En los demás casos se estará a lo dispuesto por la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre la acumulación de autos.

3. Si entre las pruebas admitidas figurara la pericial contable, el Juez podrá otorgar un plazo extraordinario de prueba, que en ningún caso será superior a dos meses.

Con la modificación —supresión— del antiguo artículo 70 LSA la Ley de 25-7-1989 ha variado de raíz lo establecido en el procedimiento especial de impugnación de los acuerdos sociales. Se ha añadido, además, el artículo 120 para tratar exclusivamente de la suspensión cautelar del acuerdo mientras se sustancia la acción de impugnación, el artículo 121 para concretar los efectos de las anotaciones preventivas de tales suspensiones de acuerdos en el Registro Mercantil.

Por lo que se refiere al procedimiento en sí, se aborda en este artículo primeramente la competencia territorial, señalando que en todo caso deberá corresponder la jurisdicción del domicilio social de la entidad demandada, es decir, de aquella sociedad cuyos acuerdos pretendan ser impugnados. Respecto al domicilio, véase el artículo 7 LSA.

A tal respecto, el artículo 22.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 establece que en el orden civil serán competentes los Juzgados y Tribunales españoles, “con carácter exclusivo”, en materia de constitución, validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas que tengan su domicilio en territorio español, así como respecto de los acuerdos y decisiones de sus órganos, dentro de los cuales se encuentra perfectamente incardinada la acción de impugnación de acuerdos sociales.

Consecuentemente con lo anterior, entendemos que, también de conformidad con lo establecido en el artículo 66 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el domicilio, a efectos de procedimiento judicial, será aquél que conste en el Registro de la sociedad. No obstante, podría ser un punto de discusión en el caso de que la sociedad tuviese su actividad real en lugar distinto al registral y estatutario.

En cuanto a la competencia objetiva, no cabe lugar a dudas, señalando expresamente la Ley que compete el conocimiento de la acción de impugnación al Juez de Primera Instancia, otorgándole por disposición legal la facultad de analizar por sí mismo su propia competencia.

Por lo que concierne al tipo de procedimiento también es taxativa la Ley, eliminando así posibles interpretaciones. Se ventilará por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía, como un epígrafe más no incluido expresamente en el artículo 484 de la Ley Procesal Civil, es decir, por el trámite correspondiente a los artículos 680 y siguientes de la misma Ley adjetiva, se concluye por citado especialista.

III) Innovaciones del Anteproyecto —borrador oficial al uso en la fecha de desarrollo de la PONENCIA: 24.8.1993 (*)—

A) En la Junta General.

En el capítulo V “De los Organos Sociales”, su Sección 1.^a se habla de la “Junta General”, y se desarrolla así su articulado: arts. 46 y ss.

Art. 46. Disposición General.

1. Los socios reunidos en Junta General, decidirán por la mayoría legal o estatutariamente establecida, en los asuntos propios de la competencia de la Junta. Preceptividad Junta frente art. 14 anterior.

2. Todos los socios, incluso los disidentes y quienes no hubieran emitido voto, quedarán sometidos a los acuerdos adoptados.

292 Art. 47. Competencia de la Junta General de socios.

Es competencia de la Junta General deliberar y acordar sobre los siguientes asuntos:

1.º La censura de la gestión social, la aprobación de las cuentas anuales y la aplicación del resultado.

2.º El nombramiento y separación de los administradores y, en su caso, de los auditores de cuentas, así como el ejercicio de la sección social de responsabilidad contra los administradores y auditores.

3.º La autorización a los administradores para el ejercicio, por cuenta propia o ajena, del mismo, análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social.

4.º La modificación de los Estatutos sociales.

5.º El aumento y la reducción del capital social.

6.º La transformación, fusión y escisión de la sociedad.

7.º La disolución de la sociedad y el nombramiento de liquidadores.

(*) Por respetar el texto de ésta no se ha contemplado el reciente Proyecto de Ley de S. R. L. —BOCG. 25.1.1994— aunque las diferencias son mínimas.

8.º Cualesquiera otros asuntos que determinen la Ley o los Estatutos sociales.

Art. 48. Convocatoria de la Junta General.

1. La Junta General será convocada por los administradores y, en su caso, por los liquidadores de la sociedad.

2. Los administradores convocarán la Junta General para su celebración dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio con el fin de censurar la gestión social, aprobar, en su caso, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado. Asimismo, deberán convocar la Junta General en las fechas o períodos que determinen los Estatutos sociales.

Si estas Juntas Generales no fueran convocadas dentro del plazo legal, podrán serlo por el Juez de Primera Instancia del domicilio social, a solicitud de cualquier socio y previa audiencia de los administradores.

3. Los administradores convocarán asimismo la Junta General siempre que lo consideren necesario o conveniente y, en todo caso, cuando lo soliciten uno o varios socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, expresando en la solicitud los asuntos a tratar en la Junta. En este caso, la Junta General deberá ser convocada para su celebración dentro del mes siguiente a la fecha en que se hubiere requerido notarialmente a los administradores para convocarla, debiendo incluirse necesariamente en el orden del día los asuntos que hubiesen sido objeto de solicitud.

Si los administradores no atienden oportunamente a la solicitud, podrá realizarse la convocatoria por el Juez de Primera Instancia del domicilio social, si lo solicita el porcentaje del capital social a que se refiere el párrafo anterior y previa audiencia de los administradores.

4. En caso de muerte o de cese del administrador único, de todos los administradores que actúen individualmente, de alguno de los administradores que actúen conjuntamente, o de la mayoría de los miembros del Consejo de Administración, sin que existan suplentes, cualquier socio

podrá solicitar del Juez de Primera Instancia del domicilio social la convocatoria de Junta General para el nombramiento de los administradores. Además, cualquiera de los Administradores que permanezcan en el ejercicio del cargo podrá convocar la Junta General con ese único objeto.

5. En los casos en que proceda convocatoria judicial de la Junta, el Juez resolverá sobre la misma en el plazo de un mes desde que le hubiere sido formulada la solicitud y, si la acordare, designará libremente al Presidente y al Secretario de la Junta. Contra la resolución por la que se acuerde la convocatoria de la Junta no cabrá recurso alguno.

Artículo 49. Forma y contenido de la convocatoria.

1. La Junta General será convocada mediante anuncio publicado en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil” y en uno de los diarios de mayor circulación en el término municipal en que esté situado el domicilio social.

2. Los Estatutos sociales podrán establecer, en sustitución del sistema anterior, que la convocatoria se realice mediante anuncio publicado en un determinado diario de circulación en el término municipal en que esté situado el domicilio social, o por cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, que garantice la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en el Libro registro de socios. En caso de socios que residan en el extranjero, los Estatutos podrán prever que sólo serán individualmente convocados si hubieran designado un lugar del territorio nacional para notificaciones.

3. Entre la convocatoria y la fecha prevista para la celebración de la reunión deberá existir un plazo de, al menos, quince días. En los casos de convocatoria individual a cada socio, el plazo se computará a partir de la fecha en que hubiere sido remitido el anuncio al último de ellos.

4. En todo caso, el anuncio de convocatoria expresará el nombre de la sociedad, la fecha y hora de la reunión, así

como el orden del día, en el que figurarán los asuntos a tratar.

En el anuncio de convocatoria por medio de comunicación individual y escrita figurará asimismo el nombre de la persona o personas que realizan la comunicación.

Artículo 50. Lugar de celebración.

Salvo disposición contraria de los Estatutos sociales, la Junta General se celebrará en el municipio donde la sociedad tenga su domicilio. Si en la convocatoria no figurase el lugar de celebración, se entenderá que la Junta ha sido convocada para su celebración en el domicilio social.

Artículo 51. Junta universal.

1. La Junta General quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto, sin necesidad de previa convocatoria, siempre que esté presente o representada la totalidad del capital social y los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión y el orden del día de la misma.

2. La Junta universal podrá reunirse en cualquier lugar del territorio nacional o del extranjero.

Artículo 52. Asistencia y representación.

1. Todos los socios tienen derecho a asistir a la Junta General. Los Estatutos sociales no podrán exigir para la asistencia a las reuniones de la Junta General la titularidad de un número mínimo de participaciones.

2. El socio podrá hacerse representar en las reuniones de la Junta General por medio de otro socio. Los Estatutos sociales podrán autorizar la representación por medio de persona que no sea socio.

3. La representación deberá conferirse por escrito. Si no constare en documento público, deberá ser especial para cada Junta.

Artículo 53. Mesa de la Junta General.

Salvo disposición contraria de los Estatutos sociales, el Presidente y el Secretario de la Junta General serán designados, al comienzo de la reunión, por los socios concurrentes.

Artículo 54. Derecho de información.

Los socios podrán solicitar por escrito, con anterioridad a la reunión de la Junta General, o verbalmente durante la misma, los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día. El órgano de administración estará obligado a proporcionárselos, en forma oral o escrita de acuerdo con el momento y la naturaleza de la información solicitada, salvo en los casos en que, a juicio del propio órgano, la publicidad de ésta perjudique los intereses sociales. Esta excepción no procederá cuando la solicitud esté apoyada por socios que representen, al menos, el veinticinco por ciento del capital social.

Artículo 55. Conflicto de intereses.

1. El socio no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones en aquellos asuntos en los que se encuentre en situación de conflicto de intereses con los de la sociedad.

296

En todo caso, se entenderá que el socio se encuentra en esa situación cuando se trate de adoptar un acuerdo que le libere de una obligación o le conceda un derecho, así como cuando, siendo administrador, el acuerdo a adoptar se refiera a la dispensa de prohibición de competencia, al establecimiento con la sociedad de una relación laboral, profesional o de prestación de cualquier tipo de obras o servicios, al ejercicio de la acción social de responsabilidad contra él o a la renuncia por parte de la sociedad a ejercitar dicha acción.

2. Las participaciones sociales del socio en situaciones de conflicto de intereses se deducirán del capital social para el cómputo de la mayoría legal o estatutariamente establecida.

Artículo 56. Principio mayoritario.

1. Los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos el veinticinco por ciento del capital social. No se computarán los votos en blanco.

2. Por excepción a lo dispuesto en el apartado anterior,

1.º) el aumento o la reducción del capital, la transformación, fusión o escisión de la sociedad y, en general, cualquier modificación de los Estatutos sociales, requerirán el voto, favorable de más de la mitad del capital social. 2.º) ???

3. Para todos o algunos asuntos determinados, los Estatutos sociales podrán exigir el voto favorable de una proporción del capital superior a la establecida por la Ley, sin que pueda llegar a ser exigida la unanimidad. Asimismo, los Estatutos sociales podrán exigir además de la proporción del capital legal o estatutariamente establecida, el voto favorable de un determinado número de socios. Queda a salvo lo dispuesto en los artículos 74 y 75.

4. Cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto. Los Estatutos sociales no podrán limitar el número de votos a emitir por un socio.

Artículo 57. Constancia en acta de los acuerdos sociales.

1. Todos los acuerdos sociales deberán constar en acta.

2. El acta incluirá necesariamente la lista de asistentes y deberá ser aprobada por la propia Junta al final de la reunión o por el Presidente de la Junta General y dos socios interventores, uno en representación de la mayoría y otro por la minoría.

3. El acta tendrá fuerza ejecutiva a partir de la fecha de su aprobación.

Artículo 58. Acta notarial.

1. Los administradores podrán requerir la presencia de Notario para que levante acta de la Junta General y estarán obligados a hacerlo siempre que, con cinco días de antelación a la prevista para la celebración de la Junta, lo soliciten uno o varios socios que representen, al menos, el 5% del capital social. En este último caso, los acuerdos sólo serán eficaces si constan en acta notarial.

2. El acta notarial no se someterá a trámite de aprobación, tendrá la consideración de acta de la Junta y fuerza ejecutiva desde la fecha de su cierre.

3. Los honorarios notariales serán de cargo de la sociedad.

B) Impugnación de acuerdos.

Se regula en el art. 59.

Art. 59. Impugnación judicial de los acuerdos sociales.

La impugnación judicial de los acuerdos sociales se regirá por lo establecido para la impugnación de los acuerdos de la Junta General de accionistas. Con lo cual habrá de procederse al reenvío a los preceptos de la L.S.A. antes examinados: arts. 115 y ss.

IV) Información civilística. Crítica

A) En las causas: omisión vicios consentimiento.

298

Como premisa previa, se subraya que: estamos en una sociedad cerrada, en una sociedad personalista, en una sociedad que puede tener cualquier número de socios; aunque no de una gran dimensión personalista y se puede contemplar en el diseño una sociedad formada por *primus*, *secundus* y *tertius*. Entonces, esa voluntad general es la conjunción de las voluntades individuales, y prácticamente, abocan en un negocio plurilateral, siendo perfectamente aislable que el acuerdo X sea formado por la voluntad de *primus*, que dice sí, la voluntad de *secundus*, que dice sí, y la voluntad de *tertius* sí o no; o sea, son aislables esos vehículos de emisión de la voluntad; y eso es la voluntad negocial, o, sin más, el consentimiento negocial. Entonces, ¿por qué no se proyectan, para controlar la viabilidad de esa voluntad negocial, los mecanismos generales de la emisión del consentimiento en los negocios jurídicos, que vinculan, afectan y repercuten intereses?; esto es lo se quiere resaltar, pues si bien ello no es sostenible en general en la sociedad anónima por cuanto que el número de socios accionistas es normalmente amplio, tampoco cabe ignorar el problema cuando es pequeño; ya que, tal vez, entonces, se puede

comprobar si la emisión de esas voluntades parciales, de esos sumandos al total de la voluntad negocial, han sido correctamente emitidas; por lo que perfectamente se puede someter a control jurídico a efectos de preconstitución, para luego, la impugnación, según cómo y de qué forma se han emitido esas voluntades individuales. Y si esas voluntades individuales se han emitido correctamente puede prevalecer que no sean impugnables por esa vía de la incorrección. Pero, si no lo han sido, deben admitirse otras causas de impugnación, porque, la referencia del artículo 59, del Anteproyecto a la Ley de Sociedades Anónimas, se refiere a la Junta General de accionistas, en donde, como se ha visto anteriormente, sólo se pueden impugnar por esas tres causas: contravenir la legalidad, oponerse a los Estatutos (lo que ahora es correcto porque ya hay Estatutos) o el beneficio de un tercero en perjuicio de los intereses legales. Entonces, la pregunta es: ¿no cabe impugnar acuerdos sociales cuando esté viciado ese consentimiento, repito, en una sociedad reducida, en donde se puede detectar la sustantividad de los sumandos con respecto al total del consentimiento? Se puede, comprobar si *primus* emitió su voluntad con libertad, sin coacción, sin engaño, si *secundus* también, y si *tertius* también. ¿Por qué no se aplican los vicios del consentimiento como causas impugnatorias: error, violencia, intimidación y dolo? ¿Es que no es factible que en la sociedad ésta, por una equivocación de datos o de conocimientos, o de noticias, se adopte un acuerdo? ¿Es que no es factible que estos socios reducidos y personalizados sean sometidos a lo que se llama “la fuerza física o la psíquica —el “metus”—”? ¿Es que no es factible que exista una manipulación, un artificio, un fraude, un ardid, que produce una equivocidad, y naturalmente esto sea una conducta determinante del dolo como un vicio invalidatorio? ¿Por qué, entonces, cercenamos esto? Dos respuestas: una a favor y otra en contra; a favor porque, tal vez, también por el principio de conservación de los negocios y por no bloquear

la propia vida de la sociedad, el legislador mercantil ha considerado que lo importante está a salvo en el citado artículo 115, algo así como, en términos mercantilistas, lo único que interesa es que se respete la legalidad o la economía; frente a eso, sin embargo, hay que decir que así se están desconociendo los derechos elementales de las personas afectadas, o de los que adoptasen acuerdos bajo esa presión. Pero es la confusión entre NULIDAD Y ANULABILIDAD lo que en Derecho se resalta, el incurrir en la misma un legislador de la solera como es el legislador mercantil; ya en la Ley de Sociedades Anónimas cuando está hablando de nulidad y de anulabilidad, se permite distinguir: son impugnables, primero los acuerdos en contra de la Ley, segundo los acuerdos que se opongan a los Estatutos y tercero los acuerdos que beneficien y perjudiquen... y luego dice: los primeros son acuerdos nulos, y los segundos son acuerdos anulables.

B) En la caducidad.

Confusión, que se repite, y que aparece en torno a la figura de la caducidad, porque se dice en el art. 116 (al que se remiten el citado 15 y el 59 del Anteproyecto: "Los acuerdos nulos caducan al año; y se pregunta: ¿También, esto es para impedir la paralización de la sociedad? Algo así, ¿para no permitir (tratando de justificar) una incertidumbre prolongada tiempo y tiempo por la inacción del afectado? Puede ser un argumento: pues si se está afectado por un acuerdo nulo, y no se actúa diligentemente, y al cabo del año no se actúa, la acción caduca, pero, ¿cómo este legislador no ha sido más inteligente y ha evitado hablar de la dualidad nulo-anulable? Bastaría con decir son acuerdos impugnables, tales y cuales; y luego en torno a la caducidad expresar: los primeros caducan... y los segundos ... Y de esta forma tan elemental no se hubiera incurrido en tanta impericia, pues, ¿tenía el legislador mercantil

necesidad de calificar si unos acuerdos son nulos o anulables?: Le hubiera bastado afirmar que son impugnables estos tres acuerdos sin tener que decir: los primeros son nulos y los segundos anulables, para luego en relación a la caducidad expresar que los acuerdos que contraríen el orden público no caducan, los demás caducan al año y el resto a los cuarenta días. Son inexactitudes que de nuevo aparecen cuando, si bien el artículo 115 señala que es nulo el acuerdo que contraviene la Ley, luego se contradice, porque el artículo siguiente dice: “El único acuerdo que es nulo y que no caduca es el acuerdo que contraría el Orden Público”, ¡con lo difícil que es descifrar qué es el Orden Público! Es el límite más difuso y evanescente que existe dentro del 1.255 del C.c. ¿Qué es el Orden Público? Pues, se reitera, si en el 115 se ha dicho que un acuerdo nulo es el que contraviene la Ley, ¿por qué a efectos de caducidad ya no se actúa en consecuencia con la dogmática jurídica?, pues, en ella, es evidente que la CADUCIDAD jamás se predica de la NULIDAD; la nulidad tiene un tratamiento, propio en cuanto a la causa, por contravenirse una norma de *ius cogens*, o una norma imperativa o una norma prohibitiva. Y claro es, esa contravención no produce nunca efectos, sin que se pueda convalidar; ya decía el propio FEDERICO DE CASTRO, que la acción de nulidad a efectos de legitimación, es cuasi pública, pero hay que accionar porque se establece una apariencia, que de oficio, se tiene que deshacer, y como no hay una persona interesada que inste que desaparezca esa apariencia, ha de potenciarse la acción para que eso nunca produzca efectos.

V) Problemática sobre la impugnación en vía arbitral

Existe fuerte polémica doctrinal al respecto, en donde se parte de cuestionar el arbitraje hasta en la S.A.; siguiendo a GIRÓN TENA, cabe esta síntesis:

1) Tesis negativa.

No parece posible someter a arbitraje la validez de los acuerdos sociales. Ciertamente que, al haber sido suprimido el proceso especial de impugnación que la ley tenía establecido antes de la reforma, desaparece con ello uno de los argumentos en que se apoyaba la improcedencia del arbitraje en esta materia. Como tampoco es posible recurrir ahora al derogado art. 1.820 del C.c. Pero aun así, seguimos pensando, GIRÓN, que esta materia tiene carácter indisponible. El art. 2 de la Ley de Arbitraje de 5-12-1988 exige, como es sabido, para que una cuestión litigiosa pueda ser objeto de arbitraje, que verse “sobre materias de las que puedan disponer los interesados conforme a derecho”; añadiendo que “las materias inseparablemente unidas a otra sobre las que las partes no tengan poder de disposición no podrán ser objeto de arbitraje”. Las acciones de impugnación, pues, sean declarativas o constitutivas de nulidad, deben acomodarse a la vía legal de juicio ordinario de menor cuantía y no puede seguir los trámites del proceso arbitral.

302

Las precedentes consideraciones no obstan a la validez de las cláusulas de arbitraje frecuentemente insertas en los Estatutos de las sociedades anónimas. Las contiendas, diferencias o controversias entre los accionistas y la sociedad pueden ser de muy distinta naturaleza, y todas aquéllas que no versen sobre la impugnación de los acuerdos sociales podrán comprometerse en un tercero para ser resueltas por vía arbitral. Ha de estimarse, por todo ello, que sigue siendo correcto la práctica que era habitual en determinados Registros Mercantiles, antes de la reforma de la Ley, de exigir que en la cláusula arbitral se hiciera expresa salvedad de las acciones de impugnación de acuerdos sociales.

2) Jurisprudencia.

Es de advertir, por otro lado, que la jurisprudencia, también antes de la supresión del proceso especial de impugnación, había mostrado cierto recelo respecto al alcance de esos pactos estatutarios (v. SSTs 15/10/1956 y 27/1/1968). La sentencia de 15/10/1971 reduce a su vez la posibilidad de aplicación del arbitraje convencionalmente instituido, excluyendo de su ámbito de aplicación la materia relativa a la apreciación de las exigencias del art. 53 y de los antiguos arts. 108 y 110 de la Ley. Finalmente, cabe mencionar la sentencia de 21/5/1970, en la cual, discutiéndose el cumplimiento de un precepto estatutario que establecía un requisito previo conciliatorio, no le concedió mayores efectos que los asignados al propio acto de conciliación que establecía con carácter general la ley procesal y ahora mantenido como facultativo tras la reforma de 1984.

303

3) Tesis positiva.

Sin embargo, procede tener en cuenta la existencia en nuestra doctrina más reciente de posiciones de franca apertura hacia la operatividad del arbitraje en el tipo de litigios que nos ocupan. Así, en una revisión crítica que se ha hecho del problema (MUÑOZ PLANAS, EST, URÍA, 448-461) se ha observado la necesidad de distinguir en su planteamiento entre, a) la gran sociedad anónima de tipo abierto y b) las sociedades cerradas de carácter familiar. Respecto a las primeras por su propia naturaleza, el recurso al arbitraje no sólo no es, en términos generales, aconsejable, sino que además, tropieza con el obstáculo fundamental de no ser practicable, porque, mientras la sentencia resolutoria del proceso de impugnación tiene una eficacia absoluta, *erga omnes*, frente a todos los socios, en cambio el laudo para que pueda alcanzar esa eficacia de la sentencia judicial sería preciso que fuesen partes en el arbitraje decisorio de la

impugnación todos los accionistas, lo cual, evidentemente, sólo puede producirse en sociedades con un reducido número de socios. Salvo que, naturalmente, la cláusula arbitral se encuentre incorporada a los Estatutos, porque en este caso vincula a todos los socios, es constitutiva de la pertinente excepción dilatoria (art. 533.8.º LEC) y el laudo que se dicte en ejecución de la misma produce efectos para todos los socios, hayan participado o no en el procedimiento.

Dándose ese presupuesto, a saber, que exista convenio arbitral en los Estatutos o, en su defecto, que aquél sea suscrito por todos los socios, esta posición doctrinal admite la posibilidad de someter a decisión arbitral, sea de derecho o de equidad, la validez o no de los acuerdos corporativos que afecten no sólo a los intereses personales de los socios, sino incluso al interés social o común de los mismos y también cuando se estimen contradictorios con normas legales o estatutarias predisuestas para tutelar tanto las posiciones individuales de los socios, como sus intereses colectivos; y ello, por entender que la disponibilidad de esta última categoría de intereses, aunque está vedada al socio *uti singuli*, no debe estarlo a la colectividad de los socios, que sean parte en el arbitraje instaurado. Por el contrario, la indisponibilidad de la materia excluida como objeto posible de arbitraje, cuando la impugnación del acuerdo está motivada por infracciones legales que afecten a intereses de terceros o que puedan estimarse atentatorias al orden público y, apenas es menester decirlo, a la moral y a las buenas costumbres. Según este punto de vista, el ámbito potencial del arbitraje en este orden de litigios societarios es muy amplio, pues, dentro de los límites expuestos, la solución que se postula no distingue entre arbitraje de derecho o de equidad en su aplicación a los acuerdos nulos, ya que asumiendo la conocida tendencia reconversora de la nulidad, art. 115.3.º ahora consagrada por la Ley vigente, sólo pone como límite a todo arbitraje aquellas nulidades constituidas

por infracciones tan graves como las expuestas. Sólo estos, determinados acuerdos nulos, serían, en efecto, materia no apta de someter a arbitraje.

Según la CLASE DE ACUERDOS: otro punto de vista, que acepta del anterior la necesidad de reconducir el problema al campo de las sociedades cerradas, se mantiene, por el contrario, para su solución en la bipartición, con visión clásica, entre acuerdos anulables y acuerdos nulos, para sostener que mientras la impugnación de los primeros puede resolverse por arbitraje de derecho o de equidad indistintamente, en cambio, los segundos, sin distinciones, sólo pueden ser objeto de un arbitraje de derecho (VICENT CHULIÁ). Para las sociedades cooperativas, donde tanta tradición tiene el arbitraje, en todos los ordenamientos, como medio solutorio de los conflictos internos, v. art. 163 de la Ley de Cooperativas de 2 de abril de 1987, regulando la conciliación y el arbitraje cooperativos y las competencias que tiene, al respecto, el Consejo Superior de Cooperativismo. La Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana de 25 de octubre de 1985, admite, expresamente (art. 35.2), que toda impugnación de acuerdos sociales pueda ser objeto de la conciliación y arbitraje que regula.

305

4) Texto del Anteproyecto inédito.

En el texto del borrador de la sesión 22-10-1992 se desarrollaba a propósito de esta impugnación, esta normativa:

Art. 60. Cláusula estatutaria de arbitraje.

1. Los Estatutos sociales podrán establecer que la impugnación de los acuerdos sociales habrá de ser resuelta por uno o varios árbitros, con sujeción a Derecho y conforme a la Ley de Arbitraje.

2. Serán de aplicación los preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas relativos a los acuerdos impugnables, la caducidad de la acción y la legitimación.

3. El inicio del procedimiento arbitral se podrá hacer

constar en el Registro Mercantil por medio de anotación preventiva, que se cancelará cuando: 1) los árbitros estimaren la oposición de una de las partes al procedimiento; 2) los interesados desistieran del arbitraje de común acuerdo; 3) el laudo desestimare la impugnación del acuerdo social; 4) hubiese transcurrido el plazo sin haberse dictado el laudo; ó 5) éste hubiera sido anulado judicialmente.

Art. 61. Suspensión del acuerdo impugnado.

1. El demandante o demandantes que representen al menos un 5% del capital social podrán solicitar del árbitro o árbitros, al tiempo de presentar las alegaciones iniciales, la suspensión del acuerdo impugnado.

2. El árbitro o árbitros resolverán de inmediato sobre dicha solicitud, pudiendo disponer que se aseguren, mediante aval o caución los perjuicios que eventualmente pudieran causarse a la sociedad.

306 3. La anotación preventiva de la decisión arbitral que ordene la suspensión del acuerdo impugnado se practicará, sin más trámites, a la vista de aquélla, y se cancelará en iguales casos y circunstancias que la anotación preventiva relativa al inicio del procedimiento arbitral.

Art. 62. Laudo arbitral.

1. El laudo que estime la acción de impugnación producirá efectos frente a todos los socios, pero no afectará a los derechos adquiridos por terceros de buena fe a consecuencia del acuerdo impugnado.

2. El laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible habrá de inscribirse en el Registro Mercantil, una vez que conste la oportuna notificación, en virtud de la correspondiente escritura de protocolización y se publicará en extracto en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil". A estos efectos, el laudo deberá ordenar la cancelación de la inscripción del acuerdo y de los asientos posteriores a esta inscripción que sean contradictorios con la decisión adoptada.

3. La inscripción a que se refiere el párrafo anterior se practicará transcurridos treinta días a contar desde la fecha

del asiento de presentación sin que ninguna de las partes acredite documentalmente la pendencia del recurso de anulación previsto en la Ley de Arbitraje. En otro caso, el Registrador suspenderá la inscripción extendiendo al margen del asiento de presentación nota expresiva de la pendencia del recurso.

Como se ha dicho, esta posibilidad impugnatoria no la recoge ese borrador oficial, sin duda porque el tema es polémico, aunque en opinión personal, cabe compartir la tesis del Anteproyecto.

5) Tesis personal.

Defiende la admisibilidad “razonable” de la impugnabilidad de los acuerdos sociales de la S.R.L. por vía arbitral, por estos argumentos a favor, en réplica de los que se adosan en contra:

1. Frente a la inseguridad producida por la, acaso, incompetencia o dispersión de criterios del dictamen arbitral. Que es una acusación común que también juega en toda otra controversia sometida a los árbitros, por lo que se cuestiona a la misma institución y por esa deficiencia se la abroga, o, si se le admite, puede perfectamente funcionar en esta materia societaria.

2. Frente a la indisponibilidad de intereses sometidos a la decisión: Todo depende de que el mecanismo de emisión de la voluntad social esté lo suficientemente acreditado, porque, obvio es que, tratándose de un ente colectivo nunca la asunción del procedimiento autonómico dirimente será igual que en un sujeto individual, aunque tampoco ha de ignorarse que caben sociedades no ya unipersonales sino con un número escaso de socios en los que, cada uno y todos en conjunto, acepten esta fórmula arbitral. En cualquier modo y aun con el número máximo de socios, siempre es posible que a éstos les afecte, aunque no hayan personalmente asumido el instrumento, cuando hayan aceptado por volición

representativa *ex post* el mismo (caso de nuevo socio que acepta los Estados permisivos).

3. Acogimiento ineludible en los Estatutos: es evidente, que en todo caso, la referencia arbitral como fórmula dirimente deberá estar recogida expresamente en los Estatutos de la sociedad, de tal modo que todos sus miembros no sólo puedan conocerlos sino, por ende, quedan afectados. Y, entonces, no cabe aducir en contra una no participación en la aceptación de este instrumento impugnatorio, ya que antes de ello el socio o socios afectados al conocer esa eventualidad podrían haber desistido de participar en el colectivo social de referencia.

4. Genericidad o especialidad de acuerdos: El asunto transita por dilucidar si la vía arbitral podrá recaer en cualquier impugnación de acuerdos sociales o bien sólo de los que, por su contenido o naturaleza ofrezcan inferior gravedad o estén previamente delimitados. Y la respuesta es que caben distintas fórmulas de acogimiento:

1) Desde aquella auténtica “cláusula compromisoria”, como al uso existe en el tráfico societario de estas sociedades en donde se permite esta impugnación de un acuerdo, y siempre que no afecte a terceros, en relación exclusiva con la interpretación o aplicación de los propios Estatutos que le acogen (por ello se habla de auténtica c.c., ya que, como en el mundo de los contratos, se suele insertar la cláusula que sólo juega en relación con el cumplimiento o no de dicho contrato).

2) Pero también es posible no delimitar y posibilitar la impugnación de toda clase de acuerdos sociales, con estas matizaciones: a) Es evidente que el laudo que se dicte en caso alguno afectará al tercero, porque siempre se PROYECTA en el acervo de intereses que, en el conflicto con ese tercero, repercutan en el socio/socios de la misma sociedad, que serán, pues, los que por la permisibilidad estatutaria estén afectados. b) Que si el acuerdo en cuestión es claramente contraventor de la legalidad imperativa —que aboque

en su nulidad— o perjudique a tercero —se remite a lo anterior, pues nunca la decisión arbitral que se admita a éste puede afectar—, deberá o debería encauzarse sólo por el arbitraje de derecho, y hasta con el eventual remedio de revisar lo arbitrado ante los Tribunales en vía de anulación.

VI. Cuestiones puntuales

A) Legitimación asistencia.

¿Qué repercusión legal ostenta el que en una Junta General está presente una persona que no está legitimada para estar presente y además sí interviene en la Junta? Esto, ¿es causa de impugnación?: la respuesta se obtiene dentro de la Jurisprudencia casuística —depende de los casos— así se desmenuza: si el que está sin deber estar, cree que debe estar, y para esclarecer si no tiene derecho, es preciso una resolución judicial; entonces, a la posible impugnación de esto le tenía que preceder el proceso esclarecedor de si estaba legitimado o no legitimado para estar. Había primero que filtrar su legitimación de presencia e intervención, porque él piensa, por ejemplo, es un socio aparente o que tiene un título transmisivo, que está maltrecho. Por eso, “el que está porque sí” puede provenir de un doble haz de causas: el que está como una especie de jactante, (“yo me jacto y estoy porque quiero”) o, yo estoy porque creo que debo estar, aunque judicialmente me han dicho que no debo estar; son personas inhabilitadas para estar, y lo que hay que hacer es el seguimiento de si la presencia es sólo física, lo que es irrelevante, pues se exige una presencia actuatoria, informativa, y entonces la solución depende de la intensidad de su intervención, lo que es muy difícil, es casi una aporía jurídica a efectos de superposición. Entonces, salvo que se demuestre, y es muy difícil de demostrar, que la intervención de esta persona no legitimada,

ha sido decisiva para el acuerdo que se adopte, no cabe la impugnación; pues, ¿cómo podemos nosotros proyectar un instrumento a efectos probatorios para la contienda judicial impugnatoria de que esa intervención oral ha sido condicionante del acuerdo?, porque hablando con el *logos* de lo razonable, se dice: “si se adoptó el acuerdo positivo porque este sujeto persuadió a todos y los influyó para que se adoptase el acuerdo”; si eso es capaz de plasmarse en un instrumento y proyectarse después a efectos de la proposición probatoria, ese acuerdo es impugnabile, pero con una acción de impugnación estimatoria, porque, naturalmente, acciones de impugnación puede haber todas las que quieran.

B) Fragmentación del derecho al voto.

310

El supuesto es sencillo, de reflejo hasta didáctico: *primus* es titular de 100 participaciones; entonces, primera hipótesis, él actúa y él dice: yo voto con respecto a cincuenta sí y con respecto a cincuenta no; segundo, mecanismo de interposición: *primus* otorga mandato específico —si así no lo prohíben los Estatutos— a *secundus* para que le represente en la Junta y expresamente le faculta para esta fragmentación del voto. Es claro que esta fragmentación del voto puede, naturalmente, provocar una convulsión en el sentido del acuerdo, porque ese socio —socio siempre, no accionista— o su representante, puede decir: “yo me ciño, tengo un poder especial, aquí digo sí en cuanto a cincuenta y otro sí en cuanto al resto de los cincuenta”. La explicación a la respuesta es que el socio es titular de un derecho al voto. El voto es una unidad inextinguible, tanto tiene derecho al voto el que es titular de una participación como el que es titular de mil o más aportaciones dinerarias o no dinerarias. Por ello se ejerce el derecho al voto como un acto único, que emana de esa titularidad, sin que sea posible la fragmentación, aparte de que fragmentar supondría, a veces, unas conductas fraudulentas en perjuicio de alguien.

VII. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Si bien es claro, que por las fechas de las respectivas ordenaciones, las referencias a sentencias de la Sala 1.^a se situarán en la aplicación del régimen vigente, cabe esta selección:

— Aplicación subsidiaria de la L.S.A. (7-3-1991); Resolución.

— Junta General. Convocatoria por el Presidente (20-3-1991); Resolución.

Sentencias T. S.:

— Junta universal (15-12-1992).

— Impugnación de acuerdos sociales. Procedimiento especial; ámbito. No puede fundarse en pactos previos a la constitución de la sociedad (14-11-1992).

— Impugnación acuerdos sociales. La sociedad carece de legitimación activa (15-12-1992).

— Nulidad de acuerdos tomados en Junta General. Buena fe procesal (3-4-1992).

— Impugnación de acuerdos. Nulidad de la Junta celebrada en primera convocatoria (29-1-1992).

— Impugnación de acuerdos sociales. Abuso de derecho (10-2-1992).

— Impugnación de acuerdo social: por lesionar en beneficio de uno o varios accionistas los intereses de la sociedad (19-2-1991).

— Nulidad de acuerdos. Incumplimiento de requisitos previos a la Junta (30-11-1991).

— Nulidad de acuerdos del Consejo de Administración y Juntas Generales. Indemnización de daños (10-10-1991).

LAS RESTRICCIONES A LA TRANSMISION DE PARTICIPACIONES EN LA SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

(Observaciones a propósito del derecho proyectado) (1)

313

ANTONIO B. PERDICES HUETOS

*Departamento de Derecho Privado
Universidad Autónoma de Madrid*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL RÉGIMEN LEGAL SUPLETORIO DE LAS RESTRICCIONES A LA TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES. III. LÍMITES A LA LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN ESTATUTARIA DE LAS RESTRICCIONES A LA TRANSMISIBILIDAD. IV. EL

(1) Este trabajo ha sido realizado bajo la dirección del profesor Cándido Paz-Ares, en el Área de Derecho Mercantil de la Universidad Autónoma de Madrid y su propósito no es otro que ofrecer una primera —y todavía muy provisional— valoración del régimen de las restricciones a la transmisión de las participaciones sociales que se recoge en el *Borrador de Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (APLSRL)*, aprobado por la Comisión General de Codificación (y publicado en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, sup. al número 1.675, de 25 de junio de 1993). Agradezco a los compañeros del área la ayuda prestada y, muy especialmente, a Jesús Alfaro, que ha leído con mucha atención versiones anteriores de este trabajo y me ha hecho observaciones llenas de interés.

I. Introducción

314 1. En un ordenamiento fundado en el respeto a la autonomía privada, las normas que regulan imperativamente las relaciones negociales entre particulares se justifican, o bien por la necesidad de proteger a terceros extraños a la relación, o bien por la necesidad de amparar a alguno de los contratantes para quien, por cualquier razón, el consentimiento contractual no supone suficiente protección. En el resto de casos, la regla general es clara: *volenti non fit iniuria*. Esta valoración de la autonomía privada se traduce en el carácter esencialmente dispositivo del derecho contractual. Su función no es directiva, sino facilitadora. En efecto, su objetivo no es otro que proporcionar a las partes reglas estandarizadas que les eviten la necesidad de regular en cada caso y al detalle sus relaciones, sin que ello les impida establecer una regulación específica cuando sus deseos o necesidades difieran de las que el legislador ha considerado típicos. De ahí que, correctamente, se afirme la coherencia de la regulación dispositiva con la voluntad hipotética de los contratantes típicos (2).

Lo anteriormente dicho es trasladable, en general, al contrato de sociedad y, especialmente, a las sociedades de estructura cerrada y gestión estrecha como son las de res-

(2) Para el desarrollo de estas ideas, v., en nuestra doctrina más reciente, J. ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, pp. 89 ss., 361 ss. y allí ulteriores indicaciones.

ponsabilidad limitada (3). Las normas que regulan las relaciones internas de una sociedad limitada, en la medida que no perjudican a terceros y han de ser consentidas en el momento fundacional por todos los socios, deberían ser, en principio, dispositivas. El carácter dispositivo de las normas que regulan las relaciones internas se traduce en la existencia de un *numerus apertus* de “tipos” sociales, entendidos éstos como modelos de organización de la actividad societaria (4). Si bien los socios eligen una “forma” social, no con eso optan necesariamente por el tipo legal correspondiente, pudiendo configurar, según sus deseos, un tipo negocial más o menos discrepante del modelo que ha servido de guía al legislador. El límite a tales desviaciones se encuentra, como es sabido, en las normas identificadoras de cada forma social, entre las que sobresalen aquéllas que permiten a los terceros que se relacionan con la sociedad calcular de modo preciso las consecuencias de contratar con ella.

315

2. Bajo esta perspectiva, la regulación objeto de este comentario de urgencia, inserta en un texto que por lo general tiene muy buena factura, resulta en cierto modo sorprendente, y ello porque introduce, en relación al régimen de transmisibilidad de participaciones, limitaciones al principio de libertad de pactos que no encuentran justificación ni en la protección de terceros, ni en la protección de

(3) Para una exposición de la concepción contractual del derecho de las sociedades de capital, v. F. H. EASTERBROOK y D. R. FISCHER, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge/London, 1991, cap. 1, y, entre nosotros, C. PAZ-ARES, “La infracapitalización. Una aproximación contractual”, *RdS*, n.º especial (1994), pp. 253 ss.

(4) Así lo señalan las revisiones de la doctrina tipológica de W. OTT, *Die problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht*, Bern, 1972, p. 87; W. P. WESTERMANN, *Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften*, Berlin-Heidelberg-New York, 1970, pp. 12-13 y 116 ss.; U. IMMENGA, *Die personalistische Kapitalgesellschaft*, Bad Homburg, v.d.H., 1970, p. 109, etc. Constata asimismo L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad en Derecho de sociedades*, Zaragoza, 1974, p. 152 que: “... en el tráfico actual apenas si existen sociedades que en su morfología interna respondan al estatuto legal”.

los socios que eventualmente pudieran requerirla, es decir, los minoritarios. La única justificación imaginable para un lector desapasionado de los arts. 30 y ss. del Anteproyecto de Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada parece ser la de proteger el propio tipo legal frente a la autonomía privada, imponiendo a los particulares una determinada concepción de la sociedad limitada y reduciendo con ello su utilidad como institución al servicio de la iniciativa económica empresarial (5). La experiencia comparada ha demostrado que el éxito de la sociedad limitada como forma social de la pequeña y mediana empresa va ligada, por un lado, a la rigidez de la forma sociedad anónima y, por otro, a la flexibilidad de sus propias relaciones internas (6). Cuanto más flexible sea la regulación de la sociedad anónima, menos uso harán los particulares de la sociedad limitada. Cuanto más rígida sea la regulación de las relaciones internas en la sociedad limitada, menor será su “ventaja comparativa” en relación con la sociedad anónima y, consecuentemente, menores los incentivos de los particulares para recurrir a esta particular forma societaria. Dado que los particulares no pueden “escapar” de la regulación de la sociedad de responsabilidad limitada si quieren limitar su responsabilidad, normas como las que se examinan en estas páginas no tienen otro efecto que incentivar la “ingeniería” contractual y parasocietaria para tratar de reducir los costes de usar

(5) Para la exposición y crítica de la teoría de los límites inmanentes a la libertad contractual, v. WESTERMANN, *Vertragsfreiheit*, pp. 72 y 94; A. MEIER-HAYOZ/W. R. SCHLUEP/W. OTT, “Zur Typologie im Schweizerischen Gesellschaftsrecht”, en *Z.S.R.*, 1971, pp. 293 ss., pp. 317-318; OTT, *Die Problematik einer Typologie*, p. 172. Son de interés también las observaciones críticas de FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad*, pp. 208 ss.; E. BARBASCH, *Ausgewählte Probleme der grossen Familienkommanditgesellschaft*, Baden-Baden, 1989, pp. 54-63; M. FREY, *Stamutarische Drittrechte in schweizerischen Aktienrecht*, Zürich, 1979, pp. 65 ss., etc. Parece, no obstante, reverdecer esa doctrina en los artículos 10 LSA y el 174.14 RRM.

(6) V., por todos, P. ULMER, *Vorwort* en HACHENBURG/ULMER, *GmbHG*, Berlin/N. York, 1990, 1.ª entrega, p. 1, 7-10. Entre nosotros, v., A. ROJO, “La sociedad anónima como problema”, *RDM*, 187-188 (1988), pp. 7 ss., vuelto a publicar ahora en A. MENÉNDEZ (dir.) *¿Sociedad anónima o sociedad de responsabilidad limitada?*, Madrid 1992, pp. 75 ss.

la limitada, con el consiguiente aumento de la litigiosidad en la materia y sin un beneficio apreciable para nadie.

3. Partiendo de estas premisas, el trabajo se organiza de la siguiente manera: En primer lugar se analiza el acierto de ligar el establecimiento de una restricción originaria a la propia voluntad electora de la forma de sociedad limitada (art. 20 I LSRL, arts. 30 y 33 APLSRL). No obstante, se revisa críticamente el ámbito y la técnica de la limitación usada por el Anteproyecto, por la innecesaria complejidad y coste añadidos que suponen respecto al régimen actual (v. *infra* II). A continuación se discute la conveniencia y justificación de la progresiva imperatividad y el restringido ámbito que se deja a la libertad de configuración interna en el texto proyectado, con particular referencia a las prohibiciones absolutas (art. 32 APLSRL) (v. *infra* III). Por su coste y complejidad se examinan críticamente también las restricciones propuestas a las transmisiones no voluntarias, tanto forzosas (art. 34 APLSRL) como *mortis causa* (art. 35 APLSRL), que el Anteproyecto, a diferencia de la LSA (art. 64), regula de manera separada y notoriamente divergente (v. *infra* IV). El trabajo concluye con unas breves consideraciones sobre las modificaciones sobrevenidas del régimen de transmisibilidad (arts. 36 y 99. 3 APLSRL) (v. *infra* V) y sobre el efecto que desencadena la violación de las restricciones (arts. 37 y 28 APLSRL) (v. *infra* VI).

317

II. El régimen legal supletorio de la transmisibilidad de participaciones

1. El régimen legal supletorio de la transmisibilidad de las participaciones se funda en la distinción entre *transmisiones intrasociales*, que se consideran, a falta de pacto en contrario, plenamente libres (art. 30 APLSRL) y las *transmisiones extrasociales*, que se someten, igualmente a falta de

pacto, a las limitaciones recogidas en el art. 33 APLSRL. La existencia de limitaciones a la libre transmisibilidad de las participaciones sociales se corresponde, en principio, con las expectativas normativas de quienes constituyen una sociedad cerrada. Cuando son los propios socios los que gestionan la sociedad, la cuestión de quién sea consocio resulta de la máxima importancia. De ahí que la norma del art. 33 APLSRL, al restringir la transmisibilidad de las participaciones a falta de previsión contraria, haya de reputarse un acierto, pues refleja la voluntad hipotética de quienes conciertan una sociedad cerrada (7). Hasta aquí, la regulación responde a la misma lógica y finalidad que el actual art. 20 I LSRL: la de preservar la homogeneidad del círculo de socios y las ventajas que la misma permite en términos de compatibilidad de gestión y control recíproco (8). Dado el carácter dispositivo de la regulación, si los socios desean garantizar, además, el mantenimiento de la estructura de poder en la sociedad limitada, es posible extender la restricción a las transmisiones entre ellos (9). Ha de indicarse,

(7) Así, en aquellos sistemas donde la participación en SRL es originariamente libre (Alemania, § 15.1,5 GmbHG; Italia, art. 2479 CC), la práctica general es la derogación del mismo y la previsión estatutaria de tales restricciones: V. J. REICHERT, "Zulässigkeit der nachträglichen Einführung oder Aufhebung von Vinkulierungsklauseln in der Satzung der GmbH", *BB*, 1985, pp. 1496, ss., p. 1496; J. LIMBACH, *Theorie und Wirklichkeit der GmbH*, Berlin, 1966, pp. 71 ss., etc.; respecto de la *close corporation* americana, v. EASTERBROOK/FISCHEL, *The Economic Structure of Corporate Law*, pp. 228-229; O'NEAL, *Close corporations*, Illinois, 1971, § 1.02, pp. 3 y 4; § 7.02, pp. 3 ss. En España, antes de 1953, era habitual en la aun atípica S.r.l. restringir la transmisibilidad y precisamente mediante derechos de adquisición preferente: v. S. NAVARRO, "La configuración de la sociedad limitada a través de la práctica notarial", *RDP*, 1942, pp. 24, ss., p. 37.

(8) Por "persona extraña a la sociedad" (art. 20 I LSRL) hay que entender, por supuesto, "persona que no sea socio", como ya indicaron los primeros comentaristas de la Ley (SOLA DE CAÑIZARES, *Las Sociedades de responsabilidad limitada en el nuevo derecho español*, Madrid, 1954, p. 97; J. MADRIDEJOS, "Sobre la transmisión de participaciones en la Sociedad de Responsabilidad Limitada", *RDP*, 1955, p. 266; etc.). Es usual en la práctica estatutaria especificar que por "persona extraña" hay que entender "el no socio".

(9) Es significativo que el régimen francés sea indisponible (art. 45 VII), salvo para permitir extender la restricción a los parientes del art. 44 I tanto en transmisiones *inter vivos* como *mortis causa* (art. 44 II L. 24-VII-1966).

no obstante, que el acierto de la regulación diseñada queda después oscurecido por la excesiva amplitud de su campo de aplicación (v. *infra* 2), y por la notable complejidad de las reglas establecidas (v. *infra* 3).

2. El ámbito de aplicación de las restricciones es, en efecto, *demasiado estrecho*. En este sentido han de hacerse varias observaciones:

a) La primera se dirige a recordar que el art. 30 APLSRL extiende la regla de la libre transmisibilidad no sólo a las transmisiones entre socios, sino también a las realizadas "*en favor del cónyuge, ascendiente o descendiente del socio*", lo cual no resulta del todo coherente con el fundamento de la limitación de la transmisibilidad. En efecto, no se aprecia fácilmente la existencia de razones para presumir que las cualidades o aptitudes que llevaron a los socios a elegirse recíprocamente como consocios estén presentes, como regla general, en sus parientes más próximos. Por eso, y dado que, como en el actual art. 20 I LSRL, es posible el pacto en contrario, parece preferible extender a tales transmisiones la regla de la transmisibilidad limitada.

319

b) Tampoco se halla al abrigo de reparos el hecho de que se declare la libre transmisibilidad de las participaciones que tengan como destinatario *sociedades pertenecientes al mismo grupo que el socio transmitente* (transmisiones intra-grupo). Aunque en tales casos no haya un cambio económicamente relevante de la persona del socio (10), dicha transmisión constituye, frecuentemente, el primer paso para eludir más tarde las restricciones a la transmisibilidad pactadas. Una vez que las participaciones han pasado al patrimo-

(10) En el sentido de la inexistencia de tráfico económico en las transmisiones intragrupo de participaciones vinculadas, v., por todos A. KOWALSKI, "Vinkulierte Geschäftsanteile, Übertragungen und Umgehungen", *GmbH Rdsch*, 1992, pp. 347 ss., esp. 351.

nio de la filial, basta al socio con transferir el control de ésta última a un tercero para que la titularidad efectiva de las participaciones quede transmitida (11). Obviamente el riesgo de fraude no justifica *per se* la inconveniencia de la regulación legal, pero dado el carácter dispositivo de la regulación legal y que la transmisión restringida es la regla general, parece más conveniente excluir estas transmisiones intragrupo de las excepciones legales del art. 30 APLSRL, permitiendo a las partes su liberalización a través de la cláusula correspondiente (12). De lo contrario, estaríamos invirtiendo los papeles procesales, ya que obligaríamos a la sociedad a litigar para evitar que el tercero que haya llegado a ser socio indirecto pueda ejercitar sus derechos como socio. No hay que olvidar, en este sentido, que la sociedad no puede rectificar *de motu proprio* el libro registro de socios (arg. *ex arts.* 28.2 APLSRL y 55.4 LSA) y, por tanto, negarle la legitimación.

(11) En ese sentido, S. SCOTTI CAMUZZI, "La società con unico azionista come fenomeno tipico del gruppo societario", *Riv. Soc.*, 1986, p. 509, habla de la posibilidad, en caso de transmisiones intragrupo, de un "*negozio indiretto, per combinazione in serie di due negozi, in frode a terzi gli aventi diritto di prelazione*"; idéntico peligro denuncian M. LUTTER/B. GRÜNEWALD, "Gesellschaften als Inhaber vinkulierter Namensaktien", *AG*, 1989, p. 410 y KOWALSKI, *GmbH Rdsch.*, 1992, p. 349; en España lo apunta, a propósito de la aportación de acciones vinculadas, M. DE LA CÁMARA, "Las cláusulas limitativas de la libre transmisibilidad de acciones en la nueva legislación de Sociedades anónimas", *AASN*, IV, 1991, p. 272. Lo anterior es precisamente lo que ha sucedido en un reciente y famoso caso francés, v. Cour de cassation 27-VI-1989, affaire *Lustucru c. Rivoire et Carret*, *Recueil Dalloz Sirey*, 1990, pp. J.314 ss. con comentario de J. BONNARD; también en M. CORIAN/A. VIANDER, *Droit des sociétés*, París, 1991, par. 891, y en otro alemán, v. OLG Köln, 7-XII-1987- 21 U 12/87 —inédita—, cit. por KOWALSKI, *GmbH Rdsch.*, 1992, pp. 347 ss., p. 350, nota 26. Estos supuestos son análogos al n.º 3 propuesto por LUTTER/GRÜNEWALD, *AG*, 1989, p. 409, con la variante de que en ese caso la transmisión a la empresa filial estaba permitida por una cláusula de consorcio simple —que es de hecho lo que configura el art. 30 APLSRL—, por la que no se aplicaba la restricción a las transmisiones a sociedades enteramente participadas (*einfache Konzernklausel*).

(12) Mediante la previsión de una cláusula de consorcio ("*Einfache Konzernklauseln*") incluida en el contrato de sociedad; puede servir como ejemplo la siguiente: "Einer Zustimmung bedarf es nicht, wenn ein Gesellschafter seinen Geschäftsanteil an Gesellschaften abtritt, an denen er mehrheitlich beteiligt ist oder an dem die Gesellschafter gemeinsam mit einer Mehrheit beteiligt sind" (caso OLG Köln, 7-XII-1987- 21 U 12/87 —inédita—, cit. por KOWALSKI, *GmbH Rdsch.*, 1992, p. 350, nota 26).

c) Por último, y en este punto la crítica se extiende también a la legislación vigente, parece discutible establecer de modo genérico la *libre transmisibilidad mortis causa de las participaciones* (art. 35 APLSRL), sobre todo teniendo en cuenta que el legado o el tercio de libre disposición permiten que terceros absolutamente extraños al círculo de socios acaben incorporándose al mismo (13). En estos casos, parece más deseable o bien estar a la regla general (v. *supra* a) o bien permitir la libre transmisibilidad sólo cuando los sucesores sean cónyuge, ascendientes o descendientes del socio fallecido. Esta última solución permitiría encontrar un equilibrio entre el afán de los consocios en mantener la estructura societaria y el legítimo interés de los sucesores de entrar en la sociedad cuando, como es frecuente, la participación en la empresa gestionada por la sociedad limitada constituye el principal medio de vida para la familia (14). De aceptarse esta premisa, no sería irrazonable extender la regla de la libre cedibilidad a las transmisiones a los familiares de los socios que sean sustitutivas de las restricciones *mortis causa* (15).

321

3. En relación con las *transmisiones a terceros extraños a la sociedad*, el art. 33 APLSRL establece una regulación supletoria que sigue, en general, los antecedentes propios y del derecho comparado. No obstante, la configuración legal de la restricción resulta objetable por varios motivos.

(13) En particular y en atención a la potencialidad de extrañamiento del legado, G. RIPERT/R. T. ROBLOT, *Traité élémentaire de Droit commercial*¹², 1986, París, p. 680, son partidarios de excluir de la libre transmisibilidad *mortis causa* prevista en el art. 44 I L. 24-VII-1966 al legatario que no tenga la condición de heredero.

(14) Así lo proponía ya SOLA DE CAÑIZARES, *ADC*, 1951, pp. 32 ss., p. 53. La propuesta, por lo demás, sería la recepción de una extendida práctica estatutaria que se produce en este sentido.

(15) Estas transmisiones, realizadas generalmente por motivos fiscales, del socio de avanzada edad que se retira del negocio a favor de sus hijos o parientes es lo que en Suiza se conoce como "*Verwandtenkäufe*" o "*Kindskäufe*", v. H. P. SCHMID, *Das Vorkaufsrecht*, Basel, 1934, p. 76.

a) - El derecho de adquisición preferente consagrado actualmente como restricción típica en el art. 20 II LSRL (16) se relega al art. 31 APLSRL como posibilidad de desviación estatutaria respecto a la nueva restricción típica, consistente en una *cláusula de consentimiento a favor de la sociedad*. Esta cláusula de consentimiento que el Anteproyecto configura como cláusula supletoria se completa, en caso de denegación, con la obligación de la sociedad de realizar el contenido económico de la participación presentando un adquirente alternativo (17). No obstante, el Anteproyecto parece haber ido más allá de la simple obligación de compra —que, en la medida en que se halla establecida en interés del socio, le permitiría retirar su propuesta de transmisión (18). El texto proyectado ha establecido además un verdadero derecho de adquisición a favor de la sociedad. En efecto, aunque no hay una exclusión expresa de aquella posibilidad de arrepentimiento o retirada, el prever a propósito de las transmisiones sin contraprestación en dinero un sistema de fijación objetiva del precio es signo de la posibilidad de que la sociedad adquiera aun en contra de la voluntad

(16) Así, de derecho de adquisición, lo califica el art. 174.11 RRM, aun cuando el texto legal habla de tanteo.

(17) En realidad, la oferta de adquisición es la causa que permite expresar el rechazo: v. art. 45 L. 24-VII-1966 francés, del cual parece provenir el texto del proyecto, y recientemente, art. 685 b I OR 1991 suizo; en España se ha admitido como causa de rechazo del consentimiento en la RDGRN 4-XI-1991, *La Ley*, 19-VI-1992, p. 15.

(18) Este “derecho de arrepentimiento”, ejercitable entre la denegación de consenso y la adquisición por los obligados, es pacíficamente admitido en los sistemas francés y suizo: v., RIPERT/ROBLLOT, *Traité*, I^{er}, p. 868; en jurisprudencia, v., Cass. com. 10-III-1976, in *Rev. Soc.*, 1976, pp. 332 ss.: “au cas où la société n’agréé pas le cessionnaire proposé par un actionnaire, l’obligation pour les dirigeants sociaux de faire acquérir les actions objet de la cession ne leur confère pas le droit d’évincer l’actionnaire si celui-ci renonce à vendre ses actions”. Lo afirma respecto al nuevo derecho suizo, BÖCKLI, *Das Neue Aktienrecht*, p. 194, hablando de un “*bedingtes gesetzliches Ankaufsrecht*”. No obstante, se admite también la exclusión de esta posibilidad de arrepentimiento por vía estatutaria, de modo que la “l’obligation d’achat” que pesa sobre la sociedad se encuentra, como parece que hace el APLSRL, transformada en un “*droit de préemption*”: v. RIPERT/ROBLLOT, *Traité*, I^{er}, p. 868 (V. *infra* VII).

del frustrado donante. Ambas partes, sociedad y transmitente, parece, pues, que pueden compelerse recíprocamente a la transmisión alternativa. Siendo ello así, la diferencia entre el sistema vigente y el sistema proyectado no es tanto de naturaleza como de operatividad. En efecto, el art. 33 APLSRL prevé una cláusula de consentimiento a favor de la sociedad que, en caso de negativa, le obliga —y le da derecho— a buscar y presentar un adquirente alternativo; frente a eso, el derecho de adquisición preferente que consagra el art. 20 I LSRL contiene también, aunque de manera oculta, una cláusula de consentimiento, y ello porque el rechazo a la transmisión propuesta sólo puede manifestarse, por disposición legal, mediante la compra de la participación (19). Con eso, el sistema proyectado, donde se ligan entre sí de forma automática dos declaraciones de voluntad —la del rechazo a la transmisión con la de la adquisición de la misma—, se despieza en dos momentos —el del rechazo en primer lugar y, posteriormente, el de la adquisición—, cuya operatividad es cuanto menos compleja (20). El sistema actual es pues más rápido y seguro. El socio que desea salir de la sociedad tiene un adquirente seguro —la sociedad—

323

(19) Esta solución era general en Suiza antes de la reforma del Código de las Obligaciones de 1991. Así, E. SALZBERGER-DÜRIG, *Vorkaufsrechte und verwandte Rechte an Aktien*, Zürich, 1970, pp. 182 ss., señala que el derecho de adquisición preferente no es sino la forma de instrumentar una cláusula de consenso; es más, opina que para que el derecho de adquisición preferente pueda tener eficacia real, se debe considerar parte de una cláusula de consentimiento (p. 270). Es igualmente general en Alemania admitir que en los estatutos de la GmbH se estipule que el rechazo en una cláusula de consentimiento sólo se pueda manifestar mediante el ejercicio de un derecho de adquisición (v. G. HUECK, "Erwerbsvorrechte im Gesellschaftrecht" en *Festschrift Larenz*, München 1973, pp. 748 ss., esp. 750; J. ZUTT, en HACHENBURG/ULMER, *GmbHG*, Anh § 15, RdNr. 28, p. 684; H. WIEDEMANN, *Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften*, München-Berlin, 1965, p. 88, etc.).

(20) Y reproduce problemas de otros ordenamientos, como el francés. P. ejp.: ¿tienen los socios un derecho preferente a ser presentados como adquirentes por la sociedad? La cuestión es discutida: v. D. OHL, en G. MAZET, "Les clauses d'agrément", *Rev. Jur. Comm.*, n.º esp, Dic. 1990, p. 72, que responde negativamente, aduciendo que de los arts. 274 y 275 L. 24-VII-1966 no se desprende ninguna regla de preferencia para los socios.

desde el momento en que se le deniega el consentimiento, sin necesidad de espera alguna que, según el sistema proyectado, puede alcanzar hasta tres meses (21).

b) Por otro lado, la regulación proyectada responde, en cuanto al derecho de adquisición consecutivo al rechazo de la autorización, a la idea del *tanteo* y, en consecuencia, condiciona en exceso la adquisición del tercero presentado por la sociedad al proyecto de transmisión presentado por el socio. Así, el precio de las participaciones, su forma de pago —incluyendo su aplazamiento y la necesidad de aseguramiento (art. 31.5 APLSRL)— y las demás condiciones de la venta alternativa se determinan con referencia al proyecto de transmisión (art. 33.4 APLSRL) (22). Los inconvenientes son evidentes: aparte de la posibilidad de presentar proyectos ficticios con precios exorbitantes, queda la duda de si será admisible este procedimiento cuando el socio pretenda simplemente obtener la posibilidad de ceder la participación sin haber encontrado aún un adquirente (23). Consecuencia

324

(21) En el nuevo derecho suizo, J. A. REYMOND, "Les clauses statutaires d'agrement", *ZSW*, 1992, pp. 259 ss., p. 261, indica que los derechos de adquisición preferente estatutarios no serían sino una modalidad de la cláusula de consentimiento en la cual la autorización se pueda denegar sin otro motivo que una oferta de adquisición (art. 685b I OR 1991), aunque él parece ver en ello una complicación y no un alivio del procedimiento autorizativo.

(22) Precisamente se niega en la actual regulación que el derecho de adquisición preferente sea tanteo porque el precio no se fija necesariamente en relación con la oferta del tercero: v., por todos, M. BROSETA, *Restricciones estatutarias a la transmisibilidad de acciones*², Barcelona, 1984, p. 103, DE LA CÁMARA, *AASN*, IV, 1991, p. 276, etc.

(23) Destacan el peligro de abuso en las ofertas simuladas en el caso de prelación con precio fijado convencionalmente a la par, SALZBERGER-DÜRIG, *Das Vorkaufsrecht*, p. 159, SCHMID, *Das Vorkaufsrecht*, p. 79, G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, Milano, 1984, p. 121, R. ALESSI, "Alcune riflessioni intorno alla clausola di prelazione", en *Riv. Dir. Comm.*, 1987, I, pp. 51 ss., pp. 60-61, etc. Con relación al precio a la par, correctamente apunta MELI, *La clausola di prelazione negli statuti della società per azioni*, Napoli, 1991, p. 139, que el peligro no sólo proviene de la posibilidad de frustrar el ejercicio de la prelación por parte del beneficiario, sino también de la posibilidad de llevarle a adquirir por un precio exagerado. La sociedad tiene siempre esa "espada de Damocles" que supone crecer o no en la seriedad de la oferta del tercero.

lógica de lo anterior, y precisamente como su correctivo, es que en el caso de transcurso del plazo de tres meses, el socio no queda libre para transmitir “en la forma y modo que tenga por conveniente” (como señala el art. 20 I LSRL), sino que deberá hacerlo en las condiciones comunicadas a la sociedad (art. 33.6 APLSRL). Si bien es cierto que esto último impide la burla de la cláusula, evitando una ulterior venta a un precio inferior, es igualmente claro que la imposibilidad de la sociedad de conocer con certidumbre la seriedad de la oferta puede llevar al socio a intentar repetidamente la compra alternativa de la sociedad a altos precios. Ante eso, parece que la previsión legal de un sistema dispositivo de determinación de precio (art. 20 II LSRL) presenta mayores ventajas para todos los intervinientes.

c) Finalmente, no resulta satisfactorio el régimen del art. 33 I 4.º APLSRL, en lo referente a proyectos de *transmisión cuando la contraprestación no consista en dinero*, y ello porque el régimen proyectado, pasando por alto el verdadero problema, sólo se fija en la cuestión de la fijación del precio (24). En estos supuestos (donación, permuta,

325

(24) La doctrina no considera problemático el caso de transferencia por donación o permuta en el caso de que exista una fijación “pro fórmula” del precio, cifrando el problema cuando el precio se determine “a la par” (v., por todos, MELI, *La clausola di prelazione*, pp. 189 y 190). Ante la falta de previsión estatutaria se ha optado por la fijación según el valor real de la participación: v. ALESSI, *Riv. Dir. Comm.*, 1987, pp. 51 ss., p. 74; también por el valor real se pronuncian en caso de “*illimitiertes Vorkaufsrecht*” SALZBERGER-DÜRIG, *Das Vorkaufsrecht*, p. 299, y O. LEHNER, “Gemeinsame Charakterzüge und Wirkungen der aktienrechtlichen Vorkaufsrechte”, *SAG*, 26, 1953, 54, pp. 198 ss. y 218 ss., pp. 223 y 224; en cambio, DE FERRA, *La circolazione della partecipazione azionaria*, Milano, 1964, pp. 254-255, parece partidario de la inaplicabilidad de la restricción en estos casos; igualmente rechaza la aplicación de la prelación L. FARENZA, *I contratti parasociali*, Milano, 1987, p. 163, afirmando que la sustitución de socios en estos casos carece de relevancia organizativa. También se ocupa del tema N. SOILLACE, N., “La prelazione societaria”, *Giur. Comm.*, 1990, II, pp. 564 ss., p. 568, en relación a la cass. 12-I-1989, n.º 93; intentar dar al socio un valor fijado idealmente es, como ha dicho la jurisprudencia de la casación (12-I-1989), una “*ortopedia hermeneutica*”, que haría variar de forma arbitraria la causa del negocio y el mismo objeto de la prestación gratuita; en ese mismo sentido, v. M. MAIENZA, “Inapplicabilità del patto di prelazione alle cessioni a titolo gratuito di quote sociali”, *Corr. Giur.*, 1989, pp. 293 ss.

aportación, etc., de las participaciones), el objetivo perseguido por el socio que se propone transmitir no consiste en realizar el contenido económico de la participación mediante su salida de la sociedad, sino en obtener un resultado distinto: que el adquirente sea una persona determinada —caso de la donación o aportación— o que, a cambio, le entreguen un objeto determinado —en la permuta— (25). El régimen proyectado no sólo somete al socio al riesgo de ver frustrado su proyecto de transmisión (si la sociedad deniega el consentimiento), sino que también le obliga a perder la titularidad de las participaciones (en favor del tercero procurado por la sociedad) a cambio de un dinero que puede no interesarle en absoluto (26). Es claro, pues, que en estos casos, la voluntad de transmitir está condicionada a la obtención de un resultado. La solución más correcta pasa entonces por entender que esta voluntad de transmitir, aunque condicionada, es bastante para activar la cláusula de consentimiento comprendida en el derecho de adquisición, pero no excita el derecho de adquisición, que supone una voluntad incondicionada de transmitir. Así, por ejemplo, si un socio pretende donar a su hijo la participación que ostenta, someterá dicha transmisión a los socios y sociedad (art. 20 I LSRL), sin que el rechazo por su parte implique que puedan o deban ejercitar la adquisición. Por tanto, rechazada la específica transmisión, el socio no verá perdida su participación en una transmisión no deseada (27).

(25) A los efectos que aquí interesan, no hay permuta sino venta cuando la cosa que sirve de contraprestación es un simple sustitutivo del dinero, como, p. ejp, títulos valor comunes (v., SCHMID, *Das Vorkaufsrecht*, pp. 76 y 77).

(26) Entre nosotros, L. ARRECHEDERRA, "Los derechos de tanteo y retracto convencional configurados con carácter personal", *RDP*, 1980, pp. 123 ss., p. 136, indica, tratando la aplicación de los derechos de preferencia adquisitiva a las transmisiones gratuitas, que "En el caso de la enajenación onerosa, el interés del propietario es meramente económico o patrimonial, de ahí que la incidencia de las preferencias adquisitivas sea levemente limitativa. Por el contrario, en el caso de enajenación gratuita, el interés del propietario no es meramente económico o patrimonial (...) El interés meramente económico admite sustitución en el adquirente. El ánimo de liberalidad no".

(27) Esta solución es propugnada por G. SANTINI, *Società a responsabilità limitata*, Roma-Bologna 1984, p. 120; en contra, P. REVIGLIONE, "Le clausole statutarie

Esta solución se justifica desde una interpretación teleológica de la cláusula de prelación. La propia previsión de la cláusula pone de manifiesto que se quiso impedir el acceso de extraños, pero la previsión de un sistema de fijación del precio indica que sólo se consideraron sujetas a la prelación las transmisiones con contraprestación en dinero (28). Bajo esta óptica puede afirmarse que si, por un lado, el cumplimiento de la finalidad de la cláusula exige la aplicación de la restricción, por otro, el mecanismo previsto requiere una reducción de su alcance basada en sus propios fines, que conduce a postular una solución más respetuosa con la voluntad de las partes; es decir, a aplicar la cláusula de consentimiento implícita en la cláusula prelación. De este modo se preserva, como decimos, la finalidad restrictiva querida por las partes y al propio tiempo se evitan sus enojosos inconvenientes técnicos con beneficio para todos los implicados. ¿*Quid* en el caso de ventas con contraprestación en dinero a persona determinada con la condición resolutoria del ejercicio de la prelación por la sociedad? A diferencia del anterior, en este caso no hay que estimar que la sociedad no pueda ejercitar la prelación como consecuencia del carácter condicionado de la voluntad de transmitir. La finalidad inmediata del transmitente no era hacer socio a una persona determinada, como en la donación, sino obtener un beneficio económico transmitiendo la participación en perjuicio de los beneficiarios de la restricción (29).

di prelazione sono applicabili ai trasferimenti a titolo gratuito?", *Riv. Dir. Comm.*, 1990, II, pp. 14 y ss., p. 16, quien rechaza ver convertida una cláusula de prelación en una de consentimiento por su profunda diversidad, y postula la aplicación de las primeras en estos casos cuando del contrato resulte un método objetivo de fijación del precio.

(28) En este sentido ARRECHEDERRA, *RDP*, 1980, pp. 123 ss., p. 136, afirma que en estos casos la preferencia sólo será aplicable con carácter concreto —para esta cosa determinada y en estas condiciones— si hay una previsión contractual expresa en tal sentido.

(29) En este sentido resulta ilustrativo el § 506 BGB alemán, donde la cláusula de resolución del contrato de transmisión no impide el ejercicio del "Vorkaufsrecht" o derecho de adquisición preferente. Idéntica solución se sigue en Suiza: O. LEHNER,

III. Límites a la libertad de configuración estatutaria de las restricciones a la transmisibilidad

1. Según se ha señalado al comienzo de estas páginas, el sistema del Anteproyecto *limita en mayor medida que el derecho vigente la libertad negocial de los socios* para configurar como deseen los límites a la transmisibilidad de las participaciones sociales. Así, mientras el actual art. 20 III LSRL permite establecer por pacto las restricciones que se deseen con el único, y discutible, límite de los pactos de intransmisibilidad (v. *infra* 3), el régimen proyectado extiende la prohibición a los pactos de libre transmisibilidad (v. *infra* 2), a aquéllos relativos al número de participaciones objeto de la transmisión, y además constriñe severamente la posibilidad de desviación estatutaria permitiendo solamente la opción entre dos modelos fijos, respectivamente basados sobre la cláusula de consentimiento y sobre la cláusula de prelación (v. *infra* 4).

328

2. Como decimos, se prohíben, en primer lugar, las cláusulas que hagan *prácticamente libre la transmisión* (art. 32.1 APLSRL); es decir, tanto las que establezcan directamente la libre transmisibilidad como aquellas otras que, por contener restricciones demasiado suaves, resulten prácticamente equivalentes a las primeras. La Exposición de Motivos del Anteproyecto justifica expresamente la norma como precipitado del carácter cerrado de la sociedad y de la necesidad de distinguir el tipo de la sociedad limitada respecto del de

“Die rechtliche Struktur und die Hauptarten der Aktienrechtlichen Vorkaufsrechte”, *SfZ*, 50, 1954, pp. 73 ss., p. 74 indica que como intento de fraude al “*Vorkaufsrecht*”, tal cláusula del contrato de venta debe considerarse nula y no impedir la operatividad de la prelación; sin embargo, en el caso de la “*Vorhand*” estima que el deseo de transmisión condicionado al no ejercicio de la prelación se debe entender como ausencia de voluntad de transmitir (p. 80). Lo que es evidente es que la voluntad del socio no puede sin más degradar una cláusula de prelación a una de consentimiento (v. *infra* VI).

la anónima (30). El comentario de la norma requiere por el momento de tres breves observaciones.

a) La primera tiene por objeto recordar, según hemos tenido ya ocasión de sugerir, que *no tiene mucho sentido imponer límites a la libertad negocial sin justificación suficiente*, y no parece limitación suficiente la pretendida protección del tipo social frente a la autonomía privada. No habiendo intereses de socios o terceros afectados por una cláusula estatutaria de libre transmisibilidad, la norma puede incluso resultar de dudosa constitucionalidad (art. 10.1, 22 y 33 CE) (31).

b) En segundo lugar es de observar que la regulación proyectada parte, a nuestro juicio, de una concepción equivocada sobre la *naturaleza de las participaciones en las sociedades de capital*. En este tipo de sociedades, en el que el mecanismo del derecho de separación propio de las sociedades de personas tiene un margen de operatividad muy restringido, el principio general no puede ser otro que el de

329

(30) "Es esencial para la sociedad de responsabilidad limitada su carácter de sociedad cerrada, de modo tal que, a diferencia de las acciones, las participaciones sociales no puedan ser libremente transmisibles con carácter general". La Exposición de Motivos de la Ley de 1953, por su lado, declara que chocaría con "*la naturaleza de la Sociedad de Responsabilidad limitada*" (v. art. 174.14 RRM), argumento de límites immanentes del tipo que se sigue en J. BOLÁS (dir.), *La sociedad de responsabilidad limitada*, Madrid, 1992, p. 241. Contra, ya antes de la Ley de 1953 se encuentra una admisibilidad del pacto de libre transmisión en SOLA DE CAÑIZARES, *ADC*, pp. 32 ss., pp. 47 y 48. También los primeros comentaristas de la LSRL lo admiten; así, MADRIDEJOS, *RDP*, 1955, pp. 243 ss., si bien duda de que la Ley pudiera consagrar una transmisibilidad libre inicial (pp. 254 y 256), admite abiertamente, a partir del texto de la Ley, que la misma se pueda estipular por los socios (pp. 269-270). En el mismo sentido, M. GONZÁLEZ, "Algunas reflexiones en torno a la Ley de las sociedades de responsabilidad limitada", *ADC*, 1953, pp. 857 ss., p. 881.

(31) En la literatura más reciente resultan especialmente interesantes las observaciones realizadas desde un prisma liberal de EASTERBROOK/FISCHEL, "Corporate Contract", 89 *Col. L. R.*, 1989, p. 1418; J. N. GORDON, "The Mandatory Structure of Corporation Law" 89 *Col. L. R.*, 1989, p. 1551, e incluso, desde una perspectiva tipológica, A. KOLLER, *Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht*, Freiburg (Schweiz), 1967, p. 113.

libre transmisibilidad (32). Por lo tanto, si la ley deroga dicho principio estableciendo limitaciones a la transmisibilidad, lo hace sólo en virtud de una presunción de voluntad negocial de los socios en tal sentido, presunción que por esa misma razón debe poder ser destruida mediante la previsión de una cláusula estatutaria de libre transmisibilidad. Al incluir tal cláusula, los socios no hacen sino devolver las participaciones capitalistas a su ser natural (33).

c) Por último, ha de señalarse que la regla que prohíbe establecer por pacto la libre transmisibilidad de las participaciones encierra una *doble contradicción sistemática de valoración*. Resulta en efecto absurdo que tales pactos se admitan en la sociedad civil o colectiva y se vengán a prohibir en la sociedad limitada (34). Igualmente contradictorio es que en el propio seno de la sociedad limitada los pactos de libre transmisibilidad no sean admisibles para las transmisiones *intervivos* cuando el propio Anteproyecto esta-

330

(32) J. ZUTT, en HACHENBURG/ULMER *GmbHG*⁸, § 15, RdNr. 3, p. 634, Berlin, 1990.

(33) Tanto la legislación alemana (§ 15.1 GmbHG) como la italiana (art. 2479 CC) parten de la libre transmisibilidad de la participación en sociedad de responsabilidad limitada (para la justificación doctrinal v., por todos, HUECK, en A. BAUMBACH/G. HUECK, *GmbHG*¹⁵, § 15, RdNr. 2, p. 218; GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*⁴, Bologna, 1992, p. 412). En nuestro derecho se han venido admitiendo dichos pactos desde la RDGRN 14-III-1957.

(34) Admite entre nosotros la cláusula de libre transmisibilidad de las participaciones en sociedades civiles y colectivas, PAZ-ARES, *Comentario del Código Civil*, II (dir. por C. PAZ-ARES, L. Díez-PICAZO, R. BERCOVITZ, P. SALVADOR) Madrid, 1991, art. 1699, III, a), p. 1472; con dudas J. GIRÓN, "Los cambios de socios en las sociedades de personas", *Estudios homenaje Garrigues*, I, Madrid, 1971, pp. 141 ss, pp. 152 y 153 y en *Derecho de sociedades*, Madrid, 1976, pp. 601-602 y CAPILLA, *Comentario al Código Civil y Compilaciones forales*, XXI, 1, pp. 494-495. En Alemania, la doctrina es unánime en admitirlo: v. SCHMIDT, en SCHLEGELBERGER *HGB Komm.*³, München, 1992, § 105, RdNr. 191, p. 78; U. HUBER, *Vermögensanteil, kapitalanteil und Gesellschaftsanteil*, pp. 389 y 390; HUECK, *Gesellschaftsrecht*⁹, p. 76. En Italia, la admite expresamente G. C. RIVOLTA, *La partecipazione sociale*, Milano, 1965, pp. 327 a 330, si bien se suele alegar en contra la inmodificabilidad unilateral del contrato de sociedad; v., en este sentido, por todos, E. SIMONETTO, "Sul trasferimento delle quote degli accomandatari", *Riv. Dir. Civ.*, 1959 II, p. 180, y RIPERT/ROBLLOT, *Traité*, I², n.º 771, p. 575.

blece un régimen originariamente libre, salvo pacto en contrario, para las que tienen lugar *mortis causa*.

3. El art. 32.2 APLSRL declara igualmente prohibidas las *cláusulas que hagan prácticamente intransmisibile la participación*, recogiendo la regla vigente del art. 20 III LSR (35). Su justificación, aunque ciertamente es más sólida que la de las prohibiciones de libre transmisibilidad, no deja de suscitar graves dudas (36). Los argumentos que usualmente se esgrimen en contra de la admisibilidad de tales pactos pueden, en efecto, replicarse y neutralizarse.

a) En primer lugar se argumenta que la imposibilidad de transmitir las participaciones *reduce las garantías para los acreedores de los socios*. En efecto —se dice—, la aplicación de la cláusula estatutaria frente al acreedor de un socio supondría inevitablemente menoscabar, en virtud de un pacto privado, el derecho de aquél a la garantía y tutela efectivas de su crédito. Sin embargo, nada de eso es cierto

331

(35) Así la RDGRN 14-III-1957 ya reputó nula por tal motivo una cláusula que sujetaba la transmisibilidad de las participaciones al consenso de todos los socios, cláusula, no obstante, admitida precedentemente por MADRIDEJOS, *RDP*, 1955, pp. 268 y 269, que también admite el pacto en que se mencione la transmisión como causa de disolución.

(36) En Alemania e Italia se admite pacíficamente la exclusión total de la transmisibilidad de las participaciones v., la exposición de doctrina y jurisprudencia en J. REICHERT, *Das Zustimmungserfordernis zur Abtretung von GmbH Geschäftsanteilen*, Heidelberg, 1984, pp. 93 ss., y ZUTT, en HACHENBUG/ULMER *GmbH*⁸, § 15, RdNr. 4, p. 634. En Italia, por todos, GALGANO, *Le società*, p. 412, L. MOSSA, *La società a responsabilità limitata*, Padova, 1953, p. 285; RIVOLTA, *La partecipazione sociale*, Milano, 1965, p. 339, etc. No obstante parecen dudosos respecto a su operatividad en las transmisiones forzosas WIEDEMANN, *Die Übertragung*, pp. 76-80, y con él IMMENGA, *Die personalistische Kapitalgesellschaft*, Bad Homburg v.d.H., 1970, pp. 86 y 87, razón por la que va más allá, negando en absoluto la posibilidad de exclusión total L. BUTTARO, "Sull'ampiezza e sulle conseguenze delle limitazioni alla circolazione delle quote di società a responsabilità limitata", *Riv. Soc.*, 1992, pp. 482 ss. La admiten sistemas modernos y cercanos como los arts. 791 III OR 1991 Suizo y, contra un derecho de recesso tras dos años de permanencia, el art. 229.1 del *Código das Sociedades Comerciais* portugués (D.L. 262/1982). Sólo en Francia, ante la imposibilidad de apartarse del régimen legal de restricción, se excluye normativamente esta posibilidad (art. 45. L. 24-VII-1966).

si se prevén los oportunos mecanismos de satisfacción. Cabría aplicar, en primer lugar, la técnica de embargo y ejecución propia de las sociedades de personas, disolviendo parcialmente la sociedad y realizando el valor de la parte del socio (art. 1.699 C.c.) (37). Por otra parte, cabría entender que, precisamente para evitar el perjuicio de los acreedores, la cláusula no es eficaz frente a ellos (38). Sea cual sea la solución elegida —si bien esta última parece, como se verá, preferible— resulta claro que de la cláusula de intransmisibilidad ningún efecto perjudicial relevante se deduce para el acreedor.

332

b) En segundo lugar, se alegan los inconvenientes que generaría en el funcionamiento de la sociedad la *indefinición de la titularidad de la participación* en supuestos como el de la rescisión parcial del contrato por justa causa o en los de muerte del socio. Pero de nuevo aparecen soluciones aceptables. Así, se puede prever expresamente por los socios el carácter personalísimo o vitalicio de la participación, con extinción de la misma y liquidación a los herederos o al socio saliente. Tal carácter se desprende, por lo demás, de forma indudable y sin necesidad de previsión expresa, de la misma voluntad de hacer intransmisible la participación, pacto que se traduciría en la automática amortización de la participación (39).

(37) Sobre esta materia y soluciones alternativas al régimen legal, v. PAZ-ARES, *Com. Cod. Civ.*, II, art. 1699, III, pp. 1487-1488.

(38) Esta es solución mayoritaria en los sistemas que admiten la intransmisibilidad absoluta: para Italia (arts. 2479 y 2480 CC) v. SANTINI, *La società a responsabilità limitata*, en el *Com. al Codice Civile* (dir. SCIALOJA/BRANCA), 3.^a ed, 1984, pp. 148 y 149; RIVOLTA, *La partecipazione sociale*, pp. 388 y 389; en Alemania (§ 15.5 GmbH), v. ZUTT, en HACHENBURG/ULMER *GmbHG*, 8. Auf., Anh. § 15, RdNr. 88, p. 707-708, y RdNr 89-92, pp. 708 y 709; no obstante, se admite la eficacia frente al rematante de un “derecho de adquisición” (*Erwerbsrecht*) o una amortización (*Einziehung* § 34 *GmbHG*) oportunamente previstos en los estatutos. En Suiza v. SCHLUEP, “Vinkulierung”, *SAG*, 48, 1976, pp. 122 ss., p. 124.

(39) A nuestro juicio, la propia sociedad emitió por anticipado su declaración de amortización para los supuestos de salida del socio desde el momento mismo en que se configuraron las participaciones como intransmisibles: así, a favor de anula-

c) Otro argumento en contra de la validez del pacto pasa por afirmar que la total intransmisibilidad *convertiría al socio en prisionero de su derecho*, impidiéndole en absoluto la salida de la sociedad y la realización del valor económico de su participación. La objeción, como es natural, no es aplicable a los casos en que la sociedad tiene una duración limitada en el tiempo (40). Pero tampoco lo es cuando la duración de la sociedad sea indefinida. El socio no deviene prisionero de su derecho, porque, aunque no se hubiera previsto expresamente en los estatutos (v. art. 99.3 APLSRL), queda siempre, como exigencia implícita del sistema, el reconocimiento al socio titular de participaciones intransmisibles un derecho de separación por causa grave en los casos en que, considerada la prohibición de transmisión y demás circunstancias de la sociedad, resulte irrazonable exigir al socio su continuidad en la misma (41).

333

ción, reducción de capital y liquidación a los herederos, aun sin indicación estatutaria expresa, RIVOLTA, *La società a responsabilità limitata*, en *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXX, I, dir. CICU/MESSINEO, Milano, 1982, p. 214; F. FERRARA/G. CORSI, *Gli imprenditori e le società*², Milano, 1992, p. 797. En Alemania, R. PETZOLDT, "Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der GmbH und der GmbH und Co. KG" in *GmbH-Rdsch.*, 1977, pp. 25 ss., p. 29, admite como SCHILLING en HACHENBURG/SCHILLING *Kommentar zum GmbHHG*⁶, 1956, § 15, Anm. 3, y Anh. III zu § 15, Anm. 1, la posibilidad de una amortización ("*Einziehung*" [§ 34 GmbHHG]) verificada automáticamente en virtud de los estatutos ("*Einziehung kraft Statut*"); son también favorables H. J. PRIESTER, "Nachfolgeklauseln im GmbH-Vertrag" in *GmbH Rdsch.*, 1981, pp. 206 ss., p. 208; W. VOGEL, "Zur Vererbung eines Geschäftsanteils", *GmbH. Rdsch.*, 1971, pp. 132-137, p. 132, etc. Contra, rechazando el automatismo de la salida por muerte o receso con la amortización de la participación, WIEDEMANN, *Die Übertragung*, p. 80.

(40) ZUTT, en HACHENBURG/ULMER *GmbH*⁸, § 15, RdNr. 4.

(41) El derecho de separación en la sociedad de responsabilidad limitada, por causa grave, si bien no formulado expresamente, se reconoce pacíficamente en la doctrina alemana por analogía con el § 140 HGB (v. por todos, ROWEDDER, en *GmbHHG*², § 34, RdNr. 46-47, p. 589; HUECK, en BAUMBACH/HUECK *GmbHHG*¹⁵, Anh. § 34, RdNr. 16 y 178, pp. 432 y 433). Con expresa referencia a este supuesto —incedibilidad de la cuota— admiten la separación, esté o no estatutariamente previsto. RIVOLTA, *La società a responsabilità limitata*, pp. 213 y 214, y ZUTT, en HACHENBURG/ULMER *GmbHHG*⁸, § 15, RdNr. 4.

d) Por último, queda la alegación de los *límites inmanentes del tipo*, que se transgredirían si se eliminase completamente la circulabilidad de las participaciones sociales capitalistas, como cualidad esencial de las mismas. Nuevamente, el argumento no parece eficaz. No habiendo efectos perjudiciales para terceros, el respeto al tipo legal no justifica suficientemente las limitaciones a la libertad negocial. Pero además, resulta extraño, en primer lugar, que, en virtud de unos pretendidos límites propios de la sociedad de responsabilidad limitada, se exija el mismo nivel mínimo de cedibilidad para una participación que para una acción (art. 63.3 LSA y art. 123.4 RRM). Ello implica impedir un mayor grado de clausura de la sociedad de responsabilidad limitada respecto de la sociedad anónima y, por tanto, crear una nueva contradicción de valoración. Por otro lado, ¿por qué admitir restricciones temporales absolutas —de hasta cinco años en el caso de la limitada—? Imaginemos, en efecto, una sociedad limitada contraída por un plazo de cinco años, ¿habría de declararse nulo el pacto de transmisibilidad por tal período por hacer prácticamente intransmisible la participación? (42).

4. Encontramos una nueva limitación de la autonomía privada en el art. 32.3 APLSRL, que dispone que la cláu-

(42) Sobre el art. 123.4 RRM, que en ocasiones se califica de ilegal por contravenir los arts. 10 y 63 LSA, v. L. FERNÁNDEZ DEL POZO, "Sobre la ilegalidad del art. 123.4 del Reglamento del Registro Mercantil", *La Ley*, n.º 2851, 11-X-1991, pp. 1-3; A. BALLARÍN, "Restricciones estatutarias a la transmisión de acciones, validez y clases", en V. M. GARRIDO DE PALMA (dir.), *Estudios sobre la Sociedad anónima*, Madrid, 1991, pp. 122 ss., p. 156. En cuanto a las prohibiciones voluntarias, es común en la doctrina hacer referencia al expediente de las prohibiciones de disponer, con sus consecuentes y discutidos requisitos y efectos: v. A. BÉRGAMO, *Sociedades anónimas. Las acciones*, I, Madrid, 1970, p. 606; FERNÁNDEZ DEL POZO, *op. cit.* A nuestro juicio, este planteamiento se debe corregir, ya que los derechos de participación social, en sociedades de capital o de personas, no son sin más derechos reales, sino una categoría peculiar de derechos patrimoniales a caballo entre los derechos reales, inmateriales y de crédito, a los que por tanto no se puede aplicar una institución propia de los derechos reales como la de las prohibiciones de disponer (v. *infra* nota 73 y WIEDEMANN, *Die Übertragung*, p. 40).

sula restrictiva *no podrá imponer al socio la transmisión de un número menor de participaciones de aquellas que pretendió enajenar* (43). Sin embargo, si bien la transmisión de un número menor es claramente perjudicial (ejercicio parcial de la prelación), no lo parece tanto, en ciertos casos, la de un número mayor (completamiento obligatorio de la oferta). No deja de ser razonable —y admisible, por otro lado, según la letra del Anteproyecto—, una cláusula por la que el socio que transmita más del 75% de sus participaciones pueda ser obligado a completarla hasta el 100%, con el fin de evitar socios simbólicos que, desvinculados de hecho de la sociedad con la transmisión de casi todo su interés en la misma, conservan una o dos participaciones, bastantes en ocasiones para perturbar la estrecha comunidad de gestión e intereses de una sociedad de responsabilidad limitada. Posiblemente por esto se justifique la divergencia del art. 32.3 APLSRL respecto del art. 123.5 del RRM, que se refiere a un “número distinto”.

335

5. Fuera de la prohibición de cláusulas que hagan prácticamente intransmisibile la participación, el actual art. 20 III

(43) Entre nosotros, MADRIDEJOS, *RDP*, p. 266, excluye también el ejercicio en parte por los socios y en el resto por la sociedad. En Francia, en el sentido del texto del art. 32 III APLSRL, RIPERT/ROBLLOT, *Traité*, 1², n.º 952, p. 679 y P. ANDRIEUX/J. RAVEL/M. SARLIN, *Le Code annoté des Sociétés commerciales*, 1.ª ed., París, 1989, art. 275, en nota. Así lo señala también la jurisprudencia Trib. Comm. Roanne 23-X-1935, *Gaz. Pal.*, 1935, 2.º sem. pp. 903 y 904: “*l'achat d'une quantité déterminée d'actions est, au fond, une operation indivisible soit pour le vendeur, soit pou l'acheteur*”; implícitamente, Cass. com. 11-II-1980, *Rev. Soc.*, 1980, pp. 477 ss. En Suiza lo apuntan ya SCHMID, *Das Vorkaufsrecht*, p. 84 y LEHNER, “*Gemeinsame Charakterzüge und Wirkungen der aktienrechtlicher Vorkaufsrechte*”, *SAG*, 26, 1954, pp. 189 ss., pp. 208-209, sobre la base de la esencia de la prelación como subrogación en un contrato con objeto ya determinado, así como en la pérdida de valor que pueden experimentar las participaciones que quedaron libres. Por otro lado, la función de protección de la intimidad social quedaría en entredicho de admitirse este ejercicio parcial; en ese mismo sentido, MELI, *La clausola di prelazione*, pp. 151 ss.; FERRI, *Le società, Trattato di diritto civile*, dir. por F. VASALLI, Torino, 1970, p. 367 (“*Una accettazione parziale equivale a rifiuto*”); ALESSI, *Riv. Dir. comm.*, 1987, I, pp. 51 ss., pp. 75-76, y K. W. HERREN, *Statutarische Berechtigungen zum Erwerb von Aktien und GmbH-Anteilen*, Bern, 1973, p. 42. En contra, SALZBERGER-DÜRIG, *Das Vorkaufsrecht*, p. 288, admite el ejercicio parcial de la prelación y de la autorización en la cláusula de consentimiento siempre que se prevea en los estatutos.

LSRL consagra una absoluta *libertad en pactos en el caso de que los socios opten por derogar la restricción legal supletoria inicialmente configurada*. El derecho proyectado, por el contrario, limita la libertad de configuración de los socios a la elección entre dos modelos alternativos, recogidos en el art. 31 APLSRL. Se verá primero el régimen que establece el Anteproyecto para proceder, a continuación, a su crítica.

336

a) De acuerdo con el art. 31 APLSRL, las partes pueden derogar el régimen legal supletorio estableciendo en los estatutos una cláusula de consentimiento o una cláusula de adquisición preferente. La *cláusula de consentimiento* queda configurada a imagen de aquella prevista en el art. 63 LSA: la sociedad —y sólo la sociedad— podrá conceder o denegar la autorización (art. 31.1 APLSRL), siempre con alegación de causa estatutariamente prevista o con indicación de un adquirente sustituto (art. 31.3 APLSRL). La *cláusula de adquisición preferente*, similar a la del art. 20 I LSRL, excluye como posibles beneficiarios a los terceros extraños a la sociedad. En caso de que sea la sociedad la beneficiaria, deberá preceder a la compra un acuerdo adoptado en junta general de reducción del capital social, no pudiendo transcurrir plazo superior a tres meses entre la oferta y el acuerdo. En cuanto a la fijación del precio de las participaciones, los estatutos deberán determinar si el mismo es el comunicado por el socio (fijación a la par por referencia a la oferta del tercero), el valor real de la participación (determinando su procedimiento y autor en caso de discrepancia) o si se deja al adquirente optar entre uno y otro. Finalmente, el art. 31.5, de difícil comprensión, parece afirmar que en caso de un proyecto de transmisión con pago aplazado, el que en virtud de la restricción resulte adquirente alternativo podrá disfrutar de ese aplazamiento con la sola condición de que una entidad de crédito garantice dicho pago (44).

(44) V. § 509 BGB alemán.

b) Con carácter general, hay que indicar que tal vez no resulte justificado —ni siquiera desde la perspectiva del tipo de sociedad cerrada— limitar la libertad negocial de las partes en la elección y diseño del tipo de restricciones que se acomoden más a sus intereses (45). En relación a la *cláusula de consentimiento*, el único reparo que cabe hacerle es que su grado de vinculación o restricción es incluso más débil que el de su homónima del art. 63.3 LSA. En efecto, dicho artículo permite en la anónima sujetar la transmisión no sólo al consenso de la sociedad —sea al consejo o a la asamblea—, sino que permite, puesto que no lo prohíbe, concederlo a todos los socios, a un grupo de ellos o a uno sólo e incluso a un tercero (46). El art. 31.1 APLSRL, por el contrario, sólo admite a la sociedad como beneficiaria de la facultad de consentir. La necesidad de expresar las causas de denegación (o presentación de adquirente alternativo) resulta igualmente excesiva en la sociedad de responsabilidad limitada, donde no se ve la razón de garantizar la transmisibilidad en los mismos términos que en la anónima (47).

(45) Cfr. EASTERBROOK/FISCHEL, *The Economic Structure of Corporate Law*, p. 234.

(46) El art. 123.2 RRM, al prohibir a terceros la decisión de autorización, es restrictivo del art. 63 LSA y posiblemente ilegal (así, DE LA CÁMARA, AASN, IV, 1991, p. 270, admite ex art. 63.3 LSA que se conceda la facultad de autorización a terceros; en el mismo sentido, BROSETA, *Restricciones estatutarias*², p. 129. En el derecho comparado, los arts. 685 a I OR 1991 suizo y el §.68.2 I AktG alemán sólo admiten que sea la sociedad quien consienta en el caso de sociedad anónima, pero no se pronuncian en cuanto a la sociedad de responsabilidad limitada, donde se admite unánimemente que todos los socios puedan tener la facultad de consentir —la mención del § 15.5 GmbHG referente a la sociedad es simplemente *ad exemplum* (por todos, HUECK, BAUMBACH/HUECK *GmbHG*¹³, § 15, RdNr. 32, p. 232, § 53, RdNr. 18, pp. 998-999). En los Estados Unidos se admite expresamente la concesión a un tercero de la facultad de consentir en el § 6.27 (d) 3. del *Model Business Corporation Act*.

(47) Así, la necesidad de motivación se exige en Suiza en la anónima (art. 685 b I OR 1991), pero no en la limitada (art. 791 III OR). Igualmente, en Italia, la L. 4-VI-1985, n.º 281, en su art. 22, exige —aunque se discute el alcance de la prohibición del *gradimento mero*— la mención de causas de rechazo sólo en las sociedades anónimas, y en Alemania, la mención de dichas causas es incluso en la anónima una simple posibilidad contemplada en el § 68 II AktG. Por lo demás, la presentación de un adquirente alternativo como causa de rechazo del consentimiento ha sido ya admitida para la sociedad anónima en la ya indicada RDGRN de 4-IX-1991, *La Ley*, 19-VI-1992, p. 15, y en el mismo art. 685 b I OR 1991; en Alemania lo señala LUTTER, *Kölner Komm. zum AktG*², § 68, Rdnr. 30.

c) Sobre la *cláusula de prelación* se puede observar, en primer lugar y a propósito de la forma de fijación del precio de las participaciones (art. 31.2 APLSRL), que no se prevé la posibilidad de que el precio se determine de acuerdo con un procedimiento, de entre los muchos posibles, convencionalmente establecido en los estatutos (48). El Anteproyecto cierra considerablemente el abanico de las opciones posibles: necesariamente hay que optar entre el precio a la par, el valor real (solución actual, art. 20 II LSRL), o bien la posibilidad de elegir entre los anteriores al adquirente. Lo que no se llega a comprender es por qué se deja a las partes la determinación de la forma de hallar el valor real y no se prevé la admisibilidad de formas convencionales de fijación del precio (49).

IV. Las transmisiones involuntarias

1. Bajo esta denominación convencional se comprenden los supuestos en que *la transmisión no es fruto de una decisión libre del socio*, sino que obedece a eventos para él incontrolables, como lo son su muerte (art. 35 APLSRL), o la iniciativa de un tercero con derecho a ello (art. 34 APLSRL) (50). La razón de agrupar estos supuestos —como, por lo demás, hace la propia LSA en su art. 64—, consiste, precisamente, en los efectos que las restricciones pueden tener sobre terceros, lo que exige prever un meca-

(48) Sobre los múltiples métodos de determinación, v., por todos, BROSETA, *Restricciones estatutarias*, pp. 109-114; O'NEAL, *Close Corporations*, § 7.24, pp. 83-100; MELI, *La clausola di prelazione*, pp. 125 ss.

(49) A no ser que el valor real no sea sino aquel que libremente fijen las partes, que sería precisamente lo correcto. El valor no es una propiedad inherente de las cosas, sino una medida convencional establecida entre dos sujetos con relación a un objeto (v. WIEDEMANN, *Die Übertragung*, pp. 8 y 9).

(50) Es decir, donde falta la libertad del socio de no enajenar la participación como contrapeso a la posibilidad del beneficiario de la restricción de obstaculizarla; así lo señala, en relación a la sucesión *mortis causa*, DE FERRA, *La circolazione delle partecipazioni azionarie*, p. 267.

nismo alternativo que cohoneste equilibradamente el interés del adquirente y el interés del resto de socios (51). En efecto, en el caso de la sucesión *mortis causa*, la desaparición del titular y la necesaria continuidad en las relaciones jurídicas exige que la participación se transmita, so pena de quedar ésta como un derecho sin sujeto (52). En el caso de ejecución forzosa, el propósito es impedir que un pacto par-

(51) Se debe rechazar que la peculiaridad de la sucesión *mortis causa* sea el consistir en una “devolution sucesorial”, es decir, en una transmisión global de bienes; lo que determina su régimen peculiar es el ser inevitable, o si se quiere, forzosa. Así, en el derecho francés se sostiene la sujeción a la restricción del legado que no sea a favor de quien ostente la condición de heredero, lo cual pone de manifiesto la irrelevancia de que la transmisión sea singular o global [RIPERT/ROBLLOT, *Traité*¹², p. 680]. En el derecho alemán, no se aplican las restricciones en caso de “Gesamtsrechtsnachfolge” —sucesión, quiebra...— si bien esta expresión no se opone tanto a “negocio singular” como a “negocio voluntario” (“Rechtsgeschäft”), LUTTER, M., in *Köllner kommentar zum AktG*, § 68, RdNm. 45, pp. 537-538; ULMER, E., “Le azione nominative vincolate”, en *Riv. Soc.*, 1958, pp. 419-420. Eso no impide que en este ordenamiento existan otras vías alternativas para impedir la entrada de indeseables en estos casos, destacadamente, la “Zwangeinziehung” o rescate forzoso para amortizar en la anónima [(§ 237 AktG), WIEDEMANN, *Die Übertragung*, pp. 86] y, en la limitada, y además de ese mecanismo (§ 34 GmbHG), son admisibles pactos estatutarios por los que se obliga al heredero a la transmisión de la participación a determinadas personas o se concede a éstas una facultad de adquisición (“Eintrittsrecht”), v., ZUTT, en HACHENBURG/ULMER *GmbHG*³, Anh § 15, RdNr. 106-108.

(52) Ponen de manifiesto que la participación no puede quedar privada de titular G. RACUGNO, “Clausola di gradimento e trasferimento mortis causa dei titoli azionari”, *Giur. Comm.*, 1976, p. 790; DE FERRA, *La circolazione delle partecipazioni azionarie*, p. 266; S. GATTI, “Casi di discussa applicabilità delle clausole statutarie di gradimento delle partecipazioni sociali”, *Riv. Dir. Comm.*, 1973, II, p. 40; HERREN, *Statutarische Erwerbsberechtigungen zum Erwerb*, p. 116, donde comprende también los casos de disolución o transformación de sociedades; WIEDEMANN, *Die Übertragung*, pp. 93, 173, etc. En España lo apunta B. GARCÍA LUENGO, “Limitaciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones” en *Derecho de sociedades anónimas, I. La fundación*, Madrid, 1991, p. 193. Igualmente, esta elemental consideración está en el origen del antiguo art. 686.4 OR 1936 —hoy art. 685c II OR 1991— v., SCHLUEP, “Vinkulierung”, *SAG*, 48, 1976, p. 122 ss., p. 123, y los debates de la comisión de reforma del OR 1936 que recoge R. SECRETAN, “La notion de “Valeur Reelee” des actions non cotees au sens de l'article 686.4 du CO” en *Etudes de droit commercial en l'honneur de Paul Carry*, Genève, 1964, pp. 117 ss., p. 118-119. Ciertamente, en nuestro sistema romanista de sucesión, se abre hasta la aceptación de la herencia —no en el caso del legado (art. 881 CC)— una situación de pendencia, pero una vez cerrada la misma, se entiende que el nuevo titular lo fue sin solución de continuidad desde la muerte del causante (art. 989 CC) y por lo tanto, los actos del albacea lo fueron en su nombre.

ticular pueda suponer una disminución de la garantía patrimonial de un tercero acreedor (53).

2. Para lograr una solución equilibrada de los intereses de los socios y de los intereses de los terceros ha de partirse de la distinción entre *derechos administrativos* y *derechos patrimoniales*. Mientras los socios están interesados en los derechos administrativos y de control que la participación incorpora, los intereses legítimos de los terceros se sustancian en los derechos de contenido y valor patrimonial (54). Ambos intereses pueden conjugarse permitiendo la transmisión inmediata de la participación a favor de los terceros, pero sujetando la misma a un derecho de rescate en favor de la sociedad o de los socios (55). Hay, pues, una

(53) V., al respecto, en general, CAPILLA, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Cádiz, 1989. En particular, respecto a las limitaciones convencionales a la transmisión de participaciones, v. A. CANDIAN, *Intorno alla alienazione di azione con clausola di gradimento*, Milano-Varese, 1955, pp. 90 ss., que rechaza la aplicación de los límites del art. 2355 CC en virtud de la inderogabilidad privada frente a terceros de la responsabilidad universal *ex art.* 2470 CC; en el mismo sentido, ULMER, "Le azione nominative vincolate", *Riv. Soc.*, 1958, pp. 419 y 420; M. FRAGALI, "Misure esecutive e cautelari sui titoli di credito", *BBTC*, 1958, I, p. 465, etc. P. OERTMANN, "Transmisión de obligaciones", *RDP*, 1923, p. 107, rechaza incluso la aplicación de la prohibición de transmitir créditos (art. 1112 CC, § 399 BGB) en el caso de ejecución forzosa, por ser un cómodo medio de poner el activo fuera del alcance de los acreedores.

(54) Esto es indudable en la ejecución forzosa, pero también en el caso de sucesión, ya que los causahabientes no tienen derecho sino a la participación tal y como ha sido configurada por el causante (v. PAZ-ARES, *Com. Cód. Civil*, II, p. 1502).

(55) Solución seguida en Italia para la ejecución forzosa de participaciones en SL (art. 2480 CC); en Suiza, a propósito, entre otros casos, de sucesión, liquidación y ejecución forzosa de acciones (arts. 685 b IV y 685 c II OR 1991) y participaciones en SL (art. 792 II OR 1991); en Alemania, las transmisiones que no pueden sujetarse a restricciones lo son a rescate forzoso (§ 34 GmbH y § 273 AktG); de hecho ése es en España el sistema del art. 64 LSA. Pone de manifiesto que la solución del art. 64 de la Ley de Sociedades Anónimas es un sistema mixto que trata de conjugar los intereses afectados, tanto en la sucesión *mortis causa* como en la ejecución forzosa, GARCÍA LUENGO, en AA.VV., *Derecho de sociedades anónimas, I. La fundación*, Madrid, 1991, p. 193, señalando la esencial similitud de las razones que justifican ese régimen en ambos casos (p. 194) y poniendo de manifiesto su conexión con el art. 686 IV OR suizo anterior a 1991. En realidad, el articulado sistema previsto por DE LA CÁMARA, AASN, IV (1991), pp. 247 ss., 298 y 299, se explica perfectamente desde la perspectiva del rescate, instituto por lo demás no extraño al

doble transmisión: del socio causante a sus causahabientes —o al rematante en su caso—, y otra de éstos últimos al beneficiario del rescate (56).

a) Lo anteriormente dicho resulta indudable para la *sucesión mortis causa* a la vista de la regulación legal de los arts. 64 I LSA, 21 II LSRL, y 35 APLSRL (57). Así, el art. 64 parte de un heredero ya titular de la participación que solicita la inscripción en el libro de socios, siendo claro que lo que se permite a la sociedad es, ante esa solicitud de legitimación, rescatar para sí o para otro la participación del causahabiente. El art. 35 APLSRL es más claro aún al señalar en su inciso final que el plazo de ejercicio del derecho de adquisición será de tres meses “desde la comunicación a la sociedad de la adquisición hereditaria”.

ámbito societario; v. arts. 9 ss. LSRL y a las cuales hace referencia A. BALLARÍN MARCIAL, “Restricciones estatutarias a la transmisión de acciones. Validez y clases”, en GARRIDO DE PALMA (dir.), *Estudios sobre la sociedad anónima*, Madrid, 1991, p. 123 ss., pp. 152-155, cuando se refiere a “restricciones positivas consistentes en la obligación de enajenar”.

(56) Lo apuntan M. TARRAGONA, “Pactos restrictivos a la libre transmisibilidad de las acciones”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, 1991, p. 96; GARRIDO DE PALMA/SÁNCHEZ GONZÁLEZ, “La sociedad anónima en sus principios configuradores”, *Estudios sobre la sociedad anónima*, Madrid, 1991, pp. 51-52. Así lo indica en Italia L. CALVOSA, “Clausole di riscatto di azioni e divieto dei patti successori”, *BBTC*, I, 1992, pp. 635 ss., p. 668. En Alemania, a propósito del instituto de la *Zwangeinziehung* o amortización forzosa (§ 34 GmbHG), REICHERT, *Das Zustimmungserfordernis zur Abtretung von Geschäftsanteilen in der GmbH*, Heidelberg, 1984, p. 84, que habla de una “*Zwischenerwerb der Erben*”; en Suiza, R. PESTALOZZI/R. HENGGELE, *Die Namenaktie und ihre Vinkulierung*, Aarau, 1948, p. 174 y 181, que, con relación al antiguo art. 686.4 OR, indica que la acción se transmite al heredero y frente a éste dispone la sociedad de un “*Ankaufsrecht*” o derecho de opción; en el mismo sentido, LEHNER, *SAG*, 26, 1953, pp. 198 ss. y 218 ss.

(57) El art. 64 LSA tiene un claro parentesco con el antiguo 686.4 OR suizo, que preveía la adquisición en caso de rechazo del consenso, la obligatoria adquisición de administradores y socios supervivientes (sobre ese punto, v. SALZBERGER DÜRIG, *Vorkaufsfrechte*, pp. 216 ss.; HERREN, *Statutarische Berechtigungen zum Erwerb*, pp. 112 y 113), lo cual supone que la propuesta de BROSETA, *restricciones estatutarias*², p. 203, se extendió también a la sucesión *mortis causa*. Por otro lado, en la práctica estatutaria alemana estos mecanismos son frecuentes, así, V. ZUTT, en HACHENBURG/ULMER *GmbHG*⁸, Anh. § 15 BGH, RdNr. 106-107, pp. 716-717, y OLG Stuttgart, sentencia de 5-XI-1984, II ZR 147/83, *NJW*, 1985, pp. 2592 ss., p. 2593, donde se prevé una cláusula sustancialmente idéntica a la recogida por el art. 64 LSA.

b) En el caso de las *transmisiones forzosas*, el complejo régimen previsto en el art. 35 APLSRL contrasta con la simplicidad de la remisión del art. 64 II LSA al régimen del rescate sucesorio. El principal inconveniente de la regulación propuesta es la paralización del procedimiento durante un plazo que puede ser incluso superior al mes. El sacrificio patrimonial que se impone al acreedor y la mayor complicación que se introduce en el procedimiento serían fácilmente soslayables permitiendo al rematante adquirir inmediatamente la participación y sometiéndolo luego, como condición de legitimación, a la posibilidad de un rescate por parte del beneficiario de la restricción (58).

c) *De lege ferenda*, esta solución resulta especialmente idónea para *supuestos de transmisión análogos*, bien porque desaparezca el titular de las participaciones vinculadas (fusión o disolución de sociedad tenedora) (59), bien porque la

342

(58) Así lo recogen los arts. 2480 CC italiano, 685 b IV, 685 c II y 791 II y antiguo art. 686 IV OR —que es precisamente en esta sede la propuesta de BROSETA, *restricciones estatutarias*², p. 203 [sobre ese artículo, véase SALZBERGER-DÜRIG, *das Vorkaufsrecht*, pp. 218 ss]—. No obstante, en caso de ejecución en la GmbH suiza, el art. 793 OR prevé la liquidación de la sociedad a instancias del acreedor. Este, el del rescate, es, por lo demás, el mecanismo que conoce la práctica; así, p. ejp, el art. 8-b de los estatutos de “Industrias del Betón, S.L.”, inscritos en el tomo 41, hoja M-794 del Registro Mercantil de Madrid dice “*En las transmisiones resultantes de procedimientos de ejecución judicial o administrativa, los Administradores podrán, en el plazo máximo de un mes desde que se solicite la inscripción en el libro registro de socios, presentar al rematante un adquirente u ofrecer como compradora a la propia sociedad. Los administradores presentarán como comprador al socio o socios que así lo deseen, o si a ninguno de ellos interesa la compra, a persona de su elección, aunque sea extraño a la sociedad. Será precio de compra el que lo haya sido de remate*”.

(59) Así, en relación a la fusión por absorción de sociedad tenedora de participaciones vinculadas, lo propone Y. PACLOT, en nota a la Sentencia de la Cass. Comm. 3-VI-1986 JCP, Ed. I, 1987, n.º 15083, p. 672: “*la stipulation d'une clause d'acquisition en cas de fusion offrira une protection particulièrement efficace, car, à supposer que la société absorbee ait refusé de céder ses titres en application de la clause*”. En Suiza, para la fusión y transformación admite una aplicación análoga del art. 686.4 OR 1936 —es decir, del 64 LSA— HERREN, *Statutarische Berechtigungen zum Erwerb von Aktien*, p. 118. Contra, LEHNER, *SAG*, 26, 1953, pp. 198 ss., p. 223; PESTALOZZI-HENGGELE, *Die Namenaktie*, p. 161, etc.

transmisión no obedezca a un negocio voluntario, como ocurre en los casos de liquidación de la sociedad conyugal. En relación a este último caso ha de tenerse en cuenta que se produce un indudable cambio de control sobre la participación, que lo hace equiparable a los supuestos anteriores (60).

Esta sopesada solución de compromiso —obligación alternativa de compra o inscripción— aconseja que la reglamentación legal en materia de sucesión y ejecución forzosa se formule imperativamente. De este modo, si bien se deja a las partes decidir si quieren restringir o no estas transmisiones, una vez que han optado por ello quedan vinculados a este mecanismo de rescate, por lo demás el único viable (61).

V. Las modificaciones sobrevenidas de la restricción

343

1. En caso de modificación del régimen de transmisión de participaciones sociales, el art. 99.1.3.º APLSRL reconoce un *derecho de separación* del socio disidente. Con esta solución se consagra la modificabilidad mayoritaria del régimen de transmisión con una regulación similar a la que ofrece el art. 146 LSA, así como a las propuestas en otros ordena-

(60) Que existe un cambio en el control del poder de la participación es indudable, como prueba la modificación de la legitimación, es decir, la inscripción del cónyuge adjudicatario en el libro de socios. Sobre el tema, en sede de SA, DE LA CÁMARA, *AASN*, 1991, pp. 283 ss., que cita la *STS 17-IV-1967*, donde precisamente se pretendió el ejercicio de un derecho de prelación en la forma de un rescate: ofreciendo la compra a la adjudicataria (v. art. 685 b IV OR 1991 suizo). Sobre esta materia en el antiguo derecho suizo (art. 686.4 OR), V. SALZBERGER-DÜRIG, *Das Vorkaufsrecht*, pp. 221 y 222.

(61) De hecho, otras soluciones propuestas no son sino intentos, violentando el mecanismo sucesorio, de llegar al mismo resultado; así lo es, por ejemplo, entender aplicable la cláusula de consentimiento pero imponiendo a la sociedad que quiera hacer uso de ella de la obligación de satisfacer su valor al heredero: GATTI, "Casi di discussa applicabilità della clausola di gradimento", *Riv. Dir. Comm.*, 1973, II, pp. 26 ss., pp. 38-39, CANDIAN, *In torno a la alienazione di azioni*, p. 100, o bien debiendo preverse la suerte de la acción: W. BIGIARI, "La clausola di gradimento al trasferimento delle azioni", *RTDPC*, 1953, pp. 1 ss., p. 45.

mientos (62). Ha de observarse, no obstante, que en el régimen proyectado no se distinguen dos tipos de modificación de la restricción originaria, que normalmente se diferencian en la práctica.

a) Un tipo de modificaciones *añaden una nueva restricción a la originaria*, limitando el ámbito de circulabilidad restante que dejó libre la restricción inicial, endureciendo así el régimen transmisivo de la participación (63). Imagínese, por ejemplo, que se introduce por vía de modificación estatutaria la restricción para las transmisiones *mortis causa* a quienes no sean cónyuges o descendientes de los socios, o bien, pactada la libre transmisibilidad inicial, se desea luego introducir una restricción.

b) Otro tipo de modificaciones implican *suprimir la restricción inicial, haciendo libre la transmisión o sustituyéndola por una diversa*; en este caso la modificación se descompone en dos operaciones: la supresión de la antigua y, en su caso, la introducción de una nueva restricción. Normalmente será difícil determinar si se ha generado un endurecimiento o una suavización de la restricción preexistente (64). Imagí-

(62) Este "derecho de salida" es precisamente la solución propuesta en Alemania como remedio que permita la introducción de restricciones por mayoría en la GmbH —frente a la doctrina mayoritaria, que exige consenso de los afectados—. Así lo sostiene de *lege ferenda* WIEDEMANN, H., "Die nachträgliche Einführung der Vinkulierung von Aktien und GmbH-Anteilen" in *NJW*, 1964, pp. 282 ss., p. 285, si bien en su forma se parece más a un rescate por parte de la sociedad, que adquiriría la participación del socio disidente que desea separarse para luego ponerla a la venta, que a un auténtico receso con restitución de aportaciones. En el mismo sentido, LESSMANN, H., "Vinkulierte Übertragung von Geschäftsanteilen", en *GmbH-Rdsch.*, 1985, p. 181. Contra, V. por todos, HUECK, en BAUMBACH/HUECK *GmbHHG*¹⁵, Anh. 34, RdNr. 17.

(63) Así, a propósito de una modificación consistente en extender la restricción de las transmisiones *inter vivos* a las *mortis causa*, indica G. CABRAS, "Modificazione della clausola di gradimento", en *Giur. Comm.*, 1974, II, pp. 55 ss., a propósito de App. Milano, 6-IV-1973, que más que de agravación se debería hablar de una nueva limitación que se añade a la ya existente.

(64) T. ASCARELLI, "Sui limiti statutarî alla circolazione delle partecipazioni azionarie", *BBTC*, 1953, pp. 280 ss., p. 320, indica la dificultad de juzgar si una modificación —sustitutiva— es favorable o desfavorable a la circulación.

nese, por ejemplo, que se sustituye el derecho de adquisición preferente a favor de todos los socios y subsidiariamente de la sociedad por una cláusula de consentimiento que concede la facultad de autorizar la transmisión a la mayoría cualificada de 3/4 de socios.

2. En las *modificaciones por acumulación de restricciones*, el único interés negativamente afectado es el de los socios que ven restringido el ámbito de libre cedibilidad inicialmente previsto en el estatuto. Supuesto que el Anteproyecto no admite ni la libre transmisibilidad ni la absoluta intransmisibilidad (art. 30 APLSRL), no parece que, en la lógica del sistema, este agravamiento sea una irrazonable alteración de las circunstancias con las que contó el socio al contratar (65). Téngase en cuenta que en los ordenamientos donde se ha podido sostener la modificación por mayoría contra un derecho de separación se parte de una transmisibilidad originariamente libre de la participación en S.r.l., supuesto que sin duda estuvo en la mente del legislador al redactar el art. 146 LSA (66). Por tanto, la modificación no parece tener entidad bastante como para conceder este derecho a los socios disidentes. No obstante lo anterior, los socios pueden configurar el ámbito de transmisibilidad restante inicial como un derecho indisponible para la mayoría a través de una cláusula estatutaria de inmodificabilidad de la restricción (67).

345

(65) Lo irrazonable ("*Unzumutbar*") de la continuación en la sociedad es la base material de la separación por causa grave, (v., *supra* nota 47).

(66) Las participaciones en la GmbH son originariamente transmisibles de forma libre (§ 15.1 y 5 GmbHG), a diferencia de nuestro derecho (art. 20 LSRL), que limita originariamente su circulación. En este sentido, MELI, *La clausola di prelazione*, p. 261, indica que se considera jurisprudencialmente con menos reparo en cuanto a los poderes de la mayoría la simple modificación de una cláusula restrictiva ya existente que la introducción *ex novo* de la misma: "*Incide quantitativamente, ma non muta la situazione di fondo*". Igualmente apunta la intensidad de la vinculación sobrevinida como criterio de su admisibilidad C. PFENNINGER, "Vinkulierter Nameakt und ihre Aktualität heute", *SAG*, 37, 1965, pp. 233 ss., p. 242.

(67) El tenor de la cláusula podría ser el siguiente: "El régimen de transmisibilidad previsto en las cláusulas anteriores no será modificable por decisión de la mayoría asamblearia sin el consentimiento de los afectados".

En caso, finalmente, de que no todos los socios resulten afectados, será necesario el consenso de la mayoría de los afectados (arg. analógico ex art. 148 LSA).

3. En las *modificaciones por sustitución de restricciones*, hay que considerar no tanto a los negativamente afectados por la nueva restricción —que no suelen variar—, sino sobre todo el interés de los negativamente afectados por la supresión de la restricción originaria (68). No se plantean problemas si el afectado es la sociedad, ya que es la mayoría la que forma su voluntad y puede por tanto disponer de sus situaciones jurídicas. Los problemas surgen si se previó inicialmente la restricción a favor de ciertos sujetos, como todos o alguno de los socios, y posteriormente se les pretende despojar de esa facultad por vía de modificación. Es en este caso donde parece justificado plantearse legislativamente la alternativa entre exigir el consenso de los afectados para la modificación o bien permitir la modificación sin su consenso contra un derecho de separación. Y en este punto debemos adherirnos a la propuesta legislativa de permitir un sacrificio de posiciones iniciales de control de la transmisión por el socio a cambio del derecho de separación, como solución más ágil y conforme con el espíritu capitalista, corporativo y mayoritario de la sociedad de responsabilidad limitada.

(68) Si se sustituye una cláusula de prelación a favor de cada socio por una cláusula de consentimiento a favor de la mayoría, es indudable que afectados no sólo serán aquellos que sufran la nueva restricción, sino también los que ven convertido su derecho de adquisición en un voto de la asamblea que decide sobre el consentimiento.

VI. Los efectos de la restricción

1. El art. 37 APLSRL se refiere, en su encabezamiento, a la “ineficacia de las transmisiones” verificadas en violación de la restricción. Esa ineficacia se configura después como una simple inoponibilidad de la restricción frente a la sociedad. En este punto, el derecho proyectado cambia radicalmente respecto del derecho vigente: el actual art. 20 V LSRL se refiere a “nulidad de la transmisión” (69). El cambio de orientación, sin embargo, no puede aplaudirse ni desde el punto de vista dogmático ni desde el punto de vista práctico. Muy pronto tendremos ocasión de verlo. En este momento interesa subrayar que, a nuestro juicio, la solución del derecho actualmente en vigor es la adecuada, aunque terminológicamente deje mucho que desear. En efecto, la transmisión propiamente no puede ser “nula” o “válida”, sino producirse o no producirse. Y se producirá si concurren los elementos del supuesto de hecho transmisivo propio del objeto de las mismas; a saber, un contrato causal válido, la capacidad de disposición del transmitente, y, en su caso, la tradición u otros requisitos legales. Lo que hemos de ver es, pues, si hay o no transmisión cuando se violan las restricciones. A tal efecto resulta necesario considerar por separado las cláusulas de consentimiento y las cláusulas de prelación. De las primeras nos ocupamos seguidamente (v. *infra* 2), dejando las segundas para un apartado ulterior (v. *infra* 3).

347

2. Para analizar las cláusulas de consentimiento hemos de partir de la premisa de que los derechos de participación social son, en cualquier sociedad, tanto relaciones jurídicas como derechos subjetivos, patrimoniales objetivados en el

(69) Para la crítica de la terminología legal y las consecuencias que parecen derivar de ella v. DE LA CÁMARA, *AASN*, IV, 1991, p. 309. La *STS 29-I-1983* entendió que el art. 20 V LSRL se refería no a nulidad radical sino a anulabilidad.

tráfico (70). Sus leyes de circulación, por tanto (y salvo peculiaridades derivadas, p. ej., de la incorporación en el caso de acciones), responden a las leyes de transmisión de estos derechos que el Código civil llama “incorporales” (art. 56.1 LSA, arts. 1.526 ss. CC) (71). Dentro de esa lógica de sistema, *las restricciones de consentimiento* a la transmisión presentan la naturaleza de pactos de *non cedendo* (art. 1.112 CC) (72), dotados como tales de tutela real (73). En efecto, la presencia de este pacto en los estatutos configura de forma originaria la circulabilidad de la participación social, y con eso, la capacidad de disposición del alie-

(70) Los derechos de participación forman un grupo propio de derechos subjetivos junto a los derechos reales, derechos sobre bienes inmateriales y derechos de crédito WIEDEMANN, *Die Übertragung*, p. 40. Afirman por lo demás la compatibilidad apuntada PAZ-ARES, *Com. Cod. Civ.*, art. 1665, XI.2, p. 1327 y art. 1699, art. 1696. III, pp. 1470 ss., id. *La responsabilidad del socio colectivo*, Madrid, 1992, p. 79. LUTTER, “Theorie der Mitgliedschaft”, *AcP*, 180, 1980, pp. 84 ss., pp. 101-102; SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, p. 404; W. FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. Die Personengesellschaft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1977, pp. 127 ss.; id., “Die Rechtsnachfolge in die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft durch Übertragung der Mitgliedschaft”, *Festschrift Larenz*, München, 1973, p. 775. En Italia, RIVOLTA, *La partecipazione sociale*, Milano, 1965, pp. 36, 37 y 264 ss. Contra (sólo relación jurídica) W. HADDING, “Die Mitgliedschaft in handelsrechtlichen personalgesellschaften-ein subjektives Recht?”, *Festschrift für Rudolf Reinhardt*, Köln-Marienburg, 1972, p. 253.

(71) V. §§ 399 y 413 BGB, art. 164 I OR suizo, etc. En doctrina v., por todos, G. C. RIVOLTA, *La partecipazione sociale*, pp. 275, 288, 334-335. En Alemania, v., W. FLUME, *Die Personengesellschaften*, p. 350, etc.

(72) Así, parece aludir al pacto de *non cedendo* J. RUBIO *Curso de derecho de sociedades anonimas*¹, Madrid, 1974, p. 148, cuando refiere las cláusulas restrictivas a la salvedad final del art. 1.112 CC. Reconducen unánimemente la “*Vinkulierungsklausel*” o cláusula de consentimiento al pacto de *non cedendo* toda la doctrina germanica, tanto la alemana [§§ 399 y 413 BGB v., por todos ZUTT, en HACHENBURG/ULMER, *GmbHG*⁸, § 15, RdNr. 95; K. G. BALZ, *Die Beendigung der Mitgliedschaft in der GmbH*, Berlin, 1984, p. 83: “*Danach ist der Anteil als anderes Rechts in Sinne von § 413 BGB anzusehen, weil nach § 399 BGB das Recht “GmbH-Anteil” derart begründet werden kann*”] como la Suiza [v., por todos, SALZBERGER-DÜRIG, *Das Vorkaufsrecht*, p. 191]. No se trata por tanto de una derogación del régimen de transmisión de la propiedad, como indica BROSETA, *Restricciones estatutarias*², p. 140, puesto que la participación, aun la incorporada, no es un derecho real asimilable sin más al de propiedad: v. WIEDEMANN, *Übertragung*, p. 40 y nota 75.

(73) Sobre la eficacia real del pacto de *non cedendo* de derechos de crédito v., por todos, F. PANTALEÓN, “La cesión de créditos”, *ADC*, 1991, pp. 1033 ss., pp. 1096-1097; P. OERTMANN, “Transmisión de obligaciones”, *RDP*, pp. 99 ss., p. 107.

nante (74). De esta suerte, la limitada credibilidad se constituye en una cualidad intrínseca del propio derecho de participación, quedando frustrada la transmisión en violación de la cláusula precisamente por la ausencia de uno de los elementos del supuesto de hecho transmisivo: la capacidad de disponer del disponente. La transmisión no llega a verificarse, pero el contrato causal es válido y obligatoriamente eficaz, pudiendo generarse responsabilidad contractual en el transmitente por incumplimiento (75). La situación es pues análoga a la del transmitente *non dominus* o que obra con abuso de representación: la falta de capacidad para ese concreto negocio no lo invalida, pero impide completar el supuesto de hecho transmisivo del derecho. En consecuencia, sigue siendo titular el transmitente, y la sociedad, precisamente porque le consta con certeza que la transmisión no se ha producido, puede denegar la inscripción en el libro registro al —frustrado— adquirente (76). En realidad, pues,

349

(74) Que la facultad de disposición del titular no es algo diverso de la aptitud circulatoria de un derecho es hoy indiscutido. V., en este sentido F. BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali al potere di disporre*, Napoli, 1977, pp. 199 ss.; A. CAÑIZARES, "Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias", *ADC*, 1992, pp. 1453 ss., p. 1465. Los socios crean por tanto un derecho mutilado en su aptitud circulatoria limitando la facultad de disposición del transmitente: v., por todos, ZUTT, en HACHENBURG/ULMER *GmbHG**, §.15, Anm. 119, pp. 666-667; E. SCHUCANY, "Die Wirkung statutarischer Vorkaufsrechte an Aktien gegenüber Drittererwerben", *SAG*, 27, 1954, p. 65, etc.

(75) Critica esta posibilidad DE LA CÁMARA, *AASN*, IV, 1991, pp. 310-311, con relación al sistema alemán, si bien no hace referencia al negocio causal como elemento del entero supuesto de hecho transmisivo, junto a la facultad de disposición y a los ulteriores requisitos necesarios en cada caso. No obstante, nuestras conclusiones resultan de hecho notablemente cercanas a las suyas: v. *ibi* pp. 314-315.

(76) En este sentido, aproximando los derechos de participación al régimen de prohibiciones de circulación de derechos (art. 1260 CC it) en lugar del de cosas (art. 1379 CC it), v. A. GRAZIANI, "In tema di limiti alla trasferibilità delle azioni", *BBTC*, 1954, I, pp. 633 ss., p. 638. Llegan a similares conclusiones, sobre la base del carácter real de la cláusula de gradimento, FERRARA/CORSI, *Gli imprenditori e le società**, Milano, 1994, p. 475. Sobre la base de la teoría del "acto complejo", FERRI, "Sugli effetti inter partes del mancato gradimento del consiglio di amministrazione nel trasferimento delle azioni", *BBTC*, 1954, I, pp. 593 ss., p. 599 y 600, afirma que, puesto que el acto no es perfecto, que tampoco se producen efectos obligatorios (p. 601, nota 13). Lo que no resulta ya de recibo es la situación de esquizofrenia creada por las teorías clásicas, que se remontan a ASCARELLI, "Sui limiti statutarì alla

el efecto previsto por el artículo 37 APLSRL —la inoponibilidad— es un efecto meramente externo. No obstante, en la medida en que la norma proyectada puede dar a entender que la transmisión se ha producido *inter partes* —como a menudo se sostiene en relación al art. 64.1 LSA— sería conveniente formularla estableciendo con toda claridad cuál es el efecto interno de su contravención: ausencia del efecto transmisivo.

En cuanto a su relación con el contrato de sociedad, ha de decirse que la cláusula de consentimiento *es propiamente social*, en cuanto comparte causa y forma con el mismo. En efecto, siendo su función el configurar la transmisibilidad de la participación, y siendo ésta contenido básico del contrato social, el pacto de consentimiento no puede sino ser igualmente social, y como tal, inviable fuera del estatuto (77). Fuera del estatuto es imposible que un pacto con ese contenido pueda ser calificado *de non cedendo*, ya que la participación que pretende configurar es contenido necesariamente estatutario; se trataría de una simple obligación de no disponer, y como tal dotada de simple eficacia obligacional —es el caso, por ejemplo, de la restricción de consentimiento de un sindicato de bloqueo—. De todos modos, su eficacia real no deriva de su calificación como social, sino

circolazione delle azioni e sui diritti individuali degli azionisti”, *Riv. Dir. Com.*, 1931, II, pp. 487 ss., pp. 497-498 [entre nosotros, v., BROSETA, *Restricciones estatutarias*, pp. 142 ss.] y que reducen la restricción a la transmisión a una simple restricción a la legitimación, permitiendo una transmisión que luego desconoce la sociedad negando la legitimación. V., la crítica de DE LA CÁMARA, *AASN*, IV, 1991, p. 312, de FERRI, *BBTC*, 1954, p. 599 y GRAZIANI, *BBTC*, 1954, p. 635.

(77) La eficacia constitutiva del estatuto (“*Konstitutive Wirkung*”) es sin duda el criterio más seguro y claro para discriminar el contenido social y parasocial de los pactos incluidos en el estatuto. En general, sobre este criterio, v. ULMER, en *HACHENBURG GmbH Kommentar*⁷, I, 1975, § 2, Anm. 119-127, esp. 123, p. 56, y en *HACHENBURG/ULMER GmbH Kommentar*⁸, I, 1992, § 2, Rn. 8-9, pp. 130-131; ZIMMERMANN, en *ROWEDDER GmbHG Komm.*⁹, 1990, § 53, Anm. 7, p. 1061; LUTTER in *LUTTER/HOMMELHOF GmbHG Kommentar*¹⁰, 1991, § 3, Anm. 12, Rn. 44, p. 33, etc. En concreto, sobre la socialidad o parasocialidad de las cláusulas de prelación, v. REICHERT, “Zulässigkeit der nachträglichen Einführung oder Aufhebung von Vinkulierungsklauseln in der Satzung einer GmbH”, *BB*, 1985, pp. 1500-1501.

de su naturaleza de pacto *de non cedendo* de un derecho, que resulta ser el de participación social.

3. La cláusula de prelación, por el contrario, no es de suyo un pacto propiamente estatutario o social. *La causa del mismo es la propia de un contrato de compraventa, con eficacia aplazada y sometida a determinadas circunstancias:* comunicación de la voluntad de enajenar por parte del obligado, comunicación de ejercicio del derecho potestativo de adquisición preferente por parte del beneficiario (78). La causa del contrato es, por tanto, una causa de cambio —cosa por precio—, sin que la participación pase de ser el objeto del mismo. La eficacia de este contrato de venta es, como la de todos los de su especie, meramente obligatoria (79).

(78) El pacto de prelación no sería más que una compraventa, configurada de tal modo ("*doppelt bedingtes Kaufvertrag*") que se genera un derecho potestativo por parte del comprador ("*Gestaltungsrecht*") de exigir el cumplimiento si concurren determinadas circunstancias, como el deseo de enajenar a un tercero del vendedor, manifestado en la "denuntiatio" al beneficiario: SALZBERGER-DÜRIG, *Das Vorkaufsrecht*, pp. 11-13. Nótese que nadie habla de "derecho de consentimiento", y en cambio sí se habla de "derecho de prelación o adquisición preferente".

(79) Frente a la doctrina clásica, que considera el derecho de adquisición preferente, dada su naturaleza, como obligacional (v., G. BONILINI, *La prelazione volontaria*, Milano, 1984, p. 183.; G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1988, pp. 136 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, "Struttura e funzione della prelazione convenzionale", *RTDPC*, 1981, pp. 697 ss., SALZBERGER-DÜRIG, *Das Vorkaufsrecht*, pp. 57, 75, etc. SCHMID, *Das Vorkaufsrecht*, Basel, 1934, pp. 8, 18, 31, etc.) se aprecia en nuestra doctrina una tendencia a incluir los derechos de adquisición preferente dentro de los derechos reales, considerando el retracto como la fase de la preferencia con eficacia real (v., J. LACRUZ BERDEJO/F. SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil*, III, 2.º, Barcelona, 1980, p. 259; J. SANTOS BRIZ, "Derechos reales de adquisición o de preferencia en la práctica jurídica española", *RDP*, 1971, pp. 337 ss., p. 388, que alude al art. 1.255 CC; M. GARCÍA AMIGO, "Derechos reales de adquisición", *RDP*, 1976, pp. 99 ss., p. 100 y bibliografía *ibi* en nota 1; parte de la indudable naturaleza real de estos derechos, plantándose la posible configuración obligatoria de los mismos, ARRECHEDERRA, "Los derechos de tanteo y retracto convencional configurados con carácter personal", *RDP*, 1980, pp. 123 ss.; C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, "Hacia la consagración jurisprudencial de los derechos de adquisición preferente" (STS 3-IV-1981), *ADC*, 1983, pp. 301 ss.; I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, "Retracto de origen voluntario", *Homenaje a Roca Juan*, Murcia, 1988, pp. 321 ss., p. 333. En Navarra, admite la eficacia real de los derechos potestativos de adquisición la Ley 460 de la Compilación foral. Contra, por todos, Díez-Picazo, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, II², Madrid, 1986, p. 73). No obstante estas

La sola introducción de este pacto en el texto de los estatutos sociales no es motivo bastante para conferir a un contrato de compraventa, bien que con una configuración peculiar, una tutela real frente a su violación (80). Se puede decir, pues, que se trata de un pacto parasocial, si bien su efecto obligatorio no deriva de esa calificación, sino de su naturaleza esencialmente obligatoria. No obstante, el ordenamiento societario dispone de un medio de conferir eficacia real al derecho de prelación, donde resulta relevante su inclusión en el estatuto: su combinación con la cláusula de consentimiento (81). Esta combinación admite diversas formas:

a) La primera consiste en configurar o construir *la falta de ejercicio de la prelación como presupuesto de validez de la concesión de la autorización* (82). No parece necesario

352

aportaciones civilistas, resulta aún chocante en la práctica societaria afirmar que el derecho de prelación de un sindicato extraestatutario y parasocial de bloqueo goza de tutela real y permite el retracto; pasándose ya a la contradicción de valoración pura y simple si se afirma, con la doctrina mercantilista clásica, que la eficacia de la cláusula estatutaria y social de consentimiento se reduce a impedir la legitimación.

(80) La eficacia de la introducción es la de convertir al derecho de adquisición preferente, en particular su lado pasivo, en una suerte de obligación "propter rem", adherida a la participación y que circula conjuntamente con ella: así, E. SCHUCANY, "Die Wirkung statutarischer Vorkaufsrechte an Aktien gegenüber Dritterwerben", *SAG*, 27, 1954, pp. 63 ss., pp. 64-65; SALZBERGER-DÜRIG, *Das Vorkaufsrecht*, pp. 293-294. Igualmente, es común en Alemania afirmar que la introducción de un pacto no verdaderamente estatutario tiene relevancia sólo en cuanto vincula a los posteriores adquirentes de la participación: v. WIEDEMANN, *Die Übertragung*, p. 88; REICHERT, *Das Zustimmungserfordernis*, p. 74, etc. En los Estados Unidos lo destaca E. BLYTHE STANTON, "Corporations, Sales of Stock. Reasonableness of Restiction on Transfer of Sales", 48 *Michigan law Rev.*, 1949, pp. 123-124, p. 124.

(81) En este sentido resultan de interés Y. CHARTIER, "Les clauses de préférence et de préemption en cas de cession a des tiers", *Rev. Jur. Comm.*, n.º especial, Dic. 1990, pp. 77 ss., p. 79; REICHERT, *Das Zustimmungserfordernis zur Abtretung*, p. 73, etc.

(82) HUECK, en *Festschrift Larenz* (1973), p. 751: "... die Abtretung erst genehmigt werden kann, wenn feststeht, dass das Erwerbsvorrechte, das dann regelmässig befristet ist, nicht ausgeübt wird"; J. ZUTT, en HACHENBURG/ULMER *GmbHG*⁸, § 15, RdNr. 127, y en Anh. § 15, RdNr. 28; WINTER, in SCHOLZ/WINTER, *GmbHG*, § 15, RdNr. 64, REICHERT, *Das Zustimmungserfordernis*, p. 78, etc. Este es el caso de la cadena de televisión "La Cinq", que preveía en el art. 11.2 de sus estatutos un dere-

que ese carácter de presupuesto se establezca expresamente, desprendiéndose el mismo de la sola combinación (83). El consentimiento concedido sin atención al previo incumplimiento por parte del obligado, lo convierte en impugnabile si una vez concedido el permiso de transmitir, éste no realiza la comunicación (84).

b) La segunda modalidad consiste en configurar la *prelación como una consecuencia del rechazo de la autorización*. Así, en principio, y en caso de rechazo de la autorización, la sociedad resulta obligada a presentar un adquirente alternativo (85). Este caso no es de verdadero derecho de prelación, ya que el transmitente puede, como sabemos, retirar su oferta. No obstante, si se excluye estatutariamente esta posibilidad de arrepentimiento, la anterior obligación se hace también facultad, convirtiéndose así en verdadero derecho de prelación (86). Cualquier violación de la prelación será

353

cho de adquisición a favor de sus socios antes de que la transmisión pretendida pudiera ser consentida por la sociedad (V. Arrêt Trib. Paris, 1.^a Chambre, 14-III-1990, *Bull. Joly*, 1990, p. 353, con nota de P. LE CANNU, "Validité et effets d'une clause statutaire de préemption dans une société anonyme non cotée", p. 325).

(83) REICHERT, *BB*, p. 1501, y en *Das Zustimmungserfordernis*, p. 79; también ZUTT, en HACHENBURG/ULMER, *GmbHG*⁸, Anh § 15, RdNr. 28, afirma que para dar eficacia real a la prelación como consecuencia de esta combinación no basta con la misma, sino que es necesario indicar expresamente que la falta de ejercicio de la prelación es condición de eficacia de la transmisión. Esta última exigencia resulta excesiva incluso en Alemania; así, la sentencia BGHZ, 13-VII-1967, 2 ZR 268/64, *NJW*, 1967, pp. 2159 ss. [criticada por los autores precedentes] y en la doctrina, W. PASTOR/U. WERNER, "Die Verbindung von Vorkaufsrecht und Genehmigungsvorbehalt bei der Übertragung von GmbH-Anteilen", *BB*, 1969, pp. 1418-1420, consideran que de la sola combinación se desprende la tutela real de la prelación.

(84) La sentencia BGHZ, 13-VII-1967, 2 ZR 268/64, *NJW*, 1967, pp. 2159 ss., p. 2160, señala que si la sociedad concede el consenso antes de que se realice la comunicación a los beneficiarios, no hay una lesión de su derecho de adquisición, sino a lo sumo una puesta en peligro del mismo, de modo que si una vez concedido, el obligado no realiza la comunicación u oferta a los beneficiarios, lo que era un peligro se convierte en un daño y se hace impugnabile la concesión de la autorización.

(85) Art. 685 b I OR 1991 suizo, y arts. 45 y 274 L. 24-VII-1966 francesa.

(86) Dicen RIPERT/ROBLLOT, *Traité*, I¹², n.º 1257, p. 868: "*Les statuts peuvent même, à notre avis, supprimer le droit [de arrepentimiento] du cédant; l'obligation d'achat qui pèse légalement sur la société se trouve alors transformée en un droit de préemption*". V. también Cass. com. 10-III-1976, en *Rev. Soc.*, 1976, pp. 332 ss.

ineficaz, ya que se debe entender que la autorización rechazada lo era respecto a todas las transmisiones que no fueran la de ejercicio de la prelación; es decir, que en realidad se concedió una autorización limitada a la transmisión resultante de la prelación.

c) Entre esos extremos —prelación como presupuesto o como consecuencia de la autorización—, cabe una solución que consiste en establecer que *la forma de expresar el rechazo de la autorización sólo podrá hacerse a través del ejercicio del derecho de adquisición preferente* (87). El significado de semejante solución es claro: no se puede rechazar la transmisión si no es a través de la declaración de adquisición de la participación; y del mismo modo, la falta de ejercicio de la prelación supone la concesión de la autorización para enajenar. Que esto es posible por voluntad de las partes está fuera de duda, y es la forma de asegurar eficacia real a un pacto que de suyo tiene solamente eficacia obligatoria (88).

354

(87) Sobre esta combinación, v., LEHNER, *SAG*, 26, 1954, pp. 189 ss., p. 194, nota 24; JÄGGI, P., "Ungelöste Fragen des Aktiensrechtes", en *SAG*, 31 (1958/59), pp. 57 ss., pp. 68 ss.; PFENNINGER, C., "Vinkulierte Aktien und ihre Aktualität heute" en *SAG*, 37, 1965, p. 240: "*Hingegen sind dies nur mit einem Vorkaufsrecht beschwerten Aktien Übertragbar, wenn der berechtigte im gegebenen Fall das Kaufsrecht nicht ausübt*"; más recientemente, tras la reforma, que prevé en el art. 685 b I OR 1991 la posibilidad de la sociedad de negar la transmisión ofreciendo la adquisición de la acción, pone de manifiesto la similitud entre el derecho de prelación y la denegación de consentimiento con obligación de compra C. J. MEIER-SCHATZ, "Vorkaufsrechte unter neuem Aktienrecht", *SZW*, 1992, pp. 224 ss., p. 226-227.

(88) Cfr. HUECK, *Festschrift Larenz*, 1973, p. 751; ZUTT, J., en HACHENBURG/ULMER, *GmbHG*³, 1990, Anh § 15, RdNr. 28; PRIESTER, *SCHOLZ GmbHG*³, § 15, RdNr. 64, etc. Si bien esta materia será objeto de un trabajo más detenido, parece que por la sola introducción en los estatutos de un derecho de adquisición preferente, se debe entender voluntad presunta de los socios establecer una cláusula de consentimiento ligada, con la prelación en la forma anteriormente apuntada en el texto. Si con la introducción de la prelación en el estatuto las partes quieren darle eficacia real, como parece la convicción general al respecto, resulta razonable entender que también han querido establecer el único medio posible de lograrlo —la cláusula de consentimiento—, respetando en todo momento el contenido de cambio de la adquisición preferente. Se logra así dar tutela real a un pacto obligatorio sin forzar

4. El actual sistema del art. 20 I LSRL opta claramente por la última combinación indicada (v. *supra* 3.c), mientras el art. 33 APLSRL consagra como régimen supletorio la prelación como consecuencia del rechazo de consentimiento (*supra*, 3.b), relegando aquélla a la condición de sistema alternativo (art. 31 APLSRL). Pues bien, aclaradas estas premisas estamos ya en condiciones de valorar la sanción establecida por el Anteproyecto para la violación de este tipo de cláusulas restrictivas. Como sabemos el art. 20 V LSRL declara la *nulidad* de la transmisión realizada en violación de la restricción. Es indudable que el precepto impide la producción del efecto transmisivo entre las partes. El desconocimiento y la negativa de legitimación social posterior es consecuencia de la inexistencia de esta transmisión. El art. 37 APLSRL, por contra, habla de *inoponibilidad* de la transmisión (“no producirá efecto alguno frente a la sociedad”), con lo que rompe la claridad del derecho vigente en materia de transmisión. En efecto, parece que se opta, como venía predicando la doctrina clásica, por una transmisión válida y eficaz entre las partes, pero inoponible frente a la sociedad. La imposibilidad teórica y práctica de esa solución es evidente:

a) Desde un punto de vista teórico, la solución de la inoponibilidad es inviable. La ausencia de consentimiento supone la falta de la concreta capacidad de disponer en el transmitente. Esa falta de capacidad supone, no un defecto del contrato causal obligatorio —de venta, donación, etc.—, sino un defecto del supuesto de hecho transmisivo de la participación. La consecuencia es la inexistencia de circula-

el sistema jurídico societario y general. Confirmación y no refutación es el sistema alemán, donde es necesario manifestar expresamente en los estatutos que la prelación será condición de validez de la transmisión, teniendo de lo contrario su eficacia obligatoria propia. Precisamente porque allí la convicción general es la contraria; es decir, que las partes son conscientes de que el derecho de adquisición no deviene real por su introducción en los estatutos.

ción de la participación. Estamos, por tanto, y no obstante la validez del negocio causal, ante una transmisión inexistente. Inexistencia que se verifica tanto frente a los terceros, p. ejp., los acreedores del transmitente, como frente a la sociedad (89).

356

b) Desde un punto de vista práctico, la solución es igualmente indeseable por inútil. Mantener una transmisión válida entre las partes sólo tiene sentido respecto a participaciones incorporadas —acciones—, y en sistemas donde se acepte la teoría de la separación de derechos administrativos y económicos —en Italia hasta la L. 29-XII-1962 y en Suiza hasta la reforma de 1991, art. 685 C I OR—. La vinculación entonces impediría la transmisión de los derechos administrativos, que quedarían en el transmitente, pero permitiría la transmisión de la propiedad del título y de los derechos económicos al adquirente (90) puesto que la participación no se puede incorporar, y está ya rechazada la teoría de la separación. Tanto en nuestro sistema como en los comparados de nuestro entorno (arts. 55 II LSA, 22 I LSRL), el pretendido adquirente no podrá ni siquiera ejercitar frente a la sociedad los derechos económicos.

Aplicando lo anterior al derecho de adquisición preferente, resulta que, por violar la cláusula de consentimiento implícita, la transmisión no se ha producido y continua el socio como titular de la misma. Siendo ya clara *ex facta concludentia* su voluntad de transmitir, los beneficiarios del derecho de adquisición condicionado a la misma podrán pedir simultáneamente la declaración de inexistencia de la

(89) Piénsese en el caso de quiebra del transmitente; en defecto de consenso, la participación permanecerá en su patrimonio: v. PESTALOZZI-HENGELER, *Die Namensaktie und ihre Vinkulierung*, p. 125.

(90) Con dos peligros obvios: si los derechos administrativos quedaban en suspenso, se paralizaría la vida social; si pudieran ser ejercitados por el inscrito, éste se convertiría de seguro en testafierro del propietario, siendo así un fácil medio de violar la restricción. Así lo denunciaba W. VON STEIGER, *Schweizerisches Privatrecht. Handelsrecht*, VIII/2, Basel, Frankfurt a.M., 1982, p. 129.

transmisión en violación del pacto y la ejecución forzosa del mismo; es decir, de la compraventa en que consiste (art. 1.124 II CC) (91).

VII. Conclusión

La regulación de los actuales arts. 20 y ss. de la LSRL se ha demostrado flexible, respetuosa con la voluntad de configuración de las partes y, en definitiva, altamente eficiente. Por esta razón, acaso pueda pensarse que no está suficientemente justificada una modificación tan radical del régimen de transmisión como la que ahora introduce el Anteproyecto, tanto en lo relativo a la técnica restrictiva como en lo referente a los principios de protección del tipo a costa del sacrificio de la autonomía negocial que la inspiran. Estimamos, por todo ello, se podría aprovechar la ocasión de la reforma en curso para, manteniendo el espíritu de la actual regulación, dar unos retoques a los puntos oscuros o manifiestamente mejorables. De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se podría formular, sobre la base de los actuales arts. 20 y 21 LSRL, la siguiente propuesta de regulación:

357

Art. 29. *“Transmisión entre vivos de participaciones sociales.*

El socio que pretenda transmitir por acto entre vivos sus participaciones sociales a persona extraña a la sociedad deberá comunicar el proyecto de transmisión a los administradores, quienes lo notificarán a los socios en el plazo de quince días. Los socios sólo podrán rechazar esa pretensión optando a la compra de las participaciones indicadas dentro

(91) Así, y sobre la base de que no se produce transmisión, admite el remedio de la ejecución forzosa (art. 2932 CC italiano) MELI, *La clausola di prelazione*, pp. 174-176, G. ZUDDAS, “Vendita a un terzo di quota di S.r.l. attuata senza rispettare il diritto di prelazione dei soci”, *Dir. e Giur.*, 1971, pp. 771 ss., p. 781; v. ANGELONI, “Il patto di prelazione tra soci nella vendita di azioni o di quote di società”, en *Studi in onore di SRAFFA*, Padova, 1962, pp. 4 ss., pp. 4-5; en Suiza, v. LEHNER, *SAG*, 26, 1953/54, p. 196; entre nosotros v. CÁMARA, *AASN*, IV, 1991, pp. 314-315.

de los quince días siguientes a la notificación, distribuyéndose a prorrata de sus respectivas participaciones si son varios los dispuestos a adquirir. Si ningún socio ejercitara el derecho de adquisición, podrá ejercitarlo la sociedad en un plazo de treinta días, previo acuerdo de reducción del capital social. Transcurrido éste último plazo, podrá el socio transmitir su participación a la persona y en las condiciones comunicadas a la sociedad. Si la transmisión pretendida no tuviera una contraprestación en dinero, la oposición a la misma no estará sujeta ni conferirá derecho al ejercicio de la opción de compra.

El precio de venta a efectos del ejercicio del derecho de adquisición del párrafo anterior será el estatutariamente previsto, y en su defecto, el valor real determinado por un experto independiente designado por el Registro Mercantil.

La escritura de constitución de la sociedad podrá establecer cualesquiera otros pactos y condiciones para la transmisión *inter vivos* de participaciones sociales, incluidos el de su libre transmisibilidad y el de la exclusión de su cedibilidad.

En tanto no se hayan cumplido los requisitos legales o estatutarios de transmisión, la titularidad de las participaciones y los derechos económicos y administrativos derivados de las mismas incumbirán al transmitente.

358

Art. 30. *Transmisión de participaciones sociales por causa de muerte, ejecución forzosa y disolución de sociedad conyugal.*

1. Salvo pacto en contrario, la transmisión de participaciones sociales a título de herencia o legado, estará sujeta al ejercicio de un derecho de adquisición por parte del resto de socios sobrevivientes, y si ninguno lo ejercitara, de la sociedad o de persona por ésta designada. Quedan exceptuados los casos en que la transmisión tenga como destinatario a los ascendientes, descendientes o al cónyuge.

Este derecho deberá ejercitarse en el plazo de un mes a partir de la solicitud de inscripción en el libro registro por parte del nuevo titular. Se podrá igualmente ejercitar si en el plazo de tres meses desde la fecha del fallecimiento el causahabiente no ha solicitado la legitimación. El precio de adquisición y demás condiciones de ejercicio se determinarán, salvo pacto en contrario, según el artículo anterior.

2. Idéntico derecho de adquisición forzosa corresponderá frente al rematante en el caso de ejecución forzosa durante un mes a partir de la solicitud de legitimación o tres meses desde la fecha de aprobación del remate y por el precio resultante del mismo.

3. En caso de disolución de la sociedad conyugal, y frente al cónyuge adjudicatario distinto del inscrito como titular, corresponderá idéntico derecho de adquisición forzosa al de los números anteriores durante un mes a partir de la solicitud de legitimación o tres desde la firmeza de la resolución judicial de adjudicación.

[supresión de los arts. 31 a 37 del Anteproyecto]

Art. 99. *Causas de separación de los socios.* Los socios que no hubieran votado a favor del correspondiente acuerdo tendrán derecho a separarse de la sociedad en los siguientes casos:

XX. Modificación del régimen de transmisión de participaciones sociales, cuando ello suponga la introducción sobrevenida de la libre cedibilidad o la exclusión de transmisibilidad de las participaciones. Asimismo, corresponderá tal derecho a los socios beneficiarios de la restricción originaria cuando su modificación deba considerarse significativamente perjudicial para sus intereses.

XX. Intransmisibilidad de la participación, siempre que la duración de la sociedad sea indefinida y de las circunstancias resulte que la permanencia del socio en la misma es manifiestamente irrazonable.

Addenda: En virtud de acuerdo del Consejo de Ministros adoptado en su reunión del día 22 de diciembre de 1993, el Anteproyecto de Ley que ha sido objeto de estudio en estas páginas se convirtió, con leves modificaciones, en Proyecto de Ley (v. *Proyecto de Ley 21/000034 de sociedades de responsabilidad limitada* en BOCG/CD, Serie A, núm. 48-1 [25-I-1994], pp. 1-34). En la materia propia de nuestro trabajo, la regulación no ha experimentado más modificación que algún añadido incidental y la sustitución de la expresión “escritura pública” por la de “documento público”, que en ningún caso afectan a las consideraciones realizadas (v. arts. 29-37 PLSRL). De hecho, las referencias que en el trabajo se hacen a los preceptos del Anteproyecto valen exactamente igual —incluso en su numeración y divisiones internas— para los preceptos del Proyecto. Durante la fase de corrección de pruebas de este trabajo ha visto asimismo la luz el estudio de la profesora M. GÓMEZ DE MENDOZA, “Régimen estatutario de la transmisión de las participaciones sociales”, *RdS* núm. extraord. (1994), pp. 177-191, que desgraciadamente no ha podido ser tenido en cuenta.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA FISCALIDAD DE LA EMPRESA SOCIAL (*)

BERNARDO REVUELTA GARCÍA

Economista

Inspector de Finanzas del Estado

361

1. El término empresa, dando un amplio significado a su contenido, presupone la existencia de alguna idea creativa y su puesta en ejecución, para lo cual entran en juego medios humanos y materiales que se encuadran en cierta, determinada y apropiada organización. Así, empresa puede referirse al ejercicio de actividades económicas lucrativas; pero también (aunque el término adecuado para este tipo de empresas sea otro) es empresa la organización que reuniendo las notas antes apuntadas excluye el lucro como fin inmediato y motivador de su existencia, y concreta el objeto de la misma en la filantropía, la caridad, la cultura, el deporte, etc...

(*) Conferencia pronunciada el día 26 de agosto de 1993, en el Seminario celebrado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo de Santander, organizado por el Consejo General del Notariado.

2. El tema general de este Seminario se centra en la sociedad de responsabilidad limitada dentro de la reforma del Derecho de sociedades; el hilo conductor de los diferentes temas escogidos está condicionado, por cuanto ha de referirse a dicha sociedad, aspecto que no concurre en el caso de la fiscalidad, pues no existe un cuerpo legal de tributos exclusivo o predominante para la sociedad de responsabilidad limitada. Es bien sabido que los tributos, en sus manifestaciones de impuestos, tasas y contribuciones especiales, se fijan en los variados hechos de la vida real para convertirlos en hechos imponibles, dotándoles de las reglas y normas que legalizan las exacciones correspondientes.

362

Así pues, las consideraciones que siguen abarcarán aspectos de la fiscalidad de las sociedades de responsabilidad limitada, que aparecen, igualmente en las restantes formas sociales y, aun en los empresarios individuales. La conexión con el aspecto material u objetivo de los tributos de distintos tipos de sujetos pasivos constituye una regla común de la fiscalidad.

Por consiguiente, cuando nos refiramos al Impuesto sobre Sociedades, al de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, al del Valor Añadido (en lo sucesivo y respectivamente IsS; TP y AJD e IVA) o a cualquier otro, hay que entender que la sociedad de responsabilidad limitada es sujeto pasivo u obligado tributario (como hoy se dice, en mayor detrimento del viejo vocablo contribuyente) de los tributos que correspondan, en los cuales pueden existir, en relación con la misma materia impositiva, sujetos de otra naturaleza.

3. La empresa, en el sentido vulgar o restringido y fiscal, presupone la existencia del empresario; siendo éste la persona natural, la jurídica o los entes sin personalidad que reconozcan las leyes tributarias, que mediante la organización que objetivamente denominamos empresa se propone

cumplir con los fines económicos que se ha trazado. El concepto de empresario, desde el ángulo fiscal, es más amplio que desde la perspectiva mercantil, pues, en efecto, la empresa, en las leyes tributarias cede el paso a las denominadas “explotaciones económicas de toda índole” (arts. 5.2, a) y 8 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, en lo sucesivo RIS), que son aquéllas cuyos rendimientos proceden del trabajo y del capital conjuntamente o de uno solo de estos factores, y suponen, por parte del titular de la actividad, la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y de recursos humanos, o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. En particular son explotaciones económicas las que se identifican con las actividades agrícolas, ganaderas, forestales, pesqueras, industriales, de construcción, comerciales, de servicios, extractivas, mineras, profesionales y artísticas. Este concepto de explotación económica ha hecho fortuna y se encuentra, igualmente, en la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en lo sucesivo IRPF) y en la del IVA.

363

De todas formas, las explotaciones económicas, en cuanto organizaciones estables con fin de lucro, partícipes en el mercado de la oferta de los bienes y servicios que demandan otros sujetos, presentan una identidad con las posibles y diferentes manifestaciones del objeto de las empresas mercantiles, que en las sociedades adquiere concreta definición en sus estatutos. Queda pues afirmado que las empresas mercantiles llevan a cabo actividades calificadas tributariamente como explotaciones o actividades económicas. Pero entre estas actividades se encuentran igualmente los quehaceres de otros sujetos económicos, no mercantiles, dotados de ánimo de lucro, tarea a la que también aportan una organización adecuada de medios humanos y materiales. Así, por ejemplo, las explotaciones agrarias y los profesionales, no serán mercantiles cuando los titulares sean empresarios individuales o profesionales libres.

Si se examinan los artículos 8, 9 y 10 del RIS se observa la diferente naturaleza de los componentes del rendimiento neto propio del aspecto objetivo o material del hecho imponible del tributo que grava la renta de las sociedades. Las explotaciones económicas a las que nos venimos refiriendo, y que identificamos con el objeto de las actividades mercantiles, agrarias, profesionales, artísticas, etc..., son lucrativas, y su rendimiento, beneficio o pérdida, constituye el núcleo central de la imposición sobre la renta de sociedades; seguidamente, los bienes y derechos patrimoniales, que siendo propiedad de la empresa social y que no se encuentren afectos a las actividades económicas, pueden ser también origen de rendimientos; con la desconfiada cautela tan corriente en las leyes tributarias, quedan incursos entre los rendimientos sujetos los que no proceden directamente de las explotaciones económicas o de los bienes o derechos patrimoniales antes citados, si se derivan directa o indirectamente de las actividades que constituyen el objeto social o finalidad específica del sujeto pasivo. Imaginen que una sociedad es propietaria de algunos décimos de Lotería que no logró colocar entre sus empleados con ocasión del Sorteo de Navidad y que el número resulta premiado; el premio, en este caso, constituye un rendimiento de la sociedad.

La expansión del concepto de renta, propiciado por la doctrina y seguido con gran entusiasmo por los legisladores y las administraciones tributarias, lleva a considerar la existencia de un concepto bautizado como “incrementos y disminuciones patrimoniales”, en el que caben, en cuanto a las sociedades se refiere, cuatro especies. Según el artículo 15 de la Ley del IsS son incrementos o disminuciones de patrimonio las variaciones en el valor del patrimonio del sujeto pasivo cuando se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél. Se trata de considerar alteraciones cualitativas y cuantitativas, ajenas, por supuesto, a las alteraciones que tienen lugar en el seno

de las actividades o explotaciones económicas. Son incrementos de patrimonio, segunda especie, el mayor valor dado en cuentas a los bienes patrimoniales, sin que, correlativamente se computen como disminuciones las que se registren en cuentas, salvo que respondan a disminuciones de valor consecuencia de pérdidas por depreciación, que no se hayan computado como amortización. Estas disminuciones pueden estimarse respecto de los productos, mercancías o servicios que forman parte del tráfico empresarial ordinario, en cuanto exista un envilecimiento probado de su valor en el mercado (objetos pasados de moda sin vender). Tercera especie, son incrementos patrimoniales (art. 127.2 del RIS) denominados “injustificados”, los que descubra la Administración, no estando incluidos en el balance de la sociedad; o cuando figurando, no constasen en el balance que forma parte de la declaración del impuesto. Cuarta especie, las donaciones que recibe la sociedad.

365

4. El lucro, mercantil o no, que es consustancial, respectivamente, al tráfico ordinario del comerciante y de los sujetos que llevan a cabo actividades empresariales o profesionales no mercantiles, y sin el cual no se concibe la actividad empresarial, con mayúscula, constituye la materia imponible de los impuestos que gravan la renta en el momento de su obtención; pero al lado de este lucro, y formando igualmente parte de la renta imponible del mismo sujeto pueden existir otros lucros circunstanciales, impropios, o atípicos que no proceden del ejercicio de la genuina actividad empresarial, habitualmente ejercida, sino de acontecimientos que sobrevienen y que dan lugar a su nacimiento. La renta, pues, es un concepto elástico, que se asimila a beneficio o ganancia, acudiéndose al sujeto que la obtiene para integrarla en una magnitud única y someterla a gravamen. Obvio resulta decir que la elasticidad conceptual de la renta tiene, en las leyes tributarias, unos límites definidos que impiden extender su contenido, ni aun por analogía,

por prohibirlo expresamente el artículo 24 de la Ley General Tributaria.

El lenguaje económico y tributario distingue los diferentes lucros, asociándolos a la naturaleza de las actividades ejercidas, y así, se distinguen lucros comerciales, industriales, de servicios, profesionales, etc..., y desde esta perspectiva es posible establecer gravámenes parciales, reales o cedulares, atendiendo al tipo de actividad ejercida y al rendimiento a ella imputable. Esta imposición se encuentra fuera de uso, aunque recientemente haya experimentado un resurgimiento alarmante gracias al Impuesto Municipal sobre Actividades Económicas (en lo sucesivo IAE).

366

El matiz acusado de los particularismos para gravar las rentas según su naturaleza u origen, está sobrepasado por la imposición de la renta global o universal, que se logra imputando a las personas naturales o jurídicas, e incluso a entidades que carecen de personalidad, toda manifestación de rendimientos, incluidos los circunstanciales y los nominales que las leyes tributarias reconozcan. El concepto de renta global o universal concentra en la persona, a través de las normas relativas a la propiedad y otros derechos, la titularidad de los ingresos, rendimientos, incrementos de patrimonio, etc...

5. La imputación de las rentas requiere la existencia de la persona titular de las mismas, y, en el caso particular de las personas jurídicas, el concurso de aquellas otras que las constituyen. Y respecto de las sociedades, parafraseando que no hay parto sin dolor, no nace la empresa social sin impuesto.

6. En la constitución de la empresa social se realiza un hecho imponible catalogado en el ITP y AJD, como de "operaciones societarias". La base del tributo, en las sociedades que limitan la responsabilidad de los socios por las operaciones sociales coincide con el capital nominal fijado y,

en su caso, con adición de las primas de emisión exigidas. El tipo es del 1%.

En relación con la constitución de las sociedades de responsabilidad limitada y anónimas de mediana dimensión puede apreciarse un elemento motivador, que parte de transformar una empresa individual en social, cuando el empresario individual comprende la necesidad de incorporar formalmente a la empresa a otras personas (familiares, por lo común) que pueden estar ya integradas en el negocio. Al constituirse en partícipes de la sociedad, y en el supuesto de la obtención de resultados económicos apreciables y su dotación a las reservas, se evita una concentración de beneficios capitalizados en la persona del empresario individual, que podrían dar lugar a repercusiones notables en el impuesto sucesorio. La acumulación por el transcurso del tiempo, de los beneficios sociales constituidos en reservas, y la participación potencial de los socios sobre ellas, se muestra como uno de los medios más eficaces para distribuir en vida los patrimonios empresariales individuales; y en tal sentido las sociedades de responsabilidad limitada, con su control de socios, ofrecen indudables ventajas.

367

7. La constitución de la sociedad, con aportaciones no dinerarias, conecta con el IVA cuando proceden de alguna otra empresa. Cabe distinguir.

Si la aportación consiste en la totalidad de un patrimonio empresarial, preexistente y operante, y la sociedad lo recibe para continuar en el ejercicio de la misma actividad, no existe hecho imponible tributable por IVA. Acertadamente, este tributo considera que el cambio de titularidad en la empresa preexistente, en la que se conservan intactos, debido a la cohesión de sus activos y pasivos, los pasivos del IVA repercutido y los activos del soportado, no justifica que se den por realizados un conjunto de hechos imponibles constituidos por la entrega de bienes a la nueva sociedad, y cuya contraprestación estaría representada por las aportaciones sociales.

Si las aportaciones de bienes proceden de otra empresa en actividad, que no cesa en sus operaciones, se produce con la aportación de bienes el hecho imponible en el IVA, siendo sujeto pasivo la empresa aportante, debiendo soportar la nueva el IVA repercutido. La contraprestación estará representada por las aportaciones sociales.

Dos puntualizaciones a lo dicho.

368 Cuando en la transmisión global por aportación de empresa preexistente existan bienes inmuebles, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Ley del ITP y AJD (según redacción de la Ley 29/1991) que declara sujetas al concepto de “transmisiones patrimoniales onerosas” las entregas de bienes inmuebles, cuando gocen de exención en el IVA (segundas y ulteriores transmisiones de edificaciones, terrenos rústicos, etc.) o cuando estén incluidos en la transmisión de la totalidad de un patrimonio empresarial, si por las circunstancias concurrentes la transmisión de este patrimonio no quede sujeta al IVA. La puntualización se refiere, en concreto, a la sujeción al ITP y AJD de los bienes inmuebles incluidos en la transmisión de la totalidad de un patrimonio empresarial, pero entendemos que si se trata de edificaciones y no han sido utilizadas durante más de dos años y no se trata de una primera transmisión, según el artículo 20.Uno, 22.º, párrafo 5 de la Ley del IVA, se encuentran dichos inmuebles en las mismas condiciones de los restantes bienes del activo productivo y recibirán igual tratamiento, es decir, de no sujeción a IVA y de no sujeción al ITP y AJD. No ocurrirá lo mismo respecto de los inmuebles que no sean edificaciones, solares por ejemplo, en que procederá la sujeción al ITP y AJD; o cuando se trate de segunda o ulterior transmisión de edificaciones, en que ocurrirá otro tanto.

Se han de considerar, en fin, los efectos de la incompatibilidad de los conceptos “transmisiones patrimoniales onerosas” y “operaciones societarias” que justificaría la exclusiva aplicación de este último concepto en las aportaciones

globales de empresas a sociedades, cualquiera que sean los componentes de los activos, muebles o inmuebles, que impondría, por esta vía, una solución particular para los supuestos de aportaciones a sociedades en las constituciones o ampliaciones de capital.

La segunda puntualización se refiere al rigor que la Administración ha manifestado en cuanto a qué ha de entenderse por “totalidad de patrimonio empresarial”, inclinándose a negar la existencia de la transmisión global cuando el cedente ha conservado algún o algunos bienes (excepto dinero y saldos de cuentas bancarias) afectos al patrimonio empresarial traspasado, incluso cuando la escisión se realice por ramas de actividad perfectamente diferenciadas dentro del conjunto propiedad del cedente. Este criterio viene reforzado por el reconocimiento de no sujeción a IVA en la transmisión de elementos de una o varias ramas de la actividad empresarial del transmitente, en virtud de las operaciones de fusión, escisión y aportaciones no dinerarias de ramas de actividad, cuando estas transmisiones tengan derecho al régimen tributario regulado en el Título I de la Ley 29/1991, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas. La excepción, en este caso, confirma la regla de la transmisión de la totalidad de la empresa para obtener la no sujeción al IVA.

369

8. El nacimiento de la sociedad de responsabilidad limitada y su disposición para el ejercicio de su objeto social la enfrenta con dos figuras tributarias menores: el IAE y la Licencia municipal de apertura. La sujeción al IAE está condicionada al ejercicio de alguna actividad gravada por el mismo, pudiendo anticipar que son escasas las actividades no incursas en él; citamos, por retirada legislativa del elenco de actividades, las explotaciones agrarias. El afán de inclusión de actividades y la facilidad prestada por la Administración para acogerlas, presenta ejemplos curiosos, como el

del grupo 881, que clasifica a los astrólogos, grafólogos y similares.

Este tributo es una refundición de otros, de los cuales los más importantes eran las Licencias fiscales y el Impuesto sobre la radicación. La Licencia fiscal fue un tributo de cuotas tolerables que no creó rechazo social, pues venía a ser un reconocimiento oficial del ejercicio de alguna actividad empresarial o profesional y su recibo un justificante, generalmente aceptado, de la condición del empresario ante los organismos oficiales y entidades privadas. Para la Hacienda su utilidad para la formación de censos, con la facilidad, a partir de ellos, para exigir el cumplimiento de otras obligaciones de mayor envergadura, explicaba su mantenimiento.

370 El IAE, siguiendo el dicho popular de aprovechar que el Pisuerga pasa por Valladolid, ha dado a luz una fuerte imposición directa llena de casuísmos, y dudosamente equitativa, en la que se superponen tributos, como ocurre con los que gravan los edificios arrendados, sometidos también al Impuesto sobre inmuebles. Los aumentos, respecto de los tributos sustituidos, alcanzan a 3 ó 4 veces más de lo satisfecho, lo que ha creado un sentimiento de que el límite de la imposición es imprevisible e imparable.

La sociedad deberá darse de alta en el IAE con la debida antelación al comienzo del ejercicio de la actividad marcando la fecha concreta del inicio de sus operaciones, extremo éste que debe figurar en los Estatutos Sociales. Entendemos que esta fecha puede quedar referida a aquélla en que se cumplan los requisitos constitutivos de la sociedad y, además, se hayan obtenido, en su caso, las licencias administrativas, y, en particular, la municipal de apertura de establecimientos.

La declaración censal que a efectos fiscales han de presentar los empresarios (RD 1041/1990, de 27 de julio) cierra el conjunto de temas que en el campo tributario afectan a la sociedad limitada, en cuanto al comienzo de su vida y que, como indicamos, son trasladables a las restantes sociedades.

9. Adelantamos la idea, al comienzo de esta exposición, del sentido amplio y restringido del término empresa, para luego identificar a ésta con determinados tipos de organización que tienen como fin la obtención de lucro. Los sujetos que por su cuenta y riesgo realizan las actividades empresariales pueden ser personas naturales, jurídicas y ciertas entidades, sin personalidad jurídica, que tengan reconocida la posibilidad de ser sujetos pasivos en las leyes tributarias.

10. Entrando ya en la vida ordinaria de la sociedad de responsabilidad limitada, es decir, en el ejercicio rutinario de su objeto social, son dos los impuestos que presentan peso específico: el que grava la renta de las sociedades, IsS, y el que grava el valor añadido, IVA. Otros tributos, como el IRPE, se sirven de la sociedad para realizar funciones de control y recaudatorias, mediante retenciones personales, perfectamente identificadas. Las retenciones son cantidades significativas, que por defecto o por exceso, contribuirán a definir la cuota de este último tributo en relación con su período impositivo y demás elementos que lo conforman.

371

La empresa se muestra así no sólo como una célula del tejido industrial, comercial, de servicios, etc..., de la economía nacional, sino también como una célula del tejido impositivo (más bien espesa red impositiva) que ejerce funciones propias de las diferentes administraciones tributarias (Estado, Comunidades, Ayuntamientos, etc...) con la notable diferencia de que las empresas autoliquidan y pagan tributos, en lugar de recaudarlos, como hacen aquellas Administraciones.

11. En una sociedad el capital aportado constituye el punto de partida para comprobar, pasado determinado tiempo, si existen o se han producido beneficios o pérdidas, empleando a tal fin las técnicas de la contabilidad. El beneficio o pérdida absolutos de la sociedad requeriría esperar hasta el fin de su vida para establecer un resultado definitivo; pero esto, evidentemente no es así, pues quienes empeñan

sus recursos en la sociedad esperan en plazos más cortos ir obteniendo resultados positivos de sus inversiones, materializando, en todo o parte, los beneficios de la sociedad a través de las distribuciones acordadas. Las cuentas para examinar el desenvolvimiento de la sociedad mercantil son anuales (art. 34 del C de c) y en las sociedades anónimas (art. 9 j) se fijará en los estatutos la fecha de cierre del ejercicio social, entendiéndose que a falta de disposición estatutaria el ejercicio social finaliza el 31 de diciembre de cada año. Se deduce de lo expuesto que el primer ejercicio social puede ser inferior a 12 meses; que pueden existir ejercicios quebrados, a caballo entre dos años naturales, y ejercicios inferiores a doce meses en los casos de disolución de sociedades. Estas normas relativas al tiempo del ejercicio social son trasladables a las sociedades limitadas.

372

En el IsS (art. 170 del RIS) el período impositivo coincide con el ejercicio económico de la entidad; sin que en caso alguno pueda exceder de 12 meses.

La importancia del período impositivo o plazo de concreción de la renta que ha de ser gravada es capital. Cada período impositivo es absolutamente independiente, y a él han de ser referidas, mediante la imputación temporal, las partidas que configuran la base imponible del tributo. Entre éstas, como más importantes, han de señalarse las que forman el beneficio empresarial procedente de la actividad ejercida, a las que han de sumarse o restarse las partidas que la Ley tributaria cataloga, igualmente, como integrantes de aquella base.

12. El Plan General de Contabilidad está concebido para dar una imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de las sociedades, siguiendo en esto las Directivas de la Comunidad Europea en materia de sociedades de los Estados miembros. La imagen fiel ha de transmitir la doble noción de imparcialidad y objetividad, que ha de seguirse en la elaboración de las cuentas

anuales, es decir, las correspondientes al ejercicio social de la empresa.

Se observa un cierto e importante grado de convergencia entre los resultados contables, según el Plan, y la renta imponible definida por las normas tributarias, aunque hay que partir de los datos contables para llegar a la determinación de aquella base, mediante las calificaciones de las partidas contabilizadas y los ajustes que sobre los resultados contables quepa hacer, habida cuenta de las normas tributarias en vigor.

13. La configuración de la base imponible ha de acomodarse a los preceptos legales, que hacen referencia a los ingresos, gastos, amortizaciones, etc., etc., que en muchos casos serán coincidentes con los que ofrece la contabilidad, aunque difieran en otros. Hecha esta precisión deseo participarles que he de referirme a un supuesto actual y muy concreto que estimo de interés exponerles, y en el que se aprecia una cierta contradicción entre las normas contables y las tributarias, que parece necesario superar. El origen y nudo de la cuestión radica en los retrasos que se producen en el pago de las deudas contraídas por las Administraciones públicas, y que tienen por causa la ejecución de obras, las prestaciones de servicios y las entregas de diversos suministros. Veamos.

373

14. De los principios del Plan interesa destacar, ahora, los de registro y devengo.

El primero, de "registro", hace referencia al tiempo en que han de anotarse contablemente los derechos y obligaciones que originan los hechos económicos, y lo sitúa en el momento en que nacen unos y otros. Recuérdese que el artículo 28.2 del C. de c. dispone que en el Libro Diario se registrarán día por día todas las operaciones relativas a la actividad de la sociedad, aunque por razones de economía contable se permita la anotación conjunta de las operaciones

por períodos no superiores a un mes, siempre que existan registros auxiliares que permitan apreciar el movimiento diario.

El principio de “devengo” ordena que la imputación de ingresos y gastos habrá de hacerse en función de la corriente real de bienes y servicios que los mismos representan y con independencia del momento en que se produzca la corriente monetaria o financiera derivada de ellos.

La norma contable relativa al devengo encuentra su par en el artículo 88 del RIS, que declara, en cuanto a la imputación temporal de ingresos y gastos que los primeros lo harán al período impositivo en que se hubieran devengado y respecto de los segundos al período en que se hubiesen producido, y, añade, con independencia del momento en que se realicen los correspondientes cobros y pagos. Señalemos, como diferencia, que en el RIS se emplean los términos “devengo” y “producidos”, en tanto que en el Plan se dice, tanto para los ingresos como para los gastos, “corriente real de bienes y servicios”. La comparación que resulta de los aspectos relativos a la efectividad o realización, monetaria o financiera, o de cobros y pagos, tanto en el Plan como en el RIS, sugiere la sinonimia de los términos de uno y otro, en lo relativo a la imputación temporal.

El principio contable de “correlación de ingresos y gastos” nos lleva a establecer una simetría o paralelismo entre las partidas que componen los ingresos y aquéllas que componen los gastos.

También aquí la Ley tributaria es concorde con el Plan; así, el artículo 100 del RIS declara que para la determinación de los rendimientos netos se deducirán, en su caso, de los ingresos íntegros obtenidos por el sujeto pasivo los gastos necesarios para la obtención de aquéllos y el importe del deterioro sufrido por los bienes de que los ingresos procedan.

La diferencia entre los ingresos y gastos deducibles determina el rendimiento neto de la actividad empresarial;

rendimiento que puede sufrir otros aumentos o disminuciones, circunstanciales o atípicos, es decir, ajenos al tráfico que origina la actividad empresarial. El rendimiento neto es un concepto tributario y constituye el núcleo central de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades. El rendimiento debe fijarse bajo la disciplina de los principios contables y tributarios antes destacados.

15. La Ley del IsS y su Reglamento (art. 22 Ley y 88.4 RIS), no obstante la declaración que hacen proclamando la prioridad del devengo, reconocen a los sujetos pasivos la posibilidad de utilizar criterios de imputación temporal distintos, siempre que ello no origine alteración alguna en la calificación tributaria de los ingresos y gastos; es preciso cumplir ciertos requisitos, de entre ellos, aunque parece redundante, el que no quede sin computar algún ingreso o gasto como consecuencia del cambio de criterio.

375

Creo que no se ha utilizado hasta la fecha, con cierto grado de amplitud otro criterio que el de devengo, pero es de justicia señalar que empieza a plantearse, y con razón, entre las empresas la conveniencia de separarse del criterio de devengo para adoptar el que se denomina de “caja” y que precisamente puede conducir a que los rendimientos luzcan en los momentos en que perciban los ingresos y satisfagan los pagos.

16. Dos causas pueden señalarse como justificativas de un posible cambio de criterio en la imputación temporal por devengo.

La primera, ya indicada, radica en la acumulación de créditos activos en las empresas, de los que son deudores las Administraciones públicas, que están retrasando los pagos, en ocasiones, hasta más de dos años. Estos créditos, que tienen su origen en la entrega de bienes y la prestación de servicios a dichas Administraciones, han dado lugar, al seguir el criterio de devengo, a la obtención de un rendi-

miento, por lo común positivo, que al ser integrante de la base imponible habrá tributado en el IsS, sin que el pago del tributo se haya efectuado con los medios financieros propios de las operaciones a que el beneficio ha dado origen. La correlación de ingresos y gastos, según el sistema de devengo, no es correspondida con la correlación de cobros y pagos, desnivelada en perjuicio de los cobros. Esta situación, en nuestra opinión, es suficiente para que la Administración tributaria deba aceptar el cambio de criterio que pudiera proponer el sujeto pasivo, siendo irrechazable (art. 88.7 del RIS) el que conduzca a considerar que los ingresos y gastos, determinantes del rendimiento, luzcan con ocasión de los cobros y pagos.

376

La segunda causa que abona el cambio de criterio se apoya en la imposibilidad de aplicar el tratamiento de las provisiones por créditos de dudoso cobro (art. 82 del RIS) a los saldos debidos por los entes públicos, prohibición que se justifica por la seguridad que respecto del cobro impone la personalidad del deudor, que nunca será insolvente.

17. Las empresas que se propongan cambiar el criterio de devengo por el de caja, pueden entrar en conflicto con la Administración, pues ésta tiene facultades para rechazar los criterios distintos, en cuanto se demuestre que la aplicación de los nuevos no refleja la verdadera situación patrimonial de la empresa o tratan de conseguir diferimiento en el pago del impuesto. Así pues, la decisión positiva puede entrañar ciertos peligros, pues se impone, en primer lugar, una flexibilización de las normas contables, que sea compatible con las reservas y cautelas que recoge la Ley tributaria. Por último es preciso indicar que queda al criterio de cada empresa, en particular, escoger y seguir su propio sistema de cambio de imputación, por lo cual, cada solución concreta se verá sometida a la aceptación o rechazo administrativo.

18. La Administración tributaria, en respuesta a consulta planteada sobre el tema acepta la existencia “de los planes de imputación temporal de ingresos y gastos que, en relación con la situación patrimonial y financiera de cada entidad, conduzcan a la más idónea representación contable de su imagen fiel, bien entendido que la eficacia fiscal de los mismos está subordinada a la incorporación a los libros de contabilidad”. Esta respuesta contesta al caso planteado de los retrasos en los pagos de las Administraciones públicas a que nos venimos refiriendo. Pueden distinguirse dos aspectos en la conclusión acotada. El primero hace referencia a que el cambio de criterio conduzca a la “más idónea representación de la imagen fiel” lo que supone una comparación con el sistema ideado por el Plan de Contabilidad al que pertenece el concepto de “imagen fiel”. Es decir, que el criterio que se proponga seguir la empresa no podrá separarse del de imagen fiel, aun cuando abandone el principio de devengo, y sea lo más respetuoso con el principio de correlación de ingresos y gastos. ¿Cómo puede respetarse o, aun mejorar la imagen fiel? En nuestra opinión, dando a conocer los efectos negativos que sobre la disponibilidad de recursos financieros provocan los retrasos y sus repercusiones sobre los acreedores diversos que hacen posible la producción: trabajadores, empleados, suministradores de primeras materias, subcontratistas, etc..., y también haciendo valer un principio de equidad, según el cual si son las Administraciones públicas las causantes en el retraso de los pagos, correspondería a la Administración del Estado (por ser en este caso la acreedora por el tributo) aportar la solución de recaudarlo en el tiempo que paguen sus deudas las entidades públicas, del orden que sean. La imagen fiel de la empresa padece de las deudas pendientes y mantiene y mejora su contenido, si se abordan y expresan con claridad y mediante el juego y enlace de cuentas los hechos descritos, y se dan a conocer en su auténtica dimensión al rendir las cuentas anuales.

Podría ser oportuno plantear la solución contable al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, pues sus decisiones se consideran principios y normas de contabilidad de general aceptación (Normas de valoración del Plan, n.º 22.ª).

Queda por añadir que los planes de las empresas, distintos del de devengo, han de proponerse y seguirse por ellas durante al menos tres años; que el rechazo por la Administración constituye un acto administrativo reclamable en las vías administrativa y jurisdiccional; y, por último, que las diferencias en cuotas que pudieran producirse no serían objeto de sanción aunque determinarían el pago de intereses de demora. Como de hecho el pago del impuesto se ha llevado a ejercicios posteriores al de devengo, la corrección administrativa podría, igualmente, dar lugar a devoluciones de ingresos indebidos al Tesoro, sobre los cuales habría de satisfacerse intereses legales por parte de la Administración, aunque no hay que perder de vista que el interés de demora es superior al legal.

378

19. Las entregas de bienes y prestaciones de servicios de las empresas a las Administraciones públicas, y el retraso en el cobro de los correspondientes créditos ha de examinarse, igualmente, en relación con el IVA.

En este tributo, el devengo se produce con la entrega de bienes y las prestaciones de servicios, por lo cual dicho devengo nace en el momento en que aquellas entregas o prestaciones tienen lugar. No hay posibilidad legal de emplear un sistema de caja, por el cual el devengo se produzca con el cobro de la factura que incorpora el IVA repercutido. Los anticipos del precio, sin embargo, sí determinan el devengo del tributo, que habrá de figurar en la factura que se expide y entregue por el sujeto pasivo.

Los argumentos teóricos que defienden, en favor de la Administración tributaria, la solución anotada en el IVA, se apoyan en el derecho reconocido al sujeto pasivo para

deducir las cuotas figuradas en las facturas recibidas, aun cuando no las haya pagado. Se trataría de un IVA soportado, que quizá no haya reintegrado a su suministrador, pero que puede, no obstante, haberse ingresado en el Tesoro por este último.

Se añade un argumento más que refuerza la conveniencia y justicia de acomodar el devengo en el IsS, a los momentos de cobros y pagos, aunque en el IVA no exista norma legal que permita cambiarlo, con las repercusiones negativas que hemos señalado.

20. En el desarrollo de la vida empresarial hemos puesto el acento en dos supuestos que tienen plena actualidad, y que proceden de las operaciones realizadas con las Administraciones públicas, cuyos pagos están notablemente retrasados. El encadenamiento que de estas situaciones se deriva, lleva a que medianas y pequeñas empresas tengan, a su vez, pendientes de cobro cifras relativamente importantes por los servicios y suministros que, a su vez, les han demandado los contratistas principales, víctimas de la morosidad administrativa. Aunque para este segundo escalón de empresas el estrangulamiento financiero es muy perjudicial, pueden resolver, al menos, el aspecto tributario en lo que al IsS se refiere provisionando sus créditos, con cargo a las cuentas de resultados, tal y como reconoce el artículo 82 del RIS.

379

No hay solución distinta de la estudiada respecto del IVA; suministro o servicio prestado, IVA devengado, que ha de ingresarse aunque el deudor sea moroso.

21. Examinaremos, seguidamente, algunos de los problemas que pueden surgir con ocasión de los aumentos y reducciones del capital; la entrada y retirada de socios y la transmisión de las participaciones sociales.

En el aumento de capital, con entrada de nuevos socios es preciso considerar el valor real de las participaciones

preexistentes para determinar si procede exigir prima de emisión a los nuevos partícipes. Si hubiera renuncia por parte de los partícipes actuales y no se exigiera prima a los nuevos socios se plantea la posibilidad de que se estime que el nuevo partícipe haya obtenido un beneficio en la aportación, equivalente, al menos, a la prima que no desembolsó. Este caso se ha planteado en la ampliación del capital de una sociedad anónima en la que el nuevo socio, por renuncia del derecho de suscripción de los anteriores, adquirió por el valor de emisión al nominal un determinado número de acciones. El criterio de la Administración (Tribunal Económico Administrativo Central, Resolución 26/9/91), se inclinó por afirmar la existencia de un incremento de patrimonio tributable en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, siguiendo la doctrina de la Dirección General de Tributos, que el 25/11/1983, declaró que la adquisición de acciones de una sociedad con cotización en Bolsa al precio de una peseta por acción, siendo este precio inferior al valor contable y al de cotización en Bolsa, es una liberalidad de los ¿adquirentes? (así dice el texto que copio) (será cedentes), sujeta como tal en concepto de donación al Impuesto que grava estas últimas; en razón de que la sujeción no está sujeta a gravamen en el IRPF como incremento de patrimonio.

Es opinable que exista en el caso examinado hecho imponible tributable, sin matizaciones. Las causas que motivan las ampliaciones de capital y las respuestas que suscitan entre los socios pueden tener razones extraordinariamente complejas y extrañas al propósito de enriquecer sin más al nuevo socio. No es posible asegurar que la entrada de nuevos y frescos capitales, en condiciones visiblemente ventajosas, no estén motivadas por necesidades financieras acuciantes y que de no producirse la ampliación darían al traste con la empresa, trastocando toda la composición del balance y las cuentas de resultados en plazos inmediatos. Probablemente, en cada caso del estilo planteado, sería necesario

recurrir, para tomar decisiones, a la situación de la empresa y su entorno, así como a las relaciones personales de los antiguos y nuevos socios.

22. En las reducciones de capital, tanto en el IsS (art. 15. Dos, párrafo 3.º de la Ley, según redacción de la Ley 19/1991 del IRPF), como en el Impuesto sobre la Renta (art. 44, cuarto c)), se declara que no existen en el supuesto considerado aumentos o disminuciones patrimoniales, de tal modo que la restitución, hasta el importe de las aportaciones realizadas es neutral, supone simplemente la recuperación del capital aportado. El exceso que puede recibir el socio, por encima de las aportaciones, se considera como un rendimiento del capital mobiliario, es decir, un dividendo, participación en beneficios, reparto social de beneficios, etc...

Los efectos, según que el socio que ve reducido su capital sea persona natural o social, son distintos; y manifiestamente faltos de congruencia en sus resultados.

381

Si el socio que ve reducido su capital es una persona física y socio fundador, que ha mantenido su participación social hasta la reducción, la diferencia positiva entre la aportación y lo recibido es, como se ha dicho, un rendimiento de capital. Aunque nada se deduce de la Ley, este rendimiento podría conceptuarse como irregular (art. 59. Uno, c)) si se entiende que ha sido obtenido de forma notoriamente irregular en el tiempo, o que siendo regular, su ciclo de producción es superior a un año. Se evitaría, o dulcificaría, al menos, el efecto progresivo de la escala del impuesto, si se estima que todo o parte del rendimiento acumulado en reservas, expresas o tácitas, de la sociedad a lo largo de su vida, se convierten en rendimientos obtenidos e imputables al socio en un año. Si el socio persona física, recibe, en reembolso de su participación, una cifra inferior a la aportada, la solución fiscal podría decantarse por alguna de las siguientes, que no encajan bien atendiendo a la lectura de la Ley. Según el artículo 44, cuarto c) no existe

incremento o disminución de patrimonio en los supuestos de reducción de capital, por lo que la diferencia en menos entre la aportación y la cuota de reembolso no tendría cabida en este concepto. Partiendo de esta conclusión, no quedaría otra que la de admitir que la pérdida sufrida por el socio es un rendimiento negativo de capital, igualmente irregular, salvo que esta pérdida real no sea estimada en un tributo plagado de conceptos generadores de renta.

382 Si el socio, persona física, ha adquirido la participación social de otro socio, pagando un precio superior a su nominal, es preciso considerar si es rendimiento el exceso recibido sobre el nominal con ocasión de la reducción del capital, ya que todo o parte de lo recibido por encima del nominal puede ser sencillamente una recuperación de la inversión en su día efectuada. Sería preciso analizar si los supuestos de reducción de capital, a que se refiere la Ley de Renta, son aplicables únicamente a las participaciones sociales realizadas con motivo de la constitución y ampliaciones de capital por las personas que las suscriben y desembolsan; y que quienes adquieren participaciones de otros socios han de regular el régimen tributario, por las normas propias de los incrementos y disminuciones de patrimonio. Se opone a esta solución la literalidad de la Ley, en cuanto entre los supuestos relativos a participaciones en sociedades nada se dice de las reducciones de capital, que permita considerarlas como materia del concepto de incremento y disminuciones patrimoniales, si bien el principio enunciado (art. 44.Uno de la Ley de Renta) sobre el significado genérico, pudiera permitir albergar a la operación expuesta entre las disminuciones patrimoniales.

Si el socio que ve restituida su participación en la sociedad es una persona jurídica, la operación está, como en el caso anterior, excluida del régimen de los incrementos y disminuciones patrimoniales, pero se observan importantes diferencias de resultados respecto de lo dicho en cuanto a las personas físicas. Si la sociedad-socio tiene sus participa-

ciones por haber concurrido en la fundación y en las ampliaciones sucesivas, la diferencia positiva entre el nominal y el reembolso de su aportación es un rendimiento de capital, dividendo, reparto de beneficios, etc... Este rendimiento tributará íntegramente en el año de la obtención, sin que pueda aplicarse norma alguna sobre la irregularidad de su obtención, tanto por no reconocerse así en el Impuesto sobre Sociedades, como por el hecho de que el impuesto proporcional del 35%, del Impuesto sobre Sociedades, soslaya los problemas derivados de la aplicación de escalas progresivas.

Si la sociedad-socio tuviera en sus cuentas reconocido un valor de las participaciones distinto del que aportó al constituirse la sociedad-reductora, o en las ampliaciones de capital sucesivas, este valor sirve de referencia para apreciar la existencia de un rendimiento de capital, que se manifestará cuando el reembolso sea superior al valor neto contable. Si el reembolso por reducción del capital es inferior al valor contable, se estará en situación análoga a la expuesta respecto de las personas físicas, pues la pérdida no tiene reconocida la condición de disminución patrimonial. No cambia el planteamiento y solución si la sociedad-socio hubiera adquirido las participaciones a socios anteriores. En los dos casos, si el valor neto contable refleja, con mayor o menor aproximación el valor actual de las participaciones, cosa perfectamente factible, tanto los excesos recibidos, tributables como rendimientos del capital, como las disminuciones, de destino incierto, pueden ser poco relevantes. Cabe considerar la reducción del valor de las participaciones al valor de reembolso, apoyándose en el artículo 50 del RIS, que reconoce las pérdidas por envilecimiento y deterioro.

383

23. La disolución de la sociedad, con liquidación, plantea, en primer lugar, la posible existencia de algún beneficio tributable en el Impuesto sobre Sociedades, que habrá de ajustarse al ejercicio de la sociedad; corre a cargo de los

liquidadores, igualmente que el IVA, que grave las entregas de bienes, cumplir con las obligaciones formales e ingresar los tributos de la sociedad, empleando el dinero disponible.

En cuanto a los socios, si reciben en metálico el resultado de la liquidación, se pueden plantear situaciones tributarias por incremento o disminuciones patrimoniales, amén del devengo, por operaciones societarias, a cargo de ellos.

Si los socios reciben bienes, en pago de su participación, se pueden producir hechos imponibles por IVA; en los que el sujeto pasivo sigue siendo la sociedad en liquidación; e igualmente liquidaciones por adjudicación de bienes para pago de deudas, si algún socio los recibe para saldar créditos en contra de la sociedad, operaciones tributables por el ITP y AJD.

384 Respecto del IAE, el artículo 80 de la Ley 30/1988, reguladora de las Haciendas Locales, declara que no constituye hecho imponible la enajenación de bienes integrados en el activo fijo de las empresas, debidamente inventariados e inmovilizados con más de dos años de antelación a la fecha de transmitirse. Según esto, cuando los liquidadores hayan transmitido todas las existencias del tráfico normal u ordinario de la empresa y los activos fijos en que no concurren las circunstancias indicadas, podrán dar de baja en aquel tributo a la empresa, ya que la liquidación de los restantes bienes no constituye hecho imponible.

He de referirme, por último, a la Ley 29/1991, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, que entre otros temas, regula el régimen fiscal de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos o ramas de actividad y canje de valores.

La aplicación de esta Ley presenta la particularidad, en cuanto a los tributos que se originan por aquellas operaciones, de producir su diferimiento o suspensión de los que se habrían ocasionado sin la Ley. El diferimiento queda condicionado al mantenimiento de las situaciones creadas y que

lo han motivado. Así pues, cualquier operación o cambio que las altere producirá la reactivación del hecho imponible diferido y la exigencia del tributo correspondiente; sin que se haya fijado plazo alguno, pasado el cual cesen las causas de la reactivación. El diferimiento afecta a los siguientes Impuestos: sobre Sociedades, sobre la Renta de Personas Físicas, Valor Añadido, sobre el incremento del Valor de los Terrenos y al de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

B) Notas bibliográficas

“Estudios de Derecho Agrario”, DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco. Editorial Montecorvo. Madrid, 1993. Un tomo de 575 págs. Prólogo de Alberto Ballarín Marcial.

Aquí tenemos otra obra de Derecho Agrario, esa materia que, a pesar de la crisis general y de los empujones que nos propinan los señores de Bruselas, sigue en pie gracias al empeño de los agraristas. Empeño, digo, y casi podría decirse locura, pues el jurista agrario es un ejemplar cada vez más raro, empeñado en mostrar a los demás la importancia de la agricultura y también que la normativa rural sigue teniendo su sitio clásico en medio de tanto nuevo concepto como nos endosan los economistas de hoy día.

387

El autor de este libro, Juan Francisco Delgado de Miguel, Doctor en Derecho y Profesor Universitario, es Notario de Gijón. Antes fue, naturalmente, Notario rural y allí vivió los problemas de los hombres del campo que le han impactado como a tantos otros y no los olvidamos aunque después hayamos cambiado de ambiente y nos veamos rodeados por la marabunta del asfalto.

La vocación agrarista se propicia con mayor frecuencia en las profesiones que viven la realidad campesina por su especial función. Por ello siempre ha habido agraristas entre los Notarios y Registradores, tanto por su preparación adecuada como por su inmediatidad.

Ellos han de solucionar continuamente la mayoría de las cuestiones jurídicas y familiares del campo, que se presentan en sus despachos de modo palpitante y, como tales profesionales, moldean día a día y de modo pragmático, la vida jurídica de sus convecinos. Así, llevan a cabo a veces aportaciones de evidente importancia para la formación no sólo práctica sino también científica del Derecho.

De la labor de los Registradores de la Propiedad como agraristas ya me

ocupé por extenso en otra ocasión y no es momento de repetirlo. Sí diré que por entonces el gran Notario agrarista Alberto Ballarín me expresó su gran envidia porque a él le gustaría hacer otro tanto respecto al Notariado; ahora hace un esbozo en el prólogo de este libro. La tarea está por hacer y sería deseable que alguien la acometiera.

Porque desde Joaquín Costa hasta ahora podría citarse una larga y prestigiosa lista de Notarios que se han ocupado doctrinalmente o han realizado tareas agraristas.

Uno de ellos es el autor de este libro, que mantiene su espíritu de Notario rural en la ciudad, en cuanto que continúa trabajando en estos temas y ya ha aportado valiosos estudios y colabora muy activamente en la Asociación Española de Derecho Agrario. El fue mantenedor y alma del congreso celebrado en Oviedo en 1991, donde se trató ampliamente la materia autonómica en la agricultura, editando las ponencias y comunicaciones.

Ahora recoge en este libro varios de los trabajos que ha realizado y los expone de modo sistemático y organizado.

Empieza con una brillante introducción en la que estudia el futuro del Derecho Agrario, examinando los elementos que a su juicio vendrán a configurar los contenidos de esta rama jurídica en adelante. Resalta en primer lugar la significación creciente que se concede en la actualidad al aspecto social de la propiedad de la tierra, en línea con una tendencia generalizada, que tiene la ventaja de mirar más a la comunidad que al individuo, pero también el inconveniente del a veces excesivo intervencionismo administrativo. Junto a la función social, la propiedad agraria se está tintando también de teorías ecológicas y ambientales, no siempre mesuradas. Otra tendencia que señala Delgado de Miguel es la importancia creciente que se da al aspecto alimenticio de los productos agrícolas y el fenómeno de la agricultura a tiempo parcial, que se da sobre todo en los ámbitos peri-urbanos; así, el cultivador modesto atiende a su pequeña explotación y trabaja a la vez en la industria o los servicios para completar la escasa rentabilidad de la tierra.

Continúa el libro recogiendo varios estudios sobre la explotación agraria en general, con sus elementos, modos de transmisión y el régimen especial de las explotaciones en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, en el Estatuto de las Explotaciones Familiares y en varias regulaciones autonómicas, desarrollando ampliamente sus diversos supuestos.

En el mismo capítulo estudia el autor también el arrendamiento rústico en sus elementos personales y formales y el aspecto del tanteo y el retracto, derechos adquisitivos que la Ley concede a los arrendatarios en determinados supuestos.

Dentro de un amplio capítulo dedicado al Derecho de obligaciones, Delgado de Miguel aporta una valiosa consideración al estudio de una figura frecuente en los ámbitos rurales y que tiende a solucionar la inopia de algunos modestos campesinos que por vejez no pueden seguir cultivando sus

tierras; aquí nos ofrece los perfiles jurídicos de un contrato de asistencia, consistente en la cesión de bienes a cambio de alimentos.

Sigue el capítulo con un dictamen en torno a la naturaleza jurídica de un contrato de arrendamiento de bienes rústicos municipales, cuando tienen el carácter de comunales. Y lo acaba con un completo análisis de los diversos aspectos jurídicos que resultan de aplicar en España las directivas europeas sobre retirada de tierras de cultivo para destinarlas a repoblación forestal. Es muy interesante y de actualidad este estudio, pues es sabida la tendencia actual de la Administración, no sabemos si acertada o errónea, de impeler a nuestros labradores a que dejen de serlo, mediante unas problemáticas subvenciones, ahora prometidas a golpe de urgentes decretos-leyes.

En el capítulo III, Delgado de Miguel nos muestra su amplio conocimiento sobre Derecho ambiental, presentándonos varios trabajos que aportó a diversos congresos internacionales. Confieso que he sido bastante lego en este tema hasta que ahora leo estos interesantes estudios. La relación entre medio ambiente y agricultura ha sido tratada en normas comunitarias, pero escasamente en la normativa nacional española, lo que obliga a los juristas propios a suplir el vacío con las normas generales de protección del ambiente, a fin de defender a la agricultura de los atentados que pueden dañarle.

La atribución de competencias a las Comunidades Autónomas ha tenido hasta ahora manifestación en las regulaciones regionales sobre agricultura, habiéndose estudiado el fenómeno en varios congresos de la Asociación Española de D.º Agrario celebrados en Sevilla, Oviedo y Zaragoza. En el capítulo IV, el autor hace un completo ensayo de construcción dogmática del Derecho Agrario en Asturias, donde reside y trabaja, estudiando sus normas especiales agrarias y ganaderas.

Y para terminar, Delgado de Miguel aborda otro tema al que también se concede en la actualidad un valor prioritario, como es la protección a los consumidores, relacionándolo en este caso con los productos agrarios. El autor expone las normas aplicables y las correspondientes obligaciones derivadas de la legislación sobre el consumo que han de ser cumplidas por el agricultor en el ejercicio de su actividad comercial.

Como se ve, un completo abanico de interesantes temas que confirman que estamos ante un gran conocedor del Derecho Agrario. Juan Francisco Delgado de Miguel es un buen Notario agrarista y merece por ello y por su libro una efusiva felicitación.

Francisco Corral Dueñas
Registrador de la Propiedad