

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

DEPÓSITO LEGAL: M. 968.—1958.

Año XXXVII

Julio - Agosto 1961

Núms. 398-399

Comunidad de bienes de origen comunal^{*}

I

COMUNIDAD DE DURACION INDEFINIDA

Según DEMÓFILO DE BUEN, fuera de la indivisión de bienes gananciales no hay dentro del Código Civil ninguna otra comunidad de bienes que «pueda tener carácter indefinido en cuanto a su duración» (1). Este criterio es compartido por la generalidad de nuestros civilistas, y responde ciertamente a una realidad de nuestro Ordenamiento jurídico, siquiera la práctica nos demuestre una comunidad de bienes que viene desarrollándose con bastante frecuencia e intensidad, que al margen de dicho Ordenamiento muestra de forma muy acusada el carácter «indefinido» que DE BUEN atribuía a la indivisión de bienes gananciales.

Existe en nuestra patria una comunidad de bienes, muy generalizada por cierto, sobre todo en zonas rurales, en que la indivisión en cierto modo es consubstancial con ella; nos referimos a lo que quizás con cierta impropiedad denominaremos, en aras de

(*) Este trabajo lo dedico al profesor SANCHO IZQUIERDO, e integrará el Libro-Homenaje dedicado al mismo.

(1) Notas al Colin y H. Capitant, tomo 2, vol. II. Edit. Reus, 1923, pág. 690.

la claridad, *comunidades de origen comunal o vecinal*, que se constituyeron, como luego veremos, al desarrollarse la legislación desamortizadora para evitar los estragos que se hubiesen producido, especialmente en las zonas montañosas, con una economía agraria *sui generis* reforzada por el recrio de ganado.

Ofrece un indudable interés práctico la investigación y el estudio de este problema, máxime en el momento presente, en el que, debilitado el sentimiento social y comunitario, se provocan conflictos que por falta de norma especial tienen difícil solución. Como, por otra parte se habla insistente de nueva reforma del Código Civil, hemos creído oportuno traer a la consideración de los doctos este problema, que consideramos de indudable interés.

COLIN y H. CAPITANT distinguen la copropiedad con indivisión forzosa, refiriéndose a ciertos casos, «en que está impuesta por un *estado de hecho* que la hace inevitable, o por la convención formal entre copropietarios que se justifique igualmente por la *necesidad*. Algunas veces no es la *necesidad*, sino una utilidad casi equivalente a la necesidad lo que justifica la perpetuidad de la indivisión» (2).

JOSSEURAND sostiene que hay bienes que por su naturaleza o destino repugnan a la idea de repartición; su signo es permanecer indivisos, hay indivisión forzosa y por consiguiente *indivisión perpetua* (3).

Están destinadas a una indivisión perpetua las cosas afectadas a título de *accesorios indispensables*, al uso común de dos o varios inmuebles que pertenezcan a propietarios diferentes; esta afectación las condena a una indivisión forzosa, fuera de la cual no podrán llenar la misión que les está confiada por una convención o por una situación de hecho, verbigracia: patios, alcantarillas, pozos destinados al uso de varios inmuebles.

(2) *Curso elemental de Derecho civil*, trad. «Rev. Gral. de Legislación», Madrid, 1923, tomo II, vol. II, pág. 570.

(3) *Derecho Civil* (revisado por A. Brun), trad. Cuchillos, Buenos Aires; tomo I, vol. III, pág. 339. También RUGGIERO estima que aun cuando el pacto de indivisión es mirado desfavorablemente por la ley, que lo considera nulo, «hay casos en los cuales el destino de las cosas, según su naturaleza, no tolera la división, y en tales casos se habla de una *comunidad forzosa*». *Instituciones de Derecho Civil*, trad. SERRANO SÚÑER y SANTA CRUZ. Madrid, 1945, vol. I, pág. 579.

Estas divisiones a que se refieren los tratadistas franceses, consideradas también por algunos de nuestros civilistas, se refieren a cosas accesorias, que PELAYO HORE denomina *comunidad social o especial*, con el fin de que permitan el mantenimiento de su integridad de las diversas propiedades concurrentes, que modernamente tienen especial aplicación aun en las grandes ciudades, con las llamadas calles particulares, como desde muy antiguo viene ocurriendo en las zonas rurales con los llamados «caminos de propiedades», balsas, cubiertos, etc.

En la comunidad de origen vecinal a que vamos a referirnos la indivisión indefinida o perpetua se refiere a la cosa principal, al propio predio. Indivisión que deriva no ya de una mera situación de hecho, sino como característica esencial de ella. Indefinida fué su duración en el estado de derecho inmediatamente anterior, pues como seguidamente veremos, hasta la promulgación de las leyes desamortizadoras la legislación administrativa que regulaba la propiedad de las Corporaciones municipales, por el carácter permanente de éstas, titulares del derecho dominical de estos bienes, determinaba que los aprovechamientos de éstos se efectuasen con carácter indefinido dentro de los ciclos a que la propia legislación administrativa sometía el disfrute y aprovechamiento de tales bienes.

Mientras estos bienes integraron los patrimonios de las Corporaciones municipales, la legislación administrativa nos ofrecía lo que llamaba PLANIOL «una copropiedad organizada», con un titular único como propietario, siendo llamados al disfrute y aprovechamiento de dichos bienes todos y cada uno de los vecinos del lugar en los que concurriesen las circunstancias que la propia ley o, más concretamente, la Ordenanza, estableciese en cada caso. Su regulación se hacía por las normas del Derecho Administrativo vigente, que en muchos casos refrendaron normas de carácter consuetudinario que han seguido vigentes cuando, realizada la enajenación de estos bienes, pasaron del ámbito público de la regulación administrativa a la situación de Derecho privado, integrante de los Patrimonios particulares para ser regidas por las normas de Derecho Civil.

Han tenido que subsistir y mantenerse esas normas de Derecho consuetudinario, entre otras razones porque, como con acierto dijo

FALCÓN, no existían en nuestros Códigos históricos «preceptos claros y concretos que determinasen con precisión los derechos que asisten a los condueños de una cosa poseída en comunidad.»

La forma precipitada en que se aplicó la legislación desamortizadora motivó, como luego veremos, esta especial comunidad de bienes, ya que el legislador español, en su afán de llevar a efecto una reforma más política que económica, olvidó que, como dijera COSTA, coincidiendo con el gran economista alemán WAGNER, la mejor forma de utilizar los bienes del Estado y de las Corporaciones hubiera sido darlos en enajenación a los cultivadores, «no tanto por las ventajas económicas que esto ofrece, sino como medida de sana política social».

II

ANTECEDENTES DE ORDEN POLITICO Y SOCIAL

Brevemente examinaremos algunos antecedentes que conviene tener presentes para conocer la evolución realizada en orden a la transformación de las grandes propiedades inmobiliarias que procedentes de los Municipios se transformaron en estos condonominios.

Prescindiremos de recoger los mil incidentes de tipo político que desde principios del pasado siglo se suscitaron encubriendo unas veces irregularidades más o menos escandalosas en orden a la gestión de estos Patrimonios comunales, o apresurando la enajenación de algunos de éstos ante la situación de verdadera penuria por que atravesaban las Corporaciones propietarias de estos patrimonios.

JOVELLANOS, en su notabilísimo *Informe sobre la Ley Agraria*, señalaba como una de las causas del atraso de la agricultura nacional, los baldíos y tierras concejiles que con tanto exceso existían, por lo que propugnaba por su transformación en propiedad particular, utilizando los medios más adecuados para ello, atendidas las circunstancia de las provincias y de los pueblos (4). Con

(4) Si el interés individual es el primer instrumento de la prosperidad de la Agricultura, sin duda que ninguna leyes serán más contrarias a los principios de la sociedad que aquellas que en vez de multiplicar han disminuido

buen sentido, JOVELLANOS quería que esta operación se efectuase no con un criterio uniforme, que hubiese sido funesto, dada la fecunda variedad que ofrecían los Municipios españoles, y, sobre todo, teniendo en cuenta la diversidad que ofrecían sus economías o lo que más tarde se llamó las Haciendas locales.

Es innecesario detenernos a considerar el ascendiente que alcanzó JOVELLANOS en su época y muy especialmente en los primeros años del siglo pasado reforzadas sus posiciones en las Cortes de Cádiz y con los exilados que retornaron de Francia al instaurarse el régimen constitucional, motivando todo ello una abundante literatura influenciada por el espíritu revolucionario, claramente hostil a la propiedad colectiva, a los gremios y a las Corporaciones. Esta corriente, fruto de muchos siglos de preparación, como dice ALTAMIRA, llega a su grado álgido en la esfera política con los revolucionarios franceses y culmina en su afán destrutivo de las personas sociales y de su propiedad con el peligro de una excesiva división de los bienes deseada en cierto modo en momentos de exaltación del individuo.

La Reina Gobernadora, el 24 de agosto de 1834 dicta una Real Orden autorizando a los Ayuntamientos para enajenar sus bienes raíces en venta real o acenso. Era una mera autorización y la verdad es que fueron pocos los bienes de propios que se enajenaron.

Hasta 1854 se había respetado en cierto modo el dominio de los Municipios, pues si muchos de sus bienes se habían repartido y enajenado, se había hecho generalmente, procurando distribuirlos de forma que quedaran en poder de los vecinos o comuneros miembros de la municipalidad. Cuando al fin se decide el legislador a convertir en forzosas las enajenaciones hasta entonces voluntarias, fué, según CÁRDENAS, después de la revolución de 1854,

este interés, disminuyendo la cantidad de propiedad individual y el número de propietarios particulares.

.. Estas reflexiones bastan para demostrar a V. A. la necesidad de acordar la enajenación de todos los baldíos del Reino.

La sociedad cree que en la ejecución de esta providencia ninguna regla general será acertada: que a ella debe preceder el examen conveniente para acomodarla, no sólo a cada provincia, sino también a cada territorio: *Informe de la Sociedad Económica de Madrid, al Real y Supremo Consejo de Castilla, en el expediente de la Ley Agraria extendido por su Individuo de Número, el señor don Gaspar Melchor de Jovellanos*. Madrid, 1834. imprenta de don José Palacios, pág. 33.

«época de gran penuria en la Hacienda y de pretensiones exageradas en cuanto a la desamortización de la propiedad» (5).

Triunfante la revolución, MENDIZÁBAL acomete con gran impetu la reforma desamortizadora en los términos que seguidamente examinaremos y se procede a las enajenaciones de los bienes raíces de los entes locales, y es entonces cuando se provoca un estado de alarma que fué en aumento a medida que iban siendo enajenadas las grandes fincas que fueron de los Municipios para engrosar los patrimonios individuales de los aventajados rematantes de las subastas convocadas al efecto. Fué una obsesión revolucionaria llegar a la parcelación de estas tierras; una parcela o dos para cada vecino, como protesta por los desarreglos o abusos que los mayores propietarios cometían, nada en común, sino parcelas individuales, bandera política renovada en los períodos revolucionarios.

Uno de los más estupendos efectos de la Ley de 1855, según don RAFAEL ALTAMIRA, que en cierto modo impresionó a los propios desamortizadores, fué el encontrarse con algún pueblo donde la aplicación de la ley suponía la reducción a la miseria absoluta de todos los vecinos, porque no existía un palmo de propiedad rústica que fuese individual (6).

Llegó a plantearse incluso el problema de los derechos del vecindario que venía cultivando las tierras enajenadas, si ello era un usufructo, o si constituía un derecho especialísimo que el Ordenamiento jurídico otorgaba a esos cultivadores que año tras año habían transformado aquellas tierras, unas veces de pobre contenido agronómico, pero que gracias a su esfuerzo creador se habían convertido en terrenos de primera calidad. Ello motivó una gran controversia que llegó a preocupar a los hombres de Gobierno de aquella época. Concretamente, refiere el señor Pella su actuación profesional contra los compradores de tierras vendidas por las leyes desamortizadoras con escrituras que, siendo formal-

(5) *Ensayo sobre la Historia de la Propiedad territorial en España*, II, página 198. Según el propio CÁRDENAS, se justificaron estas ventas, alegando: a) que el Gobierno puede cambiar cuando lo tenga a bien la forma de la propiedad colectiva; b) que la Corona había dispuesto siempre que los bienes de los pueblos, y c) que la mala administración de estos bienes era en Derecho causa bastante para que el Gobierno los enajenara.

(6) *La propiedad comunal y la legislación contemporánea*, en «Rev. General de Legislación y Jurisprudencia», tomo 75.

mente inatacables, hubo de reivindicar los aprovechamientos que, como usufructuario de dichos predios, los vecindarios de los pueblos de Ampurdán le encomendaban, por cuanto los compradores quedaban como meros nudo propietarios, en tanto no indemnizasen de sus mejoras y transformaciones efectuadas a dichos vecinos. Fué entonces cuando se intentó contener estos desplazamientos de los vecindarios campesinos, sin que ello tuviera el éxito apetecido.

Si la reforma se hubiese efectuado paulatinamente, hubiese podido hacer compatibles estos anhelos de los cultivadores de estas tierras con el afán de sustraer de las manos muertas tan extensos patrimonios. Pero la obra desamortizadora no se detuvo. Hubo cierta prisa, como si se temiera que con los cambios de Gobiernos se hubiese podido detener la reforma en que se adelantasen estas enajenaciones que, como decimos anteriormente, tanto quebranto causó en las economías de los cultivadores de la tierra.

Este fenómeno se repite siempre que se aborda una reforma tan honda y trascendental como bandera política de un sector que logra asumir la función de gobierno, empeñado en vencer todas las resistencias que la situación existente ofrece al intento de reforma.

La preocupación política pudo más que la de tipo económico-sociológico, sin parar a considerar la fórmula jurídica que hubiese atenuado los desastres que habían de derivar de una reforma tan precipitada que se lleva a efecto con una total ausencia de los principios más elementales de la economía política y social e incluso de la particularidad que cada Municipio español ofrecía, tanto en lo que afecta a la potencia económica del mismo como en relación a las peculiaridades que cada pueblo ofrecía. Faltó una visión de conjunto para que fria y serenamente se hubiera podido llevar a efecto la reforma con un sentido nacional que hubiese salvado el espíritu social tan acusado, especialmente en los Municipios de zonas montañosas, en los que con tanto celo se cuidaba de que el campesino tuviese asegurado la parcela que cultivaron sus mayores y que por derecho de vecindad pretendían perpetuar para si y sus descendientes (7).

La propiedad communal o colectiva es un fenómeno de todos los

(7) Vide JOVELLANOS, lugar citado.

pueblos y de todos los tiempos, y, como dice GARCÍA-GRANERO, ni siquiera han podido acabar con ello las exageraciones individualistas del Derecho romano y del liberalismo jurídico.

En nuestra patria los Fueros municipales ofrecen un régimen de propiedad comunal bastante generalizado y con diversidad de tipos. Muchas de estas Instituciones fueron objeto de regulación en Ordenanzas municipales que han mantenido su vigencia hasta nuestros días, si bien estas normas perdieron virtualidad cuando los bienes raíces, tanto comunales como de propios, a virtud de las enajenaciones decretadas por la legislación desamortizadora, pasaron a propiedad particular (8).

La manifestación más espléndida de propiedad colectiva, aparte de lo que se refiere a aprovechamientos hidráulicos, es sin duda la que se refiere a los aprovechamientos de pastos y leñas que tantas alabanzas merecieron de juristas y sociólogos.

En el *Libro de los Alcaldes y Ayuntamientos*, de ORTIZ DE ZÚÑIGA, en 1841, se aborda el problema de las tierras de Propios que entiende deben enajenarse para que pasen a la clase de propiedad particular, pero mientras no se consigue la enajenación total de dichas tierras, «están vigentes las leyes que previenen se distribuyan entre los vecinos de cada pueblo para su labor, y encargados los Ayuntamientos en hacer estos repartos bajo la inspección de la Diputación respectiva». Añade que se efectúan la senara, o tierra de Concejo en los pueblos donde se cultive o conviniere cultivarlas de vecinal, los demás terrenos de propios, arbitrios y concejiles, labrantios de los mismos, que no estén repartidos deben dis-

(8) Disfrutaban los pueblos ciertos bienes llamados *comunes*, cuyo aprovechamiento era de todos los vecinos, y en esos terrenos tenían sus ganados y usaban de las leñas de los mismos con otros derechos: retirar materiales de construcción, arcilla para tejas, etc., que sobre ellos disfrutaban, sin más limitación que la de no estorbar iguales facultades a sus comuneros, a quienes pertenecía en común el terreno.

Esto sucedía antes; pero hoy los labradores pobres no tienen medios de mantener sus ganados, sino costándoles el dinero, su manutención todo el año. Los infelices que necesitan leña en los días crudos de invierno, no tienen donde cortarla, sin que al verificarlo atenten contra el derecho de propiedad, y se castigue, como comúnmente sucede, por el delito de haber tomado un haz de leña, para no morirse de frío ellos y sus familias, según escribía J. Ignacio Beyens, en el trabajo que publicó en la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», tomo XXXIV, con el título *¿Ha producido en España la desamortización los beneficiosos resultados que el Estado se propusiera al realizarlo?*, pág. 63.

tribuirse entre vecinos seglares. Para ello son preferibles, en primer lugar, los labradores de una, dos o tres yuntas, que no tengan tierras bastantes para ocupar aquéllas, siendo propias; dividiéndose en suertes de ocho fanegas y dándose por cada yunta una suerte: en segundo lugar, los braceros, jornaleros y senareros, que son todos los peones acostumbrados a cavar y a las demás labores del campo, a los cuales, pidiéndolo, se les debe repartir una suerte de tres fanegas en el sitio o paraje menos distante del pueblo; con la misma condición de que, dejando de cultivarlas o no pagando un año el canon que se le fije, pierdan el derecho a su disfrute. En esta clase no se comprende los pastores, los artesanos ni los menestrales, como no tengan yunta propia de labor, en cuyo caso deben ser incluidos en el repartimiento como labradores de una yunta. De esta forma queda fielmente reflejada, en breve síntesis de la Ordenación jurídica entonces imperante, la forma tan beneficiosa en que los vecindarios respectivos venían aprovechando estos predios, base de sustentación de tanto modesto campesino, cuyas posibilidades económicas quedaron muy mermadas al procederse a la venta de tales patrimonios (9).

La Ley de 1.^o de mayo de 1855 declaró desamortizados y en estado de venta los bienes de propios, con objeto de que pasaran al dominio particular, poniendo a disposición de los Ayuntamientos, hecha deducción de un 20 por 100, el precio de la venta en forma de inscripción intransferible de la Deuda, para de esta manera asegurar en los presupuestos municipales un ingreso equivalente a la renta de los bienes de propios que se enajenaban, cuyo

(9) Según el capítulo 69 de la Instrucción de Corregidores y la Orden de 6 de noviembre de 1826, las dehesas de Propios destinadas a pastos y al aprovechamiento de la bellota, deben también distribuirse en la parte posible entre los vecinos ganaderos que quisieren aprovechar las hierbas o frutos con sus ganados. Para ello, el Ayuntamiento debe elegir tasadores y repartidores de probidad e inteligencia, que en las épocas oportunas hagan la tasación, y publicarla por término de quince días, para que acudan los interesados a instruirse de los precios y a pedir los pastos o bellotas que necesiten para el sustento de las cabezas o rebaños que tuvieren, haciendo efecto una regulación equitativa y si no hubiere lo suficiente para la manutención de todos, se les debe acomodar proporcionalmente, y de manera que todos los criadores queden socorridos, sin dejarse de atender a los de menor número, que no puedan buscar dehesas en términos extraños. En cuanto fuere posible, debe también guardarse a los ganaderos la costumbre que hayan tenido de acomodar sus reses en los terrenos concedidos en los anteriores repartimientos, hasta que aquella porción que les corresponda en calidad y cantidad, con proporción a las necesidades de los demás ganaderos.

valor se cifraba en el precio de remate alcanzado en esa gran almoneda inmobiliaria que por ministerio de la ley se organizó.

Las consecuencias de esta reforma fueron desastrosas por la torpe forma en que se efectuó la enajenación, con una total ausencia de sentido económico y social, a impulsos de una concepción rigidamente individualista, que, por un contagio de afrancesamiento decadente, inspiró la obra de MENDIZÁBAL y sus seguidores. Cientos y cientos de Municipios rurales sufrieron los desastres de una política que empobreció y redujo a la miseria a esos pueblos y a la vez a sus vecindarios, a quienes torpemente se les arrebató el patrimonio comunal, en provecho exclusivo de los especuladores, a quienes fué fácil enriquecerse adquiriéndolos por pequeños desembolsos que durante unos años iban a ingresar en el Tesoro con sólo detraer una parte de los pingües ingresos que les proporcionaban los bienes comprados en circunstancias harto ventajosas. Hubo fincas que se pagaron con una corta de leña.

Ni siquiera tuvieron presente los que decretaron la desamortización ni tampoco sus celosos continuadores, la ley de la demanda y de la oferta. Ni una sola consideración para una legión de pueblos españoles que vivían con relativa holgura gracias a esos bienes inmuebles. En unas cuantas décadas se ofrecen en venta extensiones de terreno que, en su mayor parte, se adquirieron alegramente, pues aun cuando por imperativo de la ley estas enajenaciones se efectuaban en subasta pública, no supieron evitar la venalidad, la confabulación de posibles licitadores, incluso por los propios Organos encargados de llevar a efecto estas ventajas, haciendo posible que aquellas tierras que años tras años habían venido cultivando en condiciones ventajosísimas los vecinos de los Municipios rurales, pasaran seguidamente a integrar los patrimonios privados de los compradores. Faltó tiempo a éstos, con una titularidad perfecta, para sentirse propietarios con la plenitud de derechos que el Código Civil les otorgaba. De esta manera se empobrecieron estos Municipios, que perdieron su principal fuente de ingresos que suplieron con arbitrios y elevados repartimientos, determinando ello una creciente emigración de sus vecindarios, condenados a una situación de miseria; aquellos hombres apegados al terruño donde nacieron, que por derecho de vecindad con una vinculación de condóminos venían trabajando aquellas tierras, fue-

ron desposeídos de esta situación, y si quisieron seguir cultivándola, no tuvieron más remedio que someterse a las condiciones más o menos leoninas de un arrendamiento sumamente ventajoso para los improvisados propietarios a quienes les fueron adjudicadas estas fincas.

Ello provocó, además del desastre económico, una desazón creciente en aquella población campesina que no se avenía a comprender cómo ya no podían cultivar aquellas tierras que fecundaron tantos años con su sudor, que no podían retirar leña de ellas para calentarse en los largos inviernos, ni enviar sus ganados domésticos al monte como años y años habían hecho sus antepasados.

Los teóricos quisieron justificar la desamortización diciendo que no implicaba otra cosa que un mero cambio en la forma de la propiedad; la realidad fué desgraciadamente otra, pues si para la Corporación local, propietaria del predio enajenado, supuso realmente una mera mutación del contenido económico de su patrimonio, para los vecinos fué, como antes decimos, un auténtico despojo, una degradación plena, perdiendo el disfrute que, como vecinos, efectuaban en condiciones ventajosísimas, para convertirse en unos arrendatarios, pura y simplemente, sometidos a todos los rigores que el Código Civil permitía y que en ocasiones fueron desbordados por la codicia y ambición de los adquirentes de dichos bienes.

La desamortización se llevó a efecto a impulso de ideas políticas, sin la más pequeña reflexión o consideración de tipo económico. No hubo la más pequeña previsión para escalonar el proceso de enajenación de estos patrimonios, de forma que hubieran podido lograr precios remuneradores y asegurar a esa legión de campesinos, al menos para largo tiempo, una auténtica tutela que les permitiese seguir en el cultivo de esas tierras, con seguridad en sus derechos al disfrute de las mismas en condiciones menos onerosas o sencillamente evitando que, como en algunos casos ocurrió, el comprador de esas fincas, convirtiéndose en explotador directo, desplazase de aquellas tierras a todos, absolutamente a todos los vecinos. No hubo el cuidado de prever un futuro de revalorización de la tierra con la consiguiente depreciación del nominal de aquellos títulos de la deuda, y por eso hoy los pueblos que aún tienen

memoria contemplan *resentidos*, cuando no indignados, cómo el monte o la dehesa qué fué del pueblo, se vendió por 100, de la que sólo ingresaron en arcas 80, mientras que el predio ha alcanzado valores que en ocasiones excedieron del millón.

No es cosa de traer aquí la apasionada polémica que suscitó esta reforma, pero no rehuimos el consignar las juiciosas reflexiones que en la discusión parlamentaria formuló el Diputado extremeño señor BUENO, quien afirmaba que en Extremadura había bienes de Propios de dos clases: «dehesas para los ganaderos, que pagan una renta módica por los gastos, y tierras de labor, destinadas a lotes de labranza, las cuales no se arriendan en pública subasta, sino que son repartidas todos los años por los Ayuntamientos a jornaleros y labradores pobres, quienes gracias a eso obtienen un fundo anual en que emplear sus brazos y mantener a sus familias, pagando una corta retribución o canon»; y añadía, abogando por mantener el *statu quo*, «trabajan ese fundo como propio, haciendo suyo el producto integro de su trabajo, lo cual no sucederá si se enajenan esos bienes, porque los pobres que ahora los disfrutan y usufructúan a virtud del reparto anual que se hace, no han de poder comprarlo, los capitalistas a cuyas manos irán a parar, se aprovecharán del trabajo de esos infelices, se alzarán inmensas fortunas a expensas de los pueblos, nacerá una clase de ilotas y mendigos y se habrá dado vida a otro feudalismo como el medieval, que se da la explotación del hombre por el hombre (10).

Fueron inútiles tan razonados juicios, y en un ambiente de pasión política, difícil de explicar, se impuso la reforma desamortizadora. Las predicciones del Diputado extremeño se cumplieron con la secuela de súbito empobrecimiento, tanto de las entidades locales como de sus propios moradores.

Se vendieron las buenas fincas, no siempre correctamente, pues en buen número de casos actuaron agentes perfectamente organizados, leguleyos de horca y cuchillo que, alejando compradores, imponían remates de escándalo, con lucrativa ganancia para estos delincuentes en comandita con el favorecido con tan exiguo remate y daño consiguiente para las Cajas de las Corporaciones

(10) *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*. Sesión de 27 de marzo de 1855, núm. 116.

locales, privadas de un precio más remunerador. Los vecindarios de estos pueblos fueron degradados súbitamente, «de cultivadores directos» de aquellas tierras por título personal de vecindad, se convirtieron en colonos, en arrendatarios sometidos a contratos leoninos que el comprador les imponía y cuya onerosidad aumentaba progresivamente en las sucesivas prórrogas.

Hubo otras tierras, generalmente «de monte bajo» o extensas laderas en la zona montañosa, cuyas condiciones agronómicas no eran excelentes, cuyas tasaciones alcanzaban cifras irrisorias, pero en la que aquellos vecindarios, continuando con un régimen consuetudinario secular, enviaban sus ganados comunales, a la «dula», al rebaño «concejil»; en esos predios obtenían la leña necesaria para los largos inviernos, los materiales de construcción para el arreglo de sus viviendas o para modestos talleres de auténtica artesanía, como los alfareros, utensilios de labranza, de cocina, recolección de especias, etc., todo ello sin contraprestación dineraria alguna. Eran, en una palabra, estos predios, la base de sustentación de aquellos vecindarios.

III

COMO Y POR QUE SURGIO ESTA COMUNIDAD

Si todos estos predios los adquiere un logrero o sencillamente se incorporan al patrimonio privado de cualquier rematante, ello hubiera supuesto la muerte de aquella entidad vecinal, con la obligada emigración de aquellas familias que incrementaban los menguados recursos de sus «patrimonios», con las ventajas que les ofrecían la explotación de esos fundos colectivos, de esos terrenos donde alimentaban sus ganados, la yunta, el par de vacas y los restantes ganados domésticos.

En una etapa de técnica agrícola deficiente, rutinaria, las cosechas de estos campesinos eran insuficientes para su propia subsistencia. Necesitaban un refuerzo que precisamente lo obtenían con la explotación colectiva de estos predios concejiles propios de la municipalidad respectiva, donde alimentaban sus ganados, la yunta de labor, etc.

Pero la ley era inexorable, había que vender dichas fincas, ac-

tuaban sin descanso los que habian tomado a su cargo «la investigación» buscando premios y recompensas, y no habia medio de eludir la enajenación de los mismos en pública subasta. Las Corporaciones—era la consigna de aquel entonces—no podian tener bienes raices. El ambiente era tan hostil, que no habia modo de tener esta gran almoneda. Se crearon los Investigadores, con premio, para evitar ocultaciones. Se dió a la desamortización una finalidad fiscal, olvidando su fundamento económico y social. De ahi que esas tierras, que distribuïdas en «suertes», o en «lotes» que cultivaban estos vecinos, y que aprovechaban sus ganados, logrando los recursos necesarios para «el gasto de la casa», habian de ser vendidos irremisiblemente, para con el precio obtenido convertirlo en *láminas* cuya exigua renta habia de engrosar en muy escasa medida el presupuesto de ingresos municipales. Esas cantidades no pudieron invertirlas las Corporaciones en algo más lucrativo, la falta de escrupulo en general que demostraron los gestores de las Corporaciones locales, dió lugar a cuantiosas pérdidas, desapareciendo en algunos casos el total precio de los remates y el Estado impuso, como mal menor, que se invirtiese en láminas de la Deuda Pública, emitidas nominalmente a favor de la Corporación titular del predio enajenado.

Es entonces cuando generosamente se busca una solución que evite los desastres que hubieran sobrevenido si todos estos predios pasan al patrimonio privado de un rematante más o menos escrupuloso. Formalmente se cumplen las formalidades de la legislación desamortizadora. En su aspecto externo se acata la ley, pero se burla su alcance para llegar a una solución, sin interferencia de «esas manos muertas» que consientan a estos predios su utilización, su aprovechamiento colectivo, sin que pasen a las «manos vivas». Como tantas veces en la historia del Derecho, el pueblo se enfrenta con las construcciones más o menos rígidas del legislador, para buscar soluciones humanas en evitación de desastres verdaderamente agudos y perturbadores.

Asi surgen «los condominios» que llamamos de origen communal, precisamente para mantener la explotación colectiva de esas tierras con las mismas características de orden social y económico que tuvieron cuando fueron propiedad de los Municipios o de sus Agregados.

El cambio o mutación de dominio se efectúa sin que formalmente significase fraude de la ley, aunque en la realidad ello supuso una clara conculcación de sus principios, ya que sólo de esta manera se evitaba que esos vecindarios experimentasen un súbito empobrecimiento con la secuela inevitable de la emigración de éstos.

Estas fincas había que venderlas, pues así lo imponía la ley y lo imponía la política «progresista» entonces imperante, era realmente una exigencia del Ordenamiento jurídico que regía, avivado por esa pasión política tan exaltada y obcecada, que contagiada de un claro afrancesamiento vigilaba celosamente por la realización de toda la política desamortizadora que venía forzada, es obligado confesarlo, por la excesiva concentración e inmovilización de la propiedad rústica en nuestra patria.

Al efecto se anunciaba la subasta y, previo acuerdo del vecindario, acude al remate de estas fincas uno de los vecinos, generalmente el más caracterizado económicamente, y a su favor se otorga la escritura de remate, quien firma los «pagarés» en favor del Tesoro, y formaliza la hipoteca correspondiente. Dos días después ese rematante otorga escritura pública asociando al resto de los vecinos a la propiedad de ese predio que fué del Municipio, que le fué adjudicado en la subasta correspondiente. Así surgen estas Comunidades de tipo comunal y de esta manera se salva el espíritu social, el sentido de hermandad auténtica que caracterizó la explotación de estos predios regidos, en la generalidad de los casos, por normas consuetudinarias, o por Ordenanzas de claro sentido popular en las que se consignaban las reglas pertinentes para un buen régimen de explotación de estas tierras que, como antes decimos, eran la base de sustentación de esos entes locales y más concretamente de sus respectivos vecindarios.

Se establece en cierto modo un negocio fiduciario basado auténticamente en la confianza que a la generalidad de los vecinos le inspiraba la persona designada para que actuara como rematante. La figura del negocio fiduciario aparece dibujada en el número 3 del artículo 2.^º de la Ley Hipotecaria, al considerar inscribibles «los actos o contratos en cuya virtud se adjudique a alguno bienes inmuebles o Derechos reales, aunque sea con la obligación de transmitirlos a otros o de invertir su importe en objetos determinados». Ciertamente que no se consignaba tal obligación en estas

escrituras de remate, quedando como obligación subyacente legitimadora del acto de remate.

IV

CONDOMINIO DE TIPO ROMANO

Se configuró un condominio de tipo romano recogiendo las orientaciones consagradas por el Código de Napoleón, que tanto ascendiente tuvo sobre nuestros juristas del siglo XIX. Estos bienes pasaban del propietario único—el Municipio, la parroquia o el agregado—al propietario múltiple, los vecinos de la entidad local respectiva.

Surgen estos condominios por un acto de voluntad de los vecinos—cabezas de familia generalmente—, con facultad para contratar, acuerdan rescatar para ellos esos predios que, como antes decimos, constituyan la base de sustentación económica de la Comunidad vecinal; voluntad plasmada en el título de adquisición con todas las solemnidades de la práctica notarial; y surgen como medida licita, más que para burlar la ley, para evitar los quebrantos y daños que derivarían de su aplicación estricta. Lo impone un auténtico estado de necesidad; con ello se salvaba una situación angustiosa que necesariamente sobrevendría de la rígida y estricta aplicación de la ley, con cuyo espíritu pugna la solución arbitrada, ya que como acertadamente dijo Royo VILLANOVA, *El liberalismo revolucionario negaba la propiedad colectiva* (11).

La técnica notarial de mediados del pasado siglo, era demasiado simplista, y no había alcanzado la perfección extraordinaria que con gran brillantez logró en etapas sucesivas. De ahí que al configurar estas transmisiones lo hiciese con excesiva simplicidad y sin lograr una normativa lo suficientemente amplia para la regulación adecuada de estos condominios.

La fórmula se generalizó muchísimo, y en toda España se constituyeron gran número de condominios estructurados, conforme a los principios de Derecho romano. Es curioso advertir una diferen-

(11) *El problema de la Soberanía en la Constitución Española*, Valladolid, 1895, pág. 42.

cia notable en las escrituras otorgadas antes de la vigencia del Código Civil y las que lo fueron con posterioridad al mismo. Hemos podido recoger abundante material que permite poner de relieve esa diferenciación a que antes se aludía.

En varias escrituras otorgadas entre el año 1870 y 75 en la provincia de Huesca, en la de Lérida y de Salamanca, el rematante de estos bienes procedentes de la desamortización, la incorporación de los vecinos se efectúa mediante una fórmula asociativa, y por ella se hace la traslación de dominio del rematante único a sus vecinos. Por vía de ejemplo, transcribimos una cláusula que se repite constantemente en las escrituras de aquella época y que concretamente copiamos de la que otorgó en 2 de mayo de 1875 el Notario de Boltaña, que dice así:

«De su buen grado y cerciorados de su derecho, los adquirentes de la finca descrita admiten a la participación del derecho de dominio así útil como directo, en igual forma que los adquirentes lo consiguieron de las deslindadas fincas, por cuanto los prenombrados sus convecinos contribuyeron por partes iguales a satisfacer los plazos que vayan viniendo hasta su definitivo pago, así como en adelante a pagar las contribuciones y demás cargas que a las mismas impongan, y en su virtud desde ahora y para siempre, y mediante este contrato, consideran a los cesionarios como condueños de las deslindadas fincas y con los mismos derechos, y obligaciones que tienen los cedentes; y esta cesión se hacen no sólo para sí, sino también para sus habitantes derecho de tal manera que tanto cedentes como cesionarios puedan aprovecharse igualmente de los frutos, leñas y demás productos que den aquéllas, queriendo que para mejor armonía se comprometan y obliguen todos al cuidado y administración de estas fincas, con arreglo al arte de buen labrador, y como acostumbrado a hacerlo cuando eran o correspondían al común de vecinos.»

En todas estas escrituras, las anteriores al Código Civil, a falta de una regulación adecuada, se repiten fórmulas inconcretas en orden al régimen de estos condominios, invocando principalmente normas de tipo consuetudinario más o menos amplias, «queriendo que para mejor armonía se comprometan y obliguen todos al cuidado y administración de estas fincas con arreglo al arte de buen labrador y como acostumbraba a hacerlo cuando eran o correspon-

dian al común de vecinos». Es decir, que se mantienen las normas que regían cuando estos predios eran propiedad de las Corporaciones.

Por el contrario, en aquellas escrituras formalizadas después de la vigencia del Código Civil, en casi todas ellas se somete al nuevo condominio a las reglas contenidas en los artículos 392 al 406 del Código Civil. Escogemos como tipo de ellos una escritura otorgada precisamente en el año 1900, en la que dos de los rematantes de un monte que fué de un Agregado municipal, asocia al mismo los 19 vecinos restantes. En estas escrituras las cláusulas de estilo acusan una mayor perfección como puede deducirse de la que transcribimos seguidamente:

«1.º Considerando dividida la propiedad total del monte X en 21 partes iguales, los propietarios *pro-indiviso* del mismo, con aprobación de sus esposas, ceden y venden a cada uno de los otros 19 comparecientes una veinteava parte del citado monte, reservándose únicamente cada uno de ellos una veinteava parte del mismo.»

Tras fijar en la cláusula siguiente la aceptación de los adquientes y el precio convenido, en la cláusula 3.ª estipulan:

«Que el modo y forma de aprovechamiento, tanto en lo referente a pastos como al corte de leña y madera, se regularán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil, artículos 392 al 406, administrándose por medio de una Junta que se nombrará cada año en Junta general y que estará formada por cinco individuos escogidos entre los 21 participantes.»

Ya no hay duda que la configuración de estos condominios se somete al régimen regulado en el Código Civil calcado del que estableció el Código de Napoleón que, como dice JOSSERAD, fué heredado del Derecho romano. Se fracciona la titularidad de estas fincas en porciones ligadas entre si y se confiere a cada uno de los porcioneros el derecho de propiedad sobre esa fracción idealmente trazada, que en la práctica se traduce en la posibilidad de disfrutar y gozar de la cosa común conjuntamente con los demás dueños en la extensión que deriva de la cuota-parte atribuida a cada uno de ellos.

El derecho de propiedad se reparte, por así decirlo, entre varios partícipes, asignando a cada uno de éstos una cuota o fracción determinada que, como dice el art. 393 del Código Civil, de-

termina que, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a las respectivas cuotas.

El encuadramiento de estos condominios en las normas del Código Civil, no alcanzó nunca la necesaria armonía y equilibrio. Existía una incompatibilidad manifiesta entre la esencia característica de estos aprovechamientos colectivos con las normas rígidas del condominio heredado del Derecho romano con su derecho de indivisión, de enajenabilidad de las cuotas, etc., como luego veremos. Como antes decimos, se crearon estas copropiedades por un estado de necesidad, o al menos de utilidad evidente, en las que era nota esencial la perpetuidad en la indivisión.

V

VENTAJAS OBTENIDAS

De momento, las situaciones logradas mediante este sistema, ofrecieron indiscutibles ventajas. Viva en el ánimo de todos, la idea de solidaridad vecinal, se mantuvieron las prácticas que de antiguo regían en orden a la explotación de estos predios. De esta forma se aseguró el que esos vecindarios continuasen el cultivo y explotación de esas tierras, logrando los rendimientos que iban a completar su mermado patrimonio. Ello simplificó el régimen económico de una propiedad individual, manteniendo ventajas considerables al eliminar pasos, y los mil inconveniente que hoy corrige con indudable acierto y buen espíritu social el servicio de concentración parcelaria, pugnas entre vecinos si cada uno de ellos hubiera exigido la parcelación de dichos predios.

Además, evitaron que al adjudicarse estas tierras a un tercero hubiesen tenido que mendigar del mismo el contrato de arrendamiento de las parcelas correspondientes, conforme a las prescripciones del Código Civil, y en cambio se mantuvo la explotación homogénea tradicional, que realmente era compensatoria para aquellos vecinos que sin grandes dispelos aprovechaban el suelo y el vuelo de dichos predios.

Además, los servicios de guarderías se mantenían en su uni-

dad en beneficio de todos los condóminos sometidos así a la discreta vigilancia del guarda de todos, que contribuyó a contener inevitables abusos e incidencias entre vecinos, y tanto en el aprovechamiento de pastos como en el de leñas y demás recursos, se mantenía la nota de equidad y de proporcionalidad necesaria para que subsistiese la armonía entre aquellos vecinos, sin otro incremento que el derivado de las contribuciones que habían de satisfacer, como consecuencia de la incorporación de dichos predios al patrimonio privado, perdiendo las exenciones tributarias de que gozaban en su estado de propiedad comunal. Económicamente se mantuvo por entero el perfecto equilibrio que anteriormente ofrecieron estas tierras en orden a rendimientos para todos y cada uno de los moradores de aquellas entidades locales; en algunos casos desligados de la interferencia administrativa, se logró incluso incrementos estimables en los rendimientos de los mismos, con la natural satisfacción de los que integraban dicha Comunidad.

VI

INCONVENIENTES DEL NUEVO SISTEMA

Muchos y muy graves fueron los inconvenientes que ofreció el nuevo sistema.

Estos bienes de procedencia corporativa, al cambiar de propietario, cambiaron también del régimen legal y jurídico a que venían sometidos. Antes de su enajenación, su regulación era esencialmente administrativa, tanto en relación a su aprovechamiento como a la conservación y régimen económico de los mismos; en orden a la tributación, gozaban de una situación de claro privilegio, que permitía un mayor rendimiento para los usuarios de los mismos. Al pasar al patrimonio privado, salen de la órbita del derecho administrativo para someterse a las estrictas normas de derecho civil, y en orden a tributación pierden también la situación privilegiada para someterse al régimen común establecido sobre la Contribución territorial rústica y urbana.

Antes de la desamortización, estos bienes eran en cierto modo

lo que PLANIOL llama «una copropiedad organizada», y que otros autores lo han definido como un precedente de la moderna economía planificada.

Antes de la desamortización, las discordias que se suscitasen en la explotación de estos bienes las resolvía con fuerza ejecutiva su propietario, la Corporación municipal, en uso de la potestad correccional, quien a la vez sancionaba los excesos o abusos que pudieran cometerse por los usuarios de dichos predios.

Al pasar a la propiedad privada y surgir estos condominios, las contiendas que puedan suscitarse, han de dividirse conforme al procedimiento de la Ley de Enjuiciamiento Civil y ventilarse ante los Tribunales de la Jurisdicción ordinaria.

Bien es verdad que en la primera etapa tales inconvenientes apenas si se dejaron sentir, ya que el tránsito operado no tuvo repercusiones prácticas, puesto que aquellos condominios prolongaron y mantuvieron vivo el sistema consuetudinario o las normas que se contenían en la Ordenación administrativa que había venido aplicándose desde tiempo inmemorial creando una auténtica costumbre local. Es decir, que, no obstante la situación formal de condominio civil, en la realidad se mantenía el sistema de comunidad vecinal. Se cumplía el fenómeno tantas veces repetido en la Historia de que cuando los Poderes revolucionarios derogan instituciones enraizadas hondamente en la vida de los pueblos, dichas Instituciones perviven con todo su esplendor mucho tiempo después de haberse implantado el orden o la reforma decretada con pasión y apresuramiento por la Revolución.

Pero estos males fueron agrandándose a medida que pasaba el tiempo y desaparecían aquellos titulares que, avezados al régimen anterior, supieron mantenerlo con el mismo espíritu social. Surgieron nuevas generaciones, que ya no sentían los vínculos de la comunidad; por otra parte, el cambio de vida, tan acusado en ciertas zonas por un progreso de industrialización, estimuló la emigración de unos que afanosamente quisieron reintegrarse del valor de sus cuotas y participaciones, provocándose conflictos y desavenencias sumamente perturbadoras.

La regulación del Código Civil resultaba un molde demasiado estrecho para estas Instituciones de tan amplia base social como en la práctica ofrecía la propiedad comunal, en la que el maestro

CLEMENTE DE DIEGO descubría inequívocas huellas del condominio germánico (12).

Otro de los graves inconvenientes que aunque tardó en manifestarse ofrece indudable importancia, fué el confusionismo que ello creó, en la titularidad, pues lo corriente fué el que no se incluyesen en los documentos particionales estas cuotas indivisas que el causante tenía, y que a su defunción iban a motivar otra indivisión de ella en favor de sus herederos, llegando un momento en que se hacia difícil, por no decir imposible, el averiguar y conocer quiénes fuesen los legítimos titulares de ese condominio, que ha ido perpetuándose sin la posible delimitación de quienes sean los verdaderos titulares del mismo.

Ciertamente que ello no es extraño, pues como reconocía FALCÓN (13), «no existían en nuestros Códigos históricos, como no existieron en los Códigos romanos preceptos claros y completos que determinasen con precisión los derechos que asisten a los dueños de una cosa poseída en comunidad, ni reglas que fijasen la manera cómo habían de administrarse dichos bienes, originándose de aquí pleitos y reñidas cuestiones entre los comuneros».

La verdad es que, como antes decimos, el molde que ofrecía el articulado del Código Civil, era demasiado estrecho para encauzar y regular una Institución de tan amplia base social. En definitiva, nuestro Código Civil reprodujo en esto, como en tantos otros puntos, el articulado del Código napoleónico, «heredero del Derecho romano», que delimitó la noción de copropiedad, ligándola estrechamente con la concepción romana; según Josserand, «esta concepción rudimentaria es muy defectuosa; los jurisconsultos romanos, por otra parte tan expertos, no supieron construir la copropiedad sobre bases científicas y racionales, procediendo empíricamente, prefirieron dicha situación jurídica a la noción de la propiedad individual, lo que era un contrasentido, lo que los llevó, y llevó también a nuestro legislador, a la consagración de un régimen confuso hasta el punto de convertirse en inextricable».

Según el profesor francés, el progreso consistiría en liberar la copropiedad del concepto de la indivisión, en hacerla pasar por

(12) *Instituciones de Derecho Civil*, tomo I, pág. 476.

(13) *Código Civil Español*. Madrid, 1889, tomo II, pág. 74.

el molde de la propiedad colectiva; el sistema germánico de la propiedad en mano común, habrá de acabar con el sistema romano de la copropiedad indivisa; la concepción de una propiedad a la vez plural e individual, constituye una inelegancia jurídica (14).

Mas esta concepción no fué comprendida por nuestros juristas de mediados del pasado siglo, dominados por un espíritu de rígido individualismo y de un fervoroso acatamiento a los principios absolutos consagrados por la enciclopedia y la Revolución francesa. El propio FALCÓN, que planteaba el problema de la indivisión cuando examinaba la ausencia de normas en nuestra legislación en orden a la Administración de los bienes comunales, al cultivo de las fincas proindivisas, mejoras que en ellas podían realizarse, etcétera, etc., y argumentaba en los términos siguientes: Un coto redondo, que por su extensión y condiciones admite el cultivo en grande, dividido en cuatro, seis o veinte partes, es inservible para aquella clase de cultivos. Cada una de estas partes no soportaría el empleo de las máquinas... ni admitiría el mantenimiento de numerosos rebaños para la obtención de abonos naturales. ¿Habrá de decirse por eso que el coto es indivisible, porque la división en porciones le hace cada una de ellas o varias reunidas inservibles para el cultivo en grande a que estaba destinado?; y contesta: «No creamos que ése sea el espíritu de la ley, su objeto es siempre favorecer la libertad de los propietarios, autorizándole para romper toda ligadura que hace la suerte de su propiedad a la suerte de otras propiedades extrañas»; llegando, por todo ello, a la conclusión de que la ley, «con justísima razón, consagra el principio de que nadie puede ser obligado a continuar en una mancomunidad que rechaza».

Esta fué la posición generalmente aceptada en aquella época, sin tener en cuenta que quedaba vivo en la nueva organización el germen disolutivo, que es lo más contrario a la propiedad comunal, ya que, como dice el profesor LOIS ESTEVE, la comunidad

(14) El estado de Indivisión de la Propiedad—decía VALVERDE—requiere buena fe y armonía por parte de todos los comuneros, por consiguiente el único medio de defensa que puede tener uno de los participes que se considera perjudicado por los demás, es salirse de la comunidad. *Tratado de Derecho Civil Español*, tomo II, pág. 247.

de bienes es un estado singularmente inestable: la menor divergencia entre los copartícipes da lugar a la disolución (15).

VII

LA COMUNIDAD GERMANICA

Son muchos los autores, como hemos dicho, que señalan precedentes en nuestro derecho histórico, afines a la comunidad germánica. Aun siendo esto cierto, la realidad es que no alcanzó la generalidad deseada y no tuvo, por tanto, en el momento de la codificación civil, la plena aceptación, imponiéndose sobre ella en ese momento histórico la comunidad, conforme a la concepción del Derecho romano (16).

GARCÍA GRANERO ha estudiado con detalle las características de la comunidad germánica, coincidiendo en sus juicios con los criterios que sobre ello exponen los tratadistas alemanes más autorizados (17).

Como notas esenciales de la comunidad del Derecho germánico, se señalan las siguientes:

a) Los sujetos que disfrutan las partes colectivas suelen, por regla general, estar unidos por un *vínculo de carácter personal*. Los

(15) *La distinción de Condominio y Sociedad*, «Rev. de Legislación y Jurisprudencia», tomo 181. La sociedad, dice este autor, no es para tener alguna cosa en común, sino para hacer juntos algo. Los bienes sociales son un medio, pero las cosas comunes son un fin.

(16) La Base 10 de la Ley de 11 de mayo de 1888 dispuso que se mantuviera el concepto de la copropiedad con arreglo a los fundamentos capitales del derecho patrio, eran éstos los siguientes:

1.^o Declaración de que ningún condeño está obligado a permanecer en la comunidad, pues, por el contrario, puede pedir la división de la cosa comunera, o la venta de ésta y distribución del precio, si no fuera susceptible de fraccionarse sin perder su existencia.

2.^o Facultad de cada condominio para vender o enajenar su porción, suerte o participación; y

3.^o Obligación de todos ellos de contribuir proporcionalmente al pago de los gastos hechos en beneficio de la Compañía.

Dominó en la época codificadora el principio generalmente aceptado, aún en nuestros días, de que «la comunidad de bienes es origen funestísimo de dificultades y pleitos». Ya dijo la Ley de Partidas que, teniendo cada uno lo suyo «separadamente, lo alivia y aprovecha mejor», y por eso el Código Civil procuró facilitar la distribución de la cosa indivisa entre sus diversos dueños.

(17) *Cotitularidad y Comunidad*, REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO. Octubre de 1946.

titulares son ordinariamente todos o parte de los vecinos de un pueblo, están vinculados por una relación de vecindad. Es la primitiva comunidad del grupo familiar ampliada más tarde a todos los que proceden de un común linaje, si bien sea remoto, y viven en una misma idea o agrupación rural. De ahí que los individuos no son titulares por sí, sino de un modo mediato, o en relación de una condición jurídica previa: la del vecino. Son titulares de un derecho de pasto a favor de sus ganados, porque forman parte de un Municipio.

Nos encontramos ante lo que la doctrina ha llamado *derechos mediáticamente pertenecientes*, o con titular determinado de un modo mediato, y que CROME, no sin razón, ha calificado de derechos de Estado, ya que presuponen en el sujeto un concreto *status* o cualidad jurídica.

b) Por eso el número de titulares es indeterminado y variable. de tal forma que el disfrute o aprovechamiento se hace sin delimitación precisa, *faltando la idea de cuota*, al menos en el sentido romano del término, esto es, como porción fija perteneciente a un sujeto de modo exclusivo. No es posible fijar la cuota que a cada individuo corresponde, pues el derecho de los mismos se extiende a todas las cosas, hallándose limitado tan sólo por el concurso de todos los demás titulares, gozando cada comunero en la medida precisa para satisfacer sus necesidades.

c) Y esta ausencia de cuotas como porciones económicas, concretas y delimitadas, determina la *inalienabilidad* de los derechos que al comunero corresponden, lo cual, por otro lado, se compagina con el carácter personal del vínculo corporativo de vecindad.

d) Asimismo esta indisponibilidad de la participación que a cada comunero corresponde implica la *intransmisibilidad de la misma a sus herederos*. Como en la *gesammte Hand*, aquí no rigen las reglas de la sucesión *mortis causa*, sino normas especiales. Al morir un titular, su parte no pasa a sus herederos, sino que acrecen a los demás copartícipes, que lo ganaron, no por derecho de sucesión, sino por derecho propio.

e) El especial carácter de estos aprovechamientos y la función social que realizan (especialmente en comarcas pobres y montañosas), impone su *indivisibilidad*, o sea, la improcedencia del ejer-

cicio de la *actio communi dividundo*. Y esta regla, natural exigencia de la índole de dichas instituciones, se conserva todavía, según GARCÍA GRANERO, en las legislaciones forales, pero ha sido modificada por el Código Civil (art. 602), si bien, como claramente se deduce del precepto, con relación a bienes de propiedad particular tan solo.

En resumen, el condominio germánico, la *Gesammte Hand* o propiedad «en mano común» no admitió la existencia de cuotas partes ideales, que caracterizó a la copropiedad romana. El poder de disposición corresponde a todos y todos eran dueños *totaliter* de la cosa común.

Bien entendido que, como dice GARCÍA GRANERO, siguiendo a GIERKE, la *gesammte Hand* no excluye toda la cuota-parte, sino solamente aquella que determina la división en porción separada e independiente. La cuota-parte ha de existir en toda relación de cotitularidad, y la comunidad germana lo es. La cuota es una exigencia conceptual más bien institucional, de toda situación en que varios sujetos concurren con derechos rivales sobre una misma cosa. Lo que ocurre es que aun existiendo la cuota, tanto en la comunidad romana como en la propiedad mancomunada, en cada una de ellas tiene una significación y un alcance jurídico totalmente distinto. La cuota, en sentido romanístico del término, representa de antemano no sólo la medida del goce, que le corresponde, sino también la cuantía y medida del derecho mismo; la cuota romana es una porción fija y determinada del derecho principal, pertenece al comunero con carácter exclusivo, forma parte de su patrimonio privativo y, por ende, es susceptible de enajenación y transmisión.

La cuota en la comunidad germana significa tan sólo que su titular forma parte de ésta, que es copartícipe, pero sin atribuirle una porción, siquiera sea abstracta, del derecho común, ni ser tampoco un módulo o criterio determinativo de la medida o proporción en que ha de gozar de la cosa común, ya que el aprovechamiento se hace en forma colectiva e indeterminada.

Según HEDEMANN, la llamada propiedad en mano común está guiada por una idea totalmente diferente a la copropiedad apoyada en bases romanas, cual es la de «que todos los participes están *recíprocamente vinculados*». Precisamente por esto no se forman

aquí partes alícuotas friamente desligadas unas de otras, sin que cada uno participe en el todo, pero lo mismo está vinculado a ese todo y obligado a tener en consideración en todo momento a sus compañeros en la propiedad. Como es natural, esto entorpece su libertad personal de movimientos y hace que la propiedad en mano común sea menos apta para el tráfico que la copropiedad (18).

La figura de la comunidad en mano común engendra, considerada en su abstracta pureza, en opinión de HEDEMANN, las siguientes consecuencias:

- 1.^a Nadie puede *disponer libremente de su parte.*
- 2.^a Nadie puede exigir *libremente la división.*
- 3.^a La *administración ordinaria* es común en el más estricto sentido de la palabra, es decir, de forma que no hay régimen de mayoría, que para dar cualquier paso se necesita la unanimidad.

No hay duda que configurada así esta comunidad germánica, tiene indudables afinidades la institución surgida como remedio para evitar los desastrosos inconvenientes que derivaban de la incorporación al patrimonio privado estos bienes regulados por normas administrativas en orden a su explotación, normas que prolongaron su vigencia en la primera etapa de la constitución de estas comunidades vecinales.

VIII

JURISPRUDENCIA

La Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha sido muy escasa y sobre el tema que nos ocupa poco constructiva. Las pocas sentencias que se han dictado acusan pobreza, sin duda por el obligado reflejo con el planteamiento del asunto sometido a su

(18) *Tratado de Derecho Civil*. Versión DÍEZ PASTOR y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ. Edit. «Rev de Derecho Privado», volumen II, pág. 265.

Es, en suma, la mano común una copropiedad sin ideal división en cuotas, en la cual cada participe tiene un derecho parcial de goce, sin que le corresponda señorío alguno sobre parte determinada de la cosa ni real ni ideal en tanto dura la comunidad, según atinada observación de RUGGIERO. De lo cual se deriva que mientras en el condominió del Derecho romano corresponde a cada uno para la efectividad de sus cuotas la acción divisoria, en ésta falta tal acción, porque faltan también las cuotas.

decisión, como se comprueba con el estudio íntegro de dicha sentencia.

La sentencia de 5 de marzo de 1926 puso término al pleito iniciado ante el Juzgado de Piedrahita por un vecino que ejercitó la acción *communi dividundo*, apoyándose en la escritura de 16 de octubre de 1870, por la que los compradores de un monte de la nación determinaron hacer de ello 80 acciones pro-indivisas, de las que se reservaron una para si cada uno de ellos, vendiendo las restantes a otros tantos vecinos de Arevalillo, bajo las condiciones que especificaban, y que en lo que interesa a los fines de esta investigación eran las siguientes: a), nombrar una Junta directiva, inspectora y administradora, de cinco vecinos, uno de los cuales, por lo menos, sería de los vendedores, renovable cada dos años, con cuyos acuerdos referentes a aprovechamientos debían conformarse todos los participes presentes y futuros; b), obligarse, tanto vendedores y adquirentes, como sus hijos y sucesores, a no enajenar la parte correspondiente a cada uno ni el todo; teniendo derecho, si muriesen sus hijos, o cambiaseen de vecindad, a percibir en dinero el importe de la acción, que quedaría en beneficio de los demás coparticipes.

Los demandados se oponen a la demanda, alegando: que el actor venía desde mucho antes persiguiendo la división del monte, contra la opinión de la casi totalidad de los participes, quienes alcanzaron del Estatuto, y convencidos de que era un bien social y local el que no se dividiera, y además que reportaba incalculables beneficios a aquéllos, al pueblo de Arevalillo y a los terrenos inferiores a él, se habían opuesto siempre a esa pretendida división; que además dicho monte era jurídicamente indivisible, pues se aprovechaba comunalmente, participando equitativamente de él todos cuantos tenían derecho.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, cuya sentencia confirmó la Territorial, y formulado recurso de casación, el Tribunal Supremo lo desestima por las consideraciones siguientes:

a) Que el Código Civil subordina «el régimen y extensión de todos los derechos de la comunidad a la voluntad de los comunitarios, exteriorizada en el contrato fundamental del condominio y a

las disposiciones especiales que existan en relación con la propiedad de que se trate», y para suplir aquella voluntad omisa y en defecto de especiales disposiciones, se estará, según dispone el artículo 392, a lo dispuesto en el Código Civil.

b) Que invocándose el artículo 400 del Código Civil, «era preciso que el actor hubiera promovido reclamación encaminada a vencer la voluntad opuesta de los restantes comuneros, que, como vivían al amparo de aquel pacto, nacido bajo la legislación anterior, que no limitaba el tiempo durante el que los copartícipes venían obligados a permanecer en la comunidad, podían, conforme a dicho artículo 400, haber prorrogado por nueva convención el plazo de vigencia de aquel pacto».

c) Que era de esencia en las vinculaciones «que los bienes gravados estuviesen perpetuamente sometidos al dominio de una familia o entidad corporativa, con absoluta prohibición de enajenar», característica que no se da en la comunidad creada por aquella escritura, en la cual ejercitaban libremente su facultad de disponer del dominio de los montes, ajustando el sucesivo aprovechamiento de los mismos a las condiciones que tuvieran a bien estipular para que las reglas establecidas se observaran por los mismos y sus sucesores, mientras la ley o la voluntad contractual no privaran de eficacia el aludido acto».

Como atinadamente observa el profesor CASTÁN en el comentario que de esta sentencia hizo en la «Revista de Derecho Privado», nada se dice en la sentencia sobre los diversos problemas que suscitaba la litis, tales sobre si era válido o nulo en Derecho español anterior al Código el pacto de mantener indivisa la cosa común cuando no se fijaba el plazo para la duración de indivisión; si en el Código es nulo en todo caso el pacto de indivisión perpetua, y sobre todo si la figura objeto de controversia era la del condominio regulado por el Código Civil, o más bien constituía un caso de copropiedad germana o en mano común. Pero en el segundo de sus Considerandos se enfrenta nuestro Tribunal Supremo con tal problema, razonando en los términos siguientes:

Que la escritura de 1860 «no deja lugar a dudas que era fundamental en esta comunidad que el aprovechamiento de los dos montes se hiciera en común y exclusivamente por los mismos par-

ticipes y los derechos que de este pacto se derivan para todos y cada uno de los que lo estipularon y sus sucesores, uno de los que alega ser el actor, quedaron por el contrato fundamental subordinados a cuanto para el aprovechamiento comunal determinase la Junta directiva de renovación bienal y sin que mediante enajenaciones parciales se pudiera destruir este régimen comunal», siendo evidente que la acción que se ejercitaba destruiría el pacto de constitución de la comunidad. A juicio del señor CASTÁN, se trataba en el caso discutido de una forma de propiedad colectiva o comunidad de tipo germano.

Una sentencia interesante sobre este particular fué la dictada por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo el 22 de diciembre de 1926, desestimatoria del recurso de casación que promoviera el Abogado del Estado en pleito seguido ante el Juzgado de Padrón por varios vecinos de Linde reivindicando determinado monte que seguía en el catálogo como de la pertenencia de Hacienda.

El Tribunal Supremo reconoce la comunidad civil por cuanto el Tribunal, *a quo*, establece como hecho probado que los demandantes, lo mismo que sus antepasados, vienen poseyendo como vecinos del lugar de Linde desde tiempo inmemorial y, por consiguiente, desde hace más de treinta años, dicho monte, en concepto de dueños pro-indiviso, aprovechándole en común para la extracción de esquilmo, pastoreo, esparcimiento de ganado, secadero de ropa y otros usos domésticos, sin pagar renta ni otra merced a los propios del Municipio, por ser perteneciente al Foral de S., redimido al Estado por los vecinos de dicho lugar, quienes promovieron información testifical para suplir la falta de escritura de constitución del Foro, por lo que es preciso reconocer que el monte en cuestión era en un principio del dominio particular o privado de la comunidad de S., en concepto de aforante, consolidándose posteriormente el dominio pleno del mismo en los foreros vecinos de Linde en mérito de la redención del gravamen que obtuvieron del Estado después de haberse éste incautado de la pensión foral en virtud de las leyes desamortizadoras.

Declara esta sentencia que el hecho incontrovertible de individuación del monte de autos creó desde su principio relaciones jurídicas privadas de continuidad entre sus condóminos..., que esta en-

tidad colectiva es de índole civil y privada y no pública administrativa...

Que la circunstancia de hallarse inseparablemente unidas las cualidades de copropietario de tal monte y la de vecinos del lugar de Sinde en los demandantes, no responde a relaciones de carácter público, administrativo y municipal, sino de orden puramente civil y privado, derivadas tan sólo del nexo público consiguiente al hecho de la convivencia colectiva en el disfrute pro-indiviso del monte en cuestión.

Tiene dicha sentencia especial interés al diferenciar perfectamente la titularidad de derecho civil de orden privado, base y nervio de dicha comunidad, de la de carácter administrativo emanada de la relación de vecindad de dichos copropietarios, diferenciación que es fundamental para la verdadera caracterización de la comunidad en cuestión.

Descubre esta sentencia un peligro latente, acentuado en los tiempos actuales por la tendencia que se advierte en las Corporaciones locales de absorber estas situaciones en que el interés jurídico está diluido entre la generalidad del vecindario, sobre todo en situaciones en que no está suficientemente claro el origen y la naturaleza privada de la Institución. No siempre, como ocurrió en el caso de autos, se tuvo cuidado para anotar y cancelar debidamente las transformaciones operadas en ciertas situaciones jurídicas. Aquí los vecinos, como particulares, habían pagado el precio del predio, cuando siguieron proceso para la redención del Foro, cuyo precio percibió el propio Estado. La adquisición se efectúa por un título civil indiscutible, del que surgió la comunidad de bienes; pero se omitió cancelar en el catálogo de los montes de utilidad pública la asignación de pertenencia que a dicho monte se había dado al confeccionar dicho catálogo.

El fenómeno se repite con frecuencia, y unas veces es el celo indiscutible de los Ingenieros de Montes, que con el Catálogo a la vista pretenden reivindicar la pertenencia de montes para el Estado o las Corporaciones, o son éstas las que, conjugando con cierta libertad los preceptos de la Ley de Régimen Local en orden a las obligaciones de los Ayuntamientos para reivindicar en favor del patrimonio municipal dichos predios, o, como acontece en nuestros días, las Hermandades u organismos sindicales, que a la

vista de esa titularidad difusa en favor de los vecindarios, pretenden incorporar, a fines de colonización o de aprovechamiento colectivo, bienes que pertenecen a tales vecinos con carácter privado y particular.

Recientemente, el Supremo ha resuelto cuestiones de comunidad de pastos, leñas o productos forestales, limitándose a reconocer la existencia de comunidad de bienes, definida en el artículo 392 del Código Civil. Así, la de 5 de noviembre de 1956 aborda el problema de si la situación discutida era de comunidad, o más bien integraba el Derecho real de servidumbre, siendo la esencial diferencia que distingue a ambas instituciones la situación de copropiedad en que se hallan constituidos los comuneros en el primer caso, y la exclusiva propiedad del inmueble en una sola de las diferentes entidades. Esta doctrina la trae dicha sentencia de la de 6 de octubre de 1951, en la que se apuntan criterios diferenciales entre la comunidad propiamente dicha y la servidumbre, sin hacer consideración alguna en orden a la caracterización de esta comunidad existente entre la totalidad o la mayor parte de los vecinos.

La Dirección General de los Registros, con la pericia y buena técnica que caracteriza sus resoluciones, ha venido en distintas ocasiones abordando este problema, con las inevitables limitaciones que para el Centro directivo supone los términos en que se contiene la cuestión controvertida, sometida a su decisión. Y, ciertamente, hay que decir que con una gran pericia ha dibujado de forma impecable las características de la comunidad germánica como concepción antitética de la regulada en nuestro Código Civil, evitando que por un apego excesivamente servil a la letra de los preceptos del Código se consumasen verdaderas conjunciones de la ley.

La resolución de 8 de marzo de 1950 es quizá la que en este orden ha elaborado una perfecta definición de estas situaciones que tanto abundan en nuestra patria, y cuya reglamentación formal no llegó a vislumbrar la esencia de estas comunidades de origen comunal, cuya savia de colectividad va perdiéndose, y apenas si se mantiene nada de ello ya en nuestros días.

Se había promovido en el Juzgado de Primera Instancia de Burgo de Osma juicio declarativo de menor cuantía contra la

Junta administrativa del pueblo de Muñecas para rectificar la inscripción registral causada a virtud de la escritura que el comprador de unos terrenos baldíos adquiridos del Estado vendió a 85 convecinos más. La demanda se dirigió contra la Junta administrativa y el Juzgado dictó sentencia dando lugar a dicha demanda y ordenando se cancele la inscripción causada a virtud de la segunda escritura, «sin que pueda perjudicar al derecho anteriormente adquirido».

Presentado en el Registro testimonio de dicha sentencia firme, se deniega su inscripción a virtud de la siguiente nota: «Denegada la cancelación ... por constar la inscripción que trata de rectificarse, practicada a favor de don Domingo y 85 personas individuales más, sin que ninguna de ellas haya sido demandada para la oportuna rectificación, como exige el artículo 40.»

Interpuesto recurso, la Dirección confirma el auto apelado que había ratificado la nota registrada.

La Dirección General de los Registros razona en los siguientes términos:

a) Que las Juntas vecinales asumen la representación de las entidades locales menores, cuando se trata de la administración, gobierno y conservación «de su patrimonio y de los intereses o derechos peculiares y colectivos de los pueblos o privativos de las mismas, con plena capacidad jurídica, si el interés es general, puesto que normalmente los intereses individuales corresponden al ámbito del derecho civil.»

b) Que entre los bienes que integran el patrimonio municipal se encuentran los bienes comunales, de remoto origen e incierta naturaleza, que tienen como característica esencial la de que, de modo general y simultáneo, su disfrute y aprovechamiento corresponden exclusivamente a los vecinos del pueblo al que pertenezca el dominio, conforme a las bases 15 y 19 de la Ley de 17 de julio de 1945, por lo que es necesario inquirir si la finca adquirida en 1877 por determinados vecinos del pueblo de Muñecas debe comprenderse entre los bienes comunales o pertenece al dominio particular de los adquirentes.

Que dados los términos en que está redactada la escritura de compraventa, se desprende: que el vendedor transmitió la finca

no al pueblo, sino a una Sociedad formada por la mayor parte de los vecinos del mismo pueblo, que hubieran entregado determinada cuota del precio estipulado, quienes disfrutarían y aprovecharían los pastos y leñas y se beneficiarían del reparto de la teja fabricada con exclusión de los restantes vecinos; que en ninguna de sus cláusulas existe referencia a la Junta administrativa, y, por el contrario, los compradores se reservaron la facultad de designar la Junta que habría de dirigir los negocios de dicha Sociedad, desprovista de la más rudimentaria regulación, y por otra parte el precio fué satisfecho por la Sociedad y los «individuos que la componen» sin individualizar su respectiva aportación, circunstancias todas que impiden atribuir carácter communal a dichos terrenos.

Que en el Registro aparece la finca inscrita a favor de don Domingo y cinco personas más, cuya titularidad constituye una comunidad de tipo romano, y como además sería inadmisible reputar que forma parte del patrimonio de una persona jurídica, porque la Sociedad—a la que se refiere la escritura con evidente imprecisión—carece de personalidad jurídica, conforme al 1.669 del Código Civil, ya ha de regirse por las disposiciones del mismo Cuerpo legal relativas a la comunidad de bienes, lo cual si no priva a los condóminos de la personalidad que individualmente les corresponda, impide que la Junta vecinal, organismo representativo pueda representarlos.

Anteriormente la propia Dirección General, por resolución de 8 de julio de 1933, al resolver un recurso contra la nota denegatoria del Registrador de la Propiedad de Cáceres para la inscripción en el Registro Mercantil, la escritura por la que se transformaba en Sociedad Anónima una copropiedad consuetudinaria, diferenciaba ya con toda exactitud esta dualidad de tipo de copropiedad: considerando que la técnica civil moderna ha puntualizado la existencia de derechos sobre las cosas viene atribuida simultáneamente a dos o más sujetos: comunidad de tipo romano, en que parece inspirarse nuestro Código Civil, y, según el cual, la cosa corresponde por cuotas ideales a cada uno de los condóminos, quienes, además, pueden ejercitar en todo momento la acción de división; y la copropiedad de tipo germánico, según la que los condueños forman una colectividad a la que pertenece la cosa

o derecho, sin que corresponda a ninguno de los que integran aquélla, la propiedad de cuota real o ideal, ni la facultad de ejercitarse la *actio communi dividundo*.

En esta resolución la Dirección proclama «la dificultad de encarar la situación real en que se encuentran los derechos sobre la finca en cuestión», y añade, que ni la circunstancia de que la copropiedad de tipo germánico sea reconocida en nuestro Derecho en los casos de propiedad comunal entre otros, ni tampoco el carácter de subsidiaria que se reconoce en el Código Civil a las normas del tipo III del libro II, puede estimarse bastante para establecer la figura de la comunidad.

Todo ello pone bien claro la dificultad de configurar con acierto estas situaciones, que, como acertadamente aprecia GINÉS CÁNOVAS, se da con frecuencia, y que están reclamando, como decimos, una regulación adecuada que ponga término a esta confusión y facilite mediante normas claras y concretas un normal funcionamiento de estos entes (19). La realidad es que, como anteriormente hemos consignado, surgieron en la mayoría de los casos un tanto precipitadamente para evitar que con la aplicación de las leyes desamortizadoras estos vecindarios sufriesen el despojo de estos derechos quizá de escaso contenido económico, ya que afectaban principalmente a terrenos de escasa fecundidad, de condiciones agronómicas deficitarias, pero que eran indispensables y de absoluta necesidad para la subsistencia de la comunidad vecinal. No compartimos el criterio de los que sostienen que motivó la creación de estas comunidades el afán «de sustraer los bienes que disfrutaban a toda intervención administrativa».

No podía ser ésa la finalidad constitutiva, ya que tal situación le representaba positivas ventajas económicas, sino que lo que se pretendió fué evitar que al cesar esa intervención administrativa por imperativo de la legislación desamortizadora, esos predios pasaran al dominio privado de un rematante que en el ejercicio de los derechos dominicales que el Código Civil le atribuía excluyese a todo el vecindario del disfrute y aprovechamiento de esos bienes. Hubo necesidad de formalizar esta transformación con demasiada prisa en algunos casos impremeditadamente, y ello fué lo que,

(19) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, núms. 266-267.

a nuestro criterio, determinó esa deficiencia que aprecia y pone de relieve la Dirección General de los Registros en los títulos, en las escrituras, en las que al formalizar la cesión al vecindario, el rematante, en cierto modo un instrumento fiduciario, constituía esta comunidad que la deficiencia de técnica al redactar dichos instrumentos se remitían a las normas que sobre la comunidad de bienes se contenían en el Código Civil, produciéndose el hecho anómalo de que un aprovechamiento colectivo privado quedaba encajado en unas normas inadecuadas, cual las contenidas en el Código sobre la comunidad de bienes. Es decir, que una organización comunitaria de tipo germánico se vaciaba sobre un molde de tipo romano, notoriamente incompatible con la esencia y característica fundamental de aquélla, motivando en nuestros días, a medida que van atenuándose la idea de colectividad y el espíritu comunitario que los animó en la primera época, continuos incidentes y litigios, perturbadores de la paz entre los vecindarios con la consiguiente minoración en los rendimientos económicos de tales predios.

CONCLUSION

Urge, por tanto, estructurar el régimen jurídico adecuado para una perfecta regulación de estas comunidades. De esta forma se evitarían los graves inconvenientes que ofrece el hecho de aplicar una normativa inadecuada dificultando por otra parte las consecuencias beneficiosas que pudieran derivarse si esta Institución comunitaria de tan amplio sentido social pudiera desarrollarse dentro de un marco legal adecuado. Hay que evitar los graves inconvenientes que derivan de mantener como esencial el principio de la divisibilidad incondicional, que constituye en cierto modo un mito incompatible con la naturaleza y esencia de estas comunidades. Con razón advertía A. COMAS que la conclusión de la comunidad ha de depender, «como su origen, de la necesidad o innecesidad de su existencia, puesto que, aun cuando por la división deba terminar la comunidad y sea facultad privativa de todo participe provocar la división siempre que le convenga, no por esto deja de estar subordinada semejante facultad a las condiciones

especiales de la cosa, según su naturaleza y, por tanto, a la circunstancia de que sea o no divisible» (20).

Hay que ir a una regulación que recoja el sentido del derecho nacional, con las peculiaridades autóctonas mantenidas a través de instituciones consuetudinarias, y muy especialmente en Estatutos u Ordenanzas municipales que permitan su fecunda proyección en la realidad.

Hay que ir al tipo de comunidad por cuota en los casos en que predominen los intereses puramente individuales, con agilidad y garantía para la negociación de cuota, que podrá ejercitarse en cualquier momento y oportunidad, salvando siempre el derecho de los copartícipes, pero a la vez estructurar una comunidad según las directrices de tipo germánico con las peculiaridades propias del derecho patrio, cuando haya de prevalecer, según sostiene PUIG BRUTAU, «el interés comunitario como un grupo social, lo cual impide que se configuren cuotas negociables a favor de los comunitarios, y que éstos puedan ejercitar la acción de división al tener que predominar un interés superior al de cada individuo», sin perjuicio de autorizar su conversión o transformación cuando el interés social predominante lo aconseje en la forma que, con garantía para todos, se establezca (21).

CIRILO MARTÍN-RETORTILLO

Abogado del Estado

(20) *La revisión del Código Civil español* Parte especial. Madrid, 1902, pág. 134.

(21) *Fundamentos de Derecho Civil* Edit. Bosch, Barcelona, 1953, tomo III, pág. 267.

Teoría de la publicidad

Es arduo añadir algo nuevo a una materia jurídica tan elaborada como la de la publicidad. Los comentarios de los expositores, las declaraciones legales y jurisprudenciales y los perfiles que le ha añadido la práctica de funcionarios seleccionados con los más exigentes criterios, han dejado exhausto el tema para los que pretendan descubrir en su contorno alguna faceta inédita. La única pretensión del ensayista que anhele no ser reiterativo, ni traductor de monografías, ha de circunscribirse a una trayectoria inversa señalada por la excesiva especialización. Es decir, ha de elegir el camino de la simplificación, del retorno hacia los principios, tal como los brindaba, con tosca expresividad, su primigenia versión, demasiado retocada ya por la técnica para que no nos olvidemos con frecuencia de su pergeño original.

PUBLICIDAD Y CLANDESTINIDAD ESPECÍFICAS Y CONCEPTO GENÉRICO DE LA PUBLICIDAD.

Comenzaremos por decir que publicidad es réplica de clandestinidad. He empleado la palabra clandestinidad como más gráfica y expresiva, pues denuncia como ninguna otra el espíritu de oposición a la publicidad, y por eso en el campo de los valores específicos del lenguaje hipotecario ha sido manipulada por doctos

tratadistas al exponer el atrayente muestrario de los sistemas de la publicidad registral. Pero para alcanzar un sentido más sutil y conforme a las precisiones del lenguaje jurídico es necesario que la antinomia publicidad-clandestinidad sea analizada no sólo en el seno de las relaciones inmobiliarias, sino en la esfera superior del concepto del Derecho, hoy en crisis por la falta de principios substantivos que fertilicen sus esquemáticas construcciones. Tan vasta perspectiva nos permitirá observar las relaciones de la publicidad:

- 1.^o Con la libertad, a través de la visión kantiana del Derecho;
- 2.^o Con la tradición, asomándonos a los problemas de la crisis de la Ley y de la crisis del Derecho para detenernos luego en consideraciones: a) sobre el progreso y el estancamiento jurídicos; b) sobre las teorías voluntaristas y su liberación en los más dilatados espacios de la voluntad general; c) sobre el pensamiento de GONZÁLEZ POSADA y los felices atisbos de PUGLIATTI;
- 3.^o Con la filosofía, a través del examen del concepto de la personalidad, primordial y básico en todo estudio que trate de indagar un fundamento general a los derechos humanos;
- 4.^o Con la doctrina de los tratadistas, concretada a la explicación del fundamento de la protección posesoria y de la prescripción y
- 5.^o Con la política y los instrumentos de producción reflexiva de las normas.

Después de despejar todas estas incógnitas podremos entrar ya por camino llano y practicable a las estancias del Derecho inmobiliario registral en el que juega el concepto específico de la publicidad no como un solitario punto de apoyo de una especialidad, sino como una de las reiteradas manifestaciones históricas de la substantividad jurídica que otorga flexibilidad a la distinción entre el Derecho público y el privado, y puede, siguiendo la línea progresiva que nos mostró BESSON, rendir señalados servicios en las fases de más acusada penetración de aquél en las zonas que fueron patrimonio de la exclusiva competencia del privado.

A) *Relaciones del principio de la publicidad con la idea de la libertad, esencial, según KANT, a la noción del Derecho.*

Uno de los intentos más conseguidos de indagar los valores humanos del Derecho, emancipándolo de la triste servidumbre de las escuelas que lo circunscribían a la condición de ordenamiento emanado precisamente del que ejerce la autoridad—definición purgada por SANTO TOMÁS de muchos de sus defectos mediante la exigencia de racionalidad de la norma y de la intención de la cura en el legislador—, está representado por la equiparación kantiana del Derecho con la libertad.

La posición de KANT, sin embargo, es incompleta por abstracta. No puede negarse, como lo negó ROUSSEAU, que el sentimiento de la justicia es tan espontáneo a la naturaleza humana como pueda serlo la propensión al individualismo y aun a la egolatria, despertada con nuevas solicitudes por los dictados del culto a la personalidad derivados del paganismo humanista. Es más: es frecuente que las infracciones legales tengan un oscuro origen en un sentimiento de protesta y de rebeldía, desorbitado por la ruptura del equilibrio de los afectos, contra una injusticia, real o supuesta, anterior.

Pero la libertad, por si sola, es una noción tan abstracta, que lo mismo acoge la justicia que la injusticia, y para materializarla es necesario refundirla en versiones que la contengan dentro de la esencia finalista del Derecho.

No otra cosa pretendió ROUSSEAU con su *Contrato Social*, extraviándose al intentarlo, ya que imponer a cada ciudadano el sambenito de un contrato, inexistente por falta de asentimiento formal, es destruir la libertad con ácidos más corrosivos que los de una libertad individual—y como tal limitada—, encarnada en un rey absoluto.

En puridad, la incapacidad de la teoría del *Contrato Social*, para explicar de una manera satisfactoria la posibilidad de implantar el principio de la libertad en el orden del Derecho positivo, se deriva de la falta de modelación previa del concepto de la libertad; al que es necesario dar cuerpo y contornos para convertirlo en materia prima de la elaboración del Derecho.

El puente entre el Derecho y la libertad es la publicidad. La libertad sin la publicidad, es decir, sin la posibilidad de una proclamación que la haga compatible con la de los demás, es una nebulosa. La Ley sin esa dirección teleológica hacia la libertad acuñada por la publicidad, es simple emanación de la autoridad, individual o minoritaria, y conduce a la crisis del Derecho. En último término, puede decirse que genuinamente el Derecho es la publicidad. Al menos, ésta es una posición menos peligrosa para la esencial tradición histórica de la conciencia jurídica, de la que nace la idea de la Humanidad, que la que fragmenta el devenir histórico en nacionalidades contrapuestas y condensa los anales de cada nación en la biografía de unos cuantos personajes.

B) *Relación de la publicidad con la tradición jurídica.*

La conciencia jurídica exige para su unidad el sentido de la continuidad, es decir, la tradición. No existe la tradición en el Derecho cuando el derecho es emanación de una sola voluntad o de una determinada encarnación histórica de la autoridad. El Derecho que es fruto de esas situaciones exclusivistas se elabora en un círculo privado, secreto, inaccesible, contrario a las notas distintivas de la publicidad y de la equidad, que no pueden ser patrimonio de unos pocos, pues necesitan estar galvanizadas por la aquiescencia general. Pueblo y publicidad son dos factores concomitantes, y de ahí que el *consensu populi* sea el más público de los consentimientos.

La estatificación del Derecho en regímenes que por el aburgoesamiento jacobino de la Revolución han suplantado las Monarquías absolutas por la supremacía de los poderes ejecutivos del Estado, mucho más fuertes y despóticos, ha contribuido a situaciones de una grave inestabilidad social. Cuanto más acusada es la preponderancia del poder ejecutivo sobre el organismo social al que corresponde la producción normal y equilibrada de las normas de la conducta jurídica, mayor es el prurito, como es lógico, hacia una desordenada proliferación legislativa, que, por la ley inexorable que sigue al exceso de germinación, deprecia la calidad y el valor de las producciones. Este aluvión ha anquilosa-

do la estructura de los Estados; ha convertido en más punitivas las emulaciones entre los mandos de los diferentes países, sin que las corrientes de influencia reciproca, manifestadas en la rápida difusión y adopción de las novedades legislativas implantadas en uno de los miembros nacionales, por los demás, haya atenuado el sistema que acumulaba en muy pocas manos las facultades y hasta los inalienables deberes que incumbían a la masa social.

Contrasta la evolución de los grandes movimientos revolucionarios desencadenados para restituir las sociedades al natural equilibrio de sus atribuciones, en el continente europeo, si se la compara con el proceso observado por la revolución inglesa de CROMWELL, extremo éste al que nos referiremos al considerar las relaciones de la publicidad con el progreso político.

PROGRESO Y ESTANCIAMIENTO JURÍDICOS.

Porque prescindiendo de esa línea ascendente de las instituciones políticas hacia la conquista de un grado más elevado de la publicidad, cabe también contemplar el proceso de la elaboración histórica de las normas como un tránsito de la clandestinidad a la publicidad, interrumpido por la serie de retrocesos que acompaña siempre a todo avance por el camino de la perfección.

Históricamente o, mejor dicho, biológicamente, la norma ha evolucionado desde el plano de los hechos privados a la categoría del Derecho privado, y desde la cristalización del Derecho privado hasta su asunción en el Derecho público.

Pero esta trayectoria no es tan segura que garantice el acierto en los métodos de la evolución que dependen del arbitrio individual o de la voluntad específica de determinadas encarnaciones del poder.

En este particular conviene precisar dos extremos.

El primero de ellos es que la oposición entre el individualismo mediterráneo, sancionado, según expusimos, por el humanismo, y la colectividad germánica, nebulosa y prolífica, ha sido más aparente que real. En ocasiones se ha apoyado en el desconocimiento de cualquier nueva concepción que no fuese la antagónica, lo que equivale a otorgar a ésta una virtualidad trascendente.

Sirva de ejemplo a esta afirmación lo ocurrido en el área peninsular al sobrevenir la invasión visigótica. Para los visigodos españoles no existen más que dos legislaciones: la romana y la propia; la *Lex Romana Visigothorum* o Breviario de Alarico, y el Código de Eurico, y las leyes recopiladas en el *Liter iudiciorum* y el *Fuero Juzgo*; la individualista y la jerárquica; la de las cohortes, vencidas con las armas, pero poseedoras de tesoros de sabiduría legislativa que los sorprenden y mueven a admiración, arrancándoles su reconocimiento y haciéndoles vacilar en sus convicciones, que quedan por ello privadas de desenvolvimiento, y la de los vencedores. No reparan para nada en los ocultos veneros consuetudinarios del pueblo sometido por los romanos, veneros que rebrotan en el lecho de las fuentes forales, y que canalizadas debidamente podrían haber regado y fecundado los espontáneos brotes de las leyes bárbaras hasta constituir, confundidas con ellos, la sustancia del derecho occidental. El fondo ibero-céltico, con matices fenohelénicos, a que aludía UREÑA, tal vez hubiese sido más fértil que las costumbres germano-francas de la época carlovingia para proporcionar un sentimiento del Derecho de mayor difusión que el de las escuelas de las que acabó por ser tributario del Derecho germánico. Porque a la elaboración racionalista de la ley romano-bizantina no se oponía, no podía oponerse, un mundo de costumbres germánicas que seguían girando, después de recopiladas, alrededor de los conceptos del poder y del señorío, sino una esfera consuetudinaria con movimiento de traslación hacia la libertad y en la que la voluntad de todos los hombres contribuía por igual a la formación de un Derecho inspirado en el sentimiento de la equidad y en las expresiones fluyentes del *consensu populi*.

La sustitución de la publicidad entendida como emisión del común sentimiento de la justicia, comunicada a los demás y compenetrándose con la exteriorización de las otras volubilidades en los senos de la costumbre por el acto meramente promulgatorio de unas leyes cuya confección no exige el constante asentimiento e intervención de los ciudadanos, ha engendrado el momento de crisis del Derecho que alarma a las más responsables plumas y a las más reflexivas cabezas de la actualidad. «Se presiente—vaticinaba DURÁN Y BAS—una mutación notable en la vida jurídica de los pueblos modernos; una incertidumbre congojosa respecto a la di-

rección que tomará el cambio que sobrevenga, y un malestar presente y un peligro futuro, según los principios y las tendencias que imperen al realizarse este cambio».

Es decir, la angustia no es una entelequia literaria, un pasajero fenómeno de la postguerra. Más bien cabe considerar a la guerra como una consecuencia de la angustia en que se ha traducido la desvirtuación de los principios esenciales del Derecho. Como siempre, son las masas y las juventudes las que conservan el instinto o la esperanza, al menos, de la salvación. Las masas, confiando en la panacea revolucionaria que promete con la destrucción del presente el hallazgo de una justicia nueva, independiente de toda disciplina moral. Los jóvenes, achacando a los viejos una egoista mentalidad inamovible, sin reparar en que en su confianza en sí mismos late el mismo egoísmo conservador que en los viejos.

El progreso del Derecho sigue un camino que parte de la clandestinidad y termina en la publicidad. Lo mismo en la esfera subjetiva que en la objetiva. Cuando consume las primeras etapas de su existencia en la actividad egocéntrica de formar su personalidad, se dice que tiene una capacidad jurídica incompleta. Cuando su personalidad se extraviante, cuando ingresa en el mundo de las relaciones sociales y adquiere la conciencia de la responsabilidad de sus actos, de la publicidad de sus fines, entretejidos por razón de esa publicidad con los de sus semejantes, en un área común, emancipada de los sentimientos privados elementales, es cuando adquiere la plenitud jurídica. La capacidad restringida de las mujeres ha prevalecido hasta tanto que ellas han roto el círculo de vida privada en que se habían recluido, y no cabe duda que la génesis del delito se desarrolla en la clandestinidad y que la reincorporación del delincuente a la vida social o pública es el signo de su liberación.

El mismo proceso puede observarse en el desenvolvimiento del Derecho objetivo, bien que la lucha entre las fuentes de su producción, desligadas con frecuencia de los amplios cauces del Derecho natural para encadenarse a las expresiones de autoridad y a las versiones históricas de la voluntad soberana, mantengan en su campo las alternativas que gráficamente se han condensado en la frase «lucha por el Derecho», de la que sólo son un aspecto, muy extendido pero acusadamente superficial, las intromisiones

del Derecho público estatal o administrativo en las materias patrimonio del privado.

Decimos que la disputa entre los Derechos público y privado no tiene la profundidad que se prevé por sus apariencias, porque si reflexionamos detenidamente en sus manifestaciones, no será disparatado concluir que se trata de una pugna que cabría calificar de temperamental, sazonada por las peripecias ocasionadas por la rivalidad entre el humanismo grecolatino y su genialísima versión francesa del siglo XIX, en la que se ahogaron todos los instintos revolucionarios de renovación social, y la colectividad germánica, nebulosa y prolífica. El mundo oriental e hispánico ha permanecido, digase lo que se quiera acerca de la defensa española de la europeidad, un poco al margen de esas soluciones, de las que sólo han surgido dudosos eclecticismos, y que tanto en las innovaciones políticas totalitarias, nacidas todas en Europa, desde ROBESPIERRE hasta LENIN, como en los Parlamentos, representativos, sí, pero de sociedades inorgánicas, no dejaba de moverse el segmento que separa la parcialidad de la clandestinidad específica de los grupos de autoridad. Tal vez por ello ese mundo disponga de una perspectiva y una originalidad necesaria en los momentos presentes en los que la crisis de un sistema va acompañada de un repliegue general de las posiciones conquistadas por una raza, en cuyo seno se ha abierto la grieta, antes localizada en los confines del Asia, que separa el Oriente del Occidente.

Pero detengámonos algo en el comentario a las ideas que acabamos de exponer.

La crisis del Derecho es crisis también y muy especialmente del Derecho europeo y de las directrices puestas en circulación por el viejo continente para la integración de la Humanidad en un orden de acuerdo con sus concepciones morales y políticas.

¿Hasta qué punto el actual agrietamiento de esa unidad continental que padece en su carne después de la segunda guerra mundial la cesura que separaba el Oriente del Occidente estaba ya anticipado por el antagonismo del romanismo y del germanismo, por la cultura del Mediterráneo, esplendorosa y persuasiva, y las intuiciones y las tenacidades de la Kultur alemana, más propensa al racismo que a la universalidad? ¿Por qué, sin embargo, el antagonismo de las dos proyecciones del pensamiento in-

tracontinental se reconocían reciprocamente, según expusimos, una exclusiva en la réplica, que, a menudo, las conducía a estudios y asimilaciones efectivas?

No se crea, en efecto, que el ejemplo, antes expuesto, del reconocimiento por los visigodos españoles de las excelencias de la legislación romanizada de los vencidos es insólito. Era la manifestación de una predisposición podriamos decir que innata, que emanaba una continua influencia de la Historia europea.

Cuando los juristas alemanes, en un prodigioso esfuerzo para recrear el arsenal de sus métodos de investigación y progreso jurídico, adoptaron la decisión de subsumir las enseñanzas del pueblo rey, mediante la recepción del Derecho romano, no se rindieron, sin embargo, en absoluto, a los postulados del individualismo mediterráneo, que excitaban su admiración en grado similar a su deseo de apropiárselos para dominarlos.

De la recepción salió, por ello, una nueva técnica, una nueva terminología, un lenguaje jurídico nuevo, que poco a poco fué enseñoreándose de las aulas y de los estrados, de los pupitres de los estudiosos y de las mesas que presiden los ejercicios de las oposiciones.

A veces se trata sólo de una expresión distinta, de una denominación que viste con esotérico atractivo un concepto que permanece inalterable al afán innovador, de una logomaquia o de la genialidad de un ensayista.

Pero en muchas otras ocasiones las alteraciones son positivas y logran el efecto de colocar frente a los conceptos diáfanos y admitidos otra nueva serie de postulados que, comenzando a arrojar su sombra sobre los primeros, acaba hurtándoles sus perfiles, su claridad y su consistencia.

Todo podria darse por bien empleado si la revisión de las doctrinas milenarias hubiese sido tan decisiva como creadora; si al sistema antiguo lo hubiera sustituído otro superior o, al menos, igualmente válido; si por una especie de hábito, nacido del afán de crítica de lo heredado, no se hubiera perdido la rigurosa objetividad constructiva que en JUSTINIANO evitaba el alambicamiento intelectual; si esa *lei motiv* del análisis implacable del romanismo, en fin, no estuviese inspirado en un amor excesivo hacia sus

oropeles, que se traduce en una reacción victoriosa de lo criticado sobre sus censores.

Desde luego, aunque el dogmatismo jurisprudencial y el románismo de las escuelas alemanas no haya sido el motor capital de la crisis del sentimiento del Derecho, ya que ésta se origina en necesidades íntimas superiores, contribuyó a poner en la mesa de las disecciones el esfuerzo jurídico de la cultura latina.

Las causas decisivas del estancamiento del progreso jurídico residen en la ausencia de principios genéricos capaces de cobijar diversas instituciones y de regar con su savia grandes espacios del Derecho concebidos como un solo organismo dotado de vida independiente. La disecación del Derecho en las Academias bizantinas y de Beirut y el dogmatismo alemán dejaron el Derecho privado a merced de las exigencias crecientes del Derecho público, cuya vitalidad dimanaba no tanto del dinamismo de una sociedad organizada sobre la viva realidad de sus instituciones cuanto del despótico ascendiente, del monstruoso crecimiento del Estado.

VOLUNTAD INDIVIDUAL Y VOLUNTAD GENERAL.

Hoy, la Ley, nueva encarnación de los incestos mitológicos, pues engendró al Estado y es engendrada por él en impura clandestinidad, ha merecido de autores muy divergentes censuras que contrarrestan la sosa devoción que le tributan los «sherifs» americanos. «El hombre—dice RIPERT—que vive sometido a la servidumbre de las Leyes, adquiere insensiblemente un alma de esclavo». «Contia la Ley—añade LOPEZ OÑATE—se revuelven todas las críticas, vivas, vibrantes e insaciables, que al pensamiento moderno ha dirigido contra lo abstracto y general en favor del individuo histórico, o sea, de lo concreto».

Es esa revalorización de lo concreto, de lo individual y de lo histórico el alma de las doctrinas del voluntarismo y de las teorías finalistas.

Pero para más desmenuzar el tema debemos abarcar con una rápida mirada a panorama de las relaciones históricas del Derecho con la moral para referirnos someramente a los supuestos

mORALES, rACIONALES Y FORMALES EN QUE SE APoyAN LAS CONSTRUCCIONES DE LOS MODERNOS SISTEMAS LEGISLATIVOS.

Si queremos buscar un modelo del Derecho emancipado de las rígidas cristalizaciones del racionalismo y de las grávidas y escépticas contribuciones al formalismo, tenemos que encaminar nuestros pasos hacia los códigos morales de los chinos. Si buscamos una encarnación intermedia entre el aformalismo oriental y el tecnicismo occidental, tributario de la externidad, tenemos que situarnos en el punto intermedio entre el lejano Oriente y el Noroeste de la cuenca mediterránea. Es decir, tenemos que referirnos a la legislación del Islam. Si perseguimos un esfuerzo para coordinar las diferencias, extrayendo de cada una de las concepciones jurídicas las esencias de la paz, necesaria para resolver los graves conflictos que se condensan dentro de las fronteras nacionales, continentales y raciales, y que amenazan con explosiones universales, tenemos que inspirarnos en esa guía ecuménica que se enseña de la actualidad de la religión que adoptó por apellido el lema de la Universalidad.

Se han referido FRIEDRICH HERTZ, FERNANDO DE ANDRIAU, entre otros autores, a la unidad de las formas sociales observable en todas las razas, unidad que Post encuentra también en los usos jurídicos. Sorprende singulamente encontrar esas concomitancias y afinidades entre los pueblos históricos y la evolución de un pueblo cerrado hasta hace poco a todo comercio con las ideas occidentales.

Insertada, sin embargo, la cultura greco-latina en el marco de la civilización mediterránea, no es posible señalar en ella un período equivalente a la edad dorada de la China, que se dilata hasta la introducción del confucianismo, posterior, como es sabido, a la muerte de Confucio. La Mitología romana, en efecto, no es más que una huella ateniense voluntariamente asumida por el pueblo rey, y en cuanto a la griega, es un proceso de humanización o más bien de racionalización de las divinidades de los pueblos o teocracias precedentes.

El pueblo chino anterior a Confucio basa su cultura en la Teología. La Moral es el cauce del Derecho, la inspiración de las conductas, lo histórico impersonal.

La Historia, como depositaria de acontecimientos personales,

es una creación ulterior de la cultura humanista, con apoyo en el precedente de la historia israelita, en la que más que protagonistas individuales sólo existe un protagonista colectivo: el pueblo elegido.

Pero el pequeño núcleo cultural chino, encerrado en los valles del Huang-Ho y del Wei-Ho, estaba asediado por la hostilidad de los pueblos limítrofes del Norte y del Centro con los que no existía homologación racial. La eliminación del relieve individual en aras de un exponente de moralidad colectiva, que impone a los emperadores nombres simbólicos, alusivos a la invención del fuego, a la agricultura, al carro, a la navegación, etc., es socavada definitivamente cuando el estatismo del confucianismo erige la tiranía del despotismo chino, que, abriendo la era de las Monarquías absolutas, crea con los Ch-In la organización administrativa, en la cual se estanca la afección a la conducta pública, de las normas jurídicas, para concebirlas como inseparables de la idea de la fuerza.

En otro trabajo he analizado el proceso y desarrollo de los síntomas de esa transformación, idéntica al de descomposición de las modernas sociedades nacionales.

El Derecho romano representó un esfuerzo de individualización del Derecho, en sus inspiraciones y en sus aplicaciones, quizá superior al que en el orden de las viejas religiones supuso el alumbramiento de la Mitología y al que exigió la creación de un arte y de una literatura, animados por la contemplación del modelo humano personal.

Todo ello no impidió que en los Códigos modernos persistiesen vestigios fósiles de supuestos morales reguladores de determinadas relaciones de Derecho. Como, por ejemplo, la exigencia de la buena fe, la diligencia del padre de familia, los usos locales, al lado de cuyas zonas de actuación, la necesidad de la publicidad ha cristalizado en las fórmulas solemnes, en el formalismo, a veces farragoso y artificial, del Derecho público y frecuentemente del privado.

Otro ejemplo, según expusimos, de la espiritualización, en algunos aspectos del Derecho, lo ofrece el islámico, contenido en un libro sagrado y entregado en último término a la interpretación sacerdotal de los ulemas.

Finalmente, destaquemos las escuelas voluntaristas, como cons-

titutivas del reconocimiento de la necesidad de rescatar el Derecho de esa esfera de su producción meramente racionalista o coactiva, en la que siempre prevalece una concesión a la arbitrariedad, tanto en los que lo promulgan como en los que con habilidad lo eluden y, por tanto, un espécimen de clandestinidad.

La necesidad de animar las frías realizaciones del Derecho racionalista introdujo en las aulas de las escuelas jurídicas teorías voluntaristas y finalistas. La norma se vitaliza cuando la anima la voluntad o cuando la justifica la licitud de un fin. La savia del orden pre establecido es, en última instancia, el derecho subjetivo. Aunque se incurra en el círculo vicioso de considerar el Derecho subjetivo como una facultad reconocida por el orden jurídico, y, por consiguiente, se compute la preexistencia del orden jurídico formal como indispensable para la aparición del Derecho subjetivo.

Más razonable hubiese sido considerar el Derecho subjetivo como una facultad reconocida por la voluntad general o publicada por sus organismos de expresión, subsumida, en fin, por la conciencia pública.

SOBRE EL PENSAMIENTO DE GONZÁLEZ POSADA Y LAS FELICES INTUICIONES DE PUGLIATTI.

Como ya expuse en otra ocasión, «el Derecho romano-bizantino, como la legislación parlamentaria decimonónica, tan sometida por la mentalidad de los revolucionarios franceses al imperativo del precedente romano, son eclosiones de una concepción objetiva del Derecho que lo independiza de la voluntad humana, considerada como fuente inmanente de la norma jurídica, hasta cuando se enfrenta con el caso particular, ya que los jurisconsultos de la Ciudad Eterna fallan en cada caso la justicia aplicable con una objetividad asombrosa».

Por contraposición a esta postura, recordábamos entonces y lo exhumamos ahora como cita histórica que autoriza nuestras afirmaciones «que en el Derecho aragonés y el británico la voluntad individual está actuando siempre en la creación jurídica, a través de la equidad, de la costumbre y del *consensu populi*, y esa

soberanía inalienable impide o atenúa la rigidez del Derecho objetivo superior a la voluntad».

Ya examinaremos más adelante la adecuación de estos principios a nuestro sistema de publicidad y a las nuevas versiones que reclame la evolución social.

Pero, de momento, creemos muy oportuna la apelación, entre otras muchas que podríamos citar, a la opinión de dos autores, uno italiano, es decir, ligado por su nacionalidad a las tradiciones del Derecho romano, pero con una probidad científica que facilita su concepción evolutiva, y el otro español y no suficientemente apreciado por las generaciones posteriores a la suya.

Para SALVATORE PUGLIATTI, la ciencia jurídica, como saber organizado y metódico, se forma a mediados del siglo XIX y es obra de los pandectistas y de los juristas que prepararon la Codificación; la jurisprudencia romana no fué más que un brillante empirismo, apoyado en un excepcional sentido jurídico.

Existen en esta apreciación de PUGLIATTI aciertos no por parciales menos estimables.

Es certera la apreciación de que el perfil más destacado del Derecho romano es el brillante empirismo de su jurisprudencia, que se encamina especialmente a fundar el Derecho más que la ciencia del Derecho, aunque parezca desmesurado declarar que la ciencia del Derecho es obra de los pandectistas y de los jurisconsultos alemanes del siglo XIX, preparadores de la Codificación, haciendo caso omiso de la minuciosísima labor depuradora de las Academias bizantinas y del Imperio en general, cristalizada en el Código de Justiniano.

Omisión tanto más injustificada cuanto que la crisis de Derecho se produce precisa e inmediatamente después del aparente triunfo de ese cientifismo decimonónico, que además de haber detenido el anhelo de reformas latentes en las convulsiones políticas y sociales de los últimos ciento cincuenta años, por la excesiva y tal vez involuntaria devoción al modelo romano, según apuntamos, pretendió sustituir el sentimiento del Derecho por el tecnicismo jurídico.

Cuestiones que con tanta lucidez entrevió nuestro GONZÁLEZ-POSADA cuando enfrentándose con la figura de uno de los grandes maestros alemanes, contrarios al pandectismo, consideraba in-

suficiente su reacción. «La gran intuición jurídica de HERING—dice el maestro ovetense—no se desarrolló por su excesivo romanismo... El Derecho romano, con sus fórmulas, con sus soluciones previstas—cotéjese lo con el intuicionismo de la jurisprudencia islamita, destacado en su justo valor por BENYEYTE—, no es la mejor escuela para elevarse a un concepto ideal del Derecho, como principio vital y fecundo, eternamente adaptable a las más diversas condiciones».

Todavía POSADA, sin acusar la evidente antinomia de KANT, quien, después de haber identificado el Derecho con la libertad, recurre en el momento de montar sobre la trama de las realidades sociales ese concepto, a la coactividad, rechaza este reprovable discurso, diciendo: «En el genuino concepto kantiano, el Derecho es mera relación exterior, social, para posibilitar mediante la coacción la coexistencia de las libertades». El Derecho así entendido, denuncia el señor POSADA, queda estancado, entra en crisis. Accidente inevitable cuando se concibe como dependiente de la coacción.

RELACIONES DE LA PUBLICIDAD CON LA FILOSOFÍA, A TRAVÉS DEL CONCEPTO DE LA PERSONALIDAD.

Al tributar a GONZÁLEZ POSADA el homenaje de este recuerdo a sus certezas visiones del Derecho, no queremos olvidar a su maestro GINER, maestro tan bien pagado por unas dotes pedagógicas, excepcionales en su nación, que bien cabe afirmar la superación del docente por sus discípulos.

Pero—demorando la búsqueda de otros matices interesantes del pensamiento gineriano para otra ocasión—no podemos omitir el hecho de estar perfectamente denunciada por GINER en el significado etimológico de la palabra personalidad su fundamentación. La equivalencia de la voz persona es la de resonancia, es la de publicidad. El individuo adquiere personalidad en la medida en que su voluntad se convierte en expresión con eco en sus semejantes. Cuando varias personas, unidas por su libre determinación o por los vínculos naturales, encuentran una resonancia co-

mún en el seno de la sociedad, surge la personalidad social, cuyo cuerpo está constituido por la publicidad de sus fines.

RELACIÓN DE LA PUBLICIDAD CON LA POLÍTICA Y CON LOS INSTRUMENTOS DE PRODUCCIÓN REFLEXIVA DE LAS NORMAS.

Todavía tenemos que perfilar, para concluir este esbozo, con el que al destacar la presencia de la publicidad en todas las esferas de la ciencia jurídica, reivindicamos, frente a los excesos del especialismo, el valor de los principios y la fecundidad de las síntesis, las relaciones de la publicidad con el progreso político y con las instituciones legislativas, con cuya enunciación podremos ingresar en la tarea de delimitar sumariamente el área de la publicidad y referirla específicamente a sus instrumentos y a sus proyecciones en el campo del Derecho positivo de nuestra patria.

A menos que neguemos la existencia del progreso social y la unidad lógica de la Historia, tendremos que reconocer que la evolución política de la civilización europea marca un avance desde la clandestinidad política y legislativa hacia los horizontes de la publicidad. Ese movimiento de avance no se opone a la presencia en las edades más distintas de la conciencia moral y del sentimiento de la justicia, productor, *verbi gratia*, en la Alta Edad Media de aquella magnífica unidad a que se refería COUILLE cuando escribia: «Toda la Europa cristiana de la Alta Edad Media obedecía a un Derecho uniforme que no había sido votado y decretado y que expresaba perfectamente la conciencia pública, pues era producto espontáneo de ella».

Ni se crea que las solemnes declaraciones de las Asambleas y de las Convenciones revolucionarias han bastado para alcanzar la meta de la publicidad en el orden legislativo adquiriendo *per se* la inmunidad contra los abusos de los poderes de la clandestinidad.

Todo lo contrario. Si repasamos con criterio independiente los anales de la Revolución francesa, puerta de ingreso a una Edad Contemporánea que gira toda ella en torno a la idea de la Revolución, observaremos no sólo la ulterior insatisfacción de las masas, indicio cierto de no haberse cubierto las etapas de la conquista del Derecho, sino que en el mismo seno de la Revolución

no nos será difícil descubrir en los tenebrosos clubs de la mesocracia jacobina, la hábil falsificación que sustituía el logro de un ambiente de libertad, escabel de una auténtica publicidad del Derecho, por el acrecentamiento de los poderes del Estado y aun por la supremacía entre ellos del Ejecutivo, y que por ello convertía a los Parlamentos en trampolines para la subida al poder por antonomasia, es decir, a los Ministerios, proporcionando al primer espadón del siglo XIX, con el sencillo recurso de poner al pueblo en armas, los contingentes de tropas que rebasaban en mucho los recursos de las Monarquías y permitían al claro talento de NAPOLEÓN, sin necesidad de la genialidad de que lo han rodeado sus cipayos, ensayar su táctica de los movimientos envolventes.

No es ésta ocasión de adentrarse en el análisis del ambiente histórico en que se desenvolvió el hecho revolucionario, y sin el cual la gloria efímera de MIRABEAU, la gris eminencia de SIÈGES, la sanguinaria intransigencia de ROBESPIERRE, la metódica残酷 de MARAT y hasta la mentalidad regicida de la Convención hubiesen sido sucesos aislados sin eficiencia para provocar un cambio de estructura en todos los países, la aparición de una nueva edad, la orgullosa reivindicación de sus fueros por el pensamiento y hasta una nueva organización y una mayor propensión belicista de la fuerza.

Pero si lo es para señalar la defeción de la burguesía revolucionaria, representada por los LAFAYETTE y sus valederos masónicos, los MIRABEAU y los resentidos, los juramentados, DUMOURIER, verdadero mentor y punto de partida del imperialismo napoleónico, a todas aquellas presiones históricas que originaron una crisis de la Humanidad, particularmente fecunda en episodios sanguinarios en la Francia.

La suplantación de las auténticas reformas solicitadas por la crisis de la civilización, por estructuras en las que se reproducirán sobre planos diferentes los defectos de las antiguas, convirtieron en permanente el lema de la revolución y acentuaron, por otra parte, la hostilidad entre el nacionalismo francés, al nuevo estilo, y el alemán, heredero, sin tan hábiles circunloquios, del poder absoluto de los Imperios centroeuropeos.

Rivalidad lamentable, porque tal vez ni la misma Grecia condujo al humanismo a expresiones tan refinadas como la Francia

de los siglos XVIII y XIX, y quizá ningún pueblo como Alemania haya estado dotado de tan sistemática voluntad para haber podido engendrar frente al humanismo, en trance de inevitable decadencia biológica, una doctrina orgánica de urgencia que acreditase el poder para sobrevivir y renacer de la raza blanca. El hecho de que América y Rusia, incapaces de crear algo que sustituya a las grandiosas, en los defectos y en las virtudes, creaciones de la civilización mediterránea, contribuyan a desahuciar de los otros continentes la huella europea, no hará que broten espontáneamente en su lugar otras influencias con asomos de cultura, Enriquecida por las experiencias del pasado.

Desentendiéndonos de otras sugerencias en los terrenos de la filosofía, de la política y de la Historia y ateniéndonos al estricto aspecto jurídico, nos parece evidente la necesidad de revisar y en parte desmontar la estructura jurídica de los pueblos occidentales, colocando sobre la ejecutividad de sus poderes de normación la publicidad de los móviles que los inspiran. La diafanidad de las conductas, traducida en una consigna de luz y taquigrafos, debe estar presidida por un gran espíritu de juridicidad.

AREA Y SÍNTESIS DE LA JURIDICIDAD.

Para precisar lo qué hay que conceder a la publicidad y restar a las abstracciones de la razón—siempre propicias a aislarse en la infecundidad de una torre de marfil—, tanto en la elaboración de las normas como en su vitalización por los actos de la voluntad humana, es necesario que insistamos en la clara delimitación de la esfera pública y privada del Derecho.

En la actualidad, el Derecho público es el Derecho del Estado.

En las costumbres germánicas, el hombre pasaba, la institución permanecía. Del hombre, de la conducta humana sólo quedaba en la haz de los tiempos la publicidad. Así como en el Derecho romano el dominio sobre las cosas encontraba su gráfica expresión, orgullosa y despótica, en la *capere*, la *festuca* germánica era el símbolo lleno de espiritualidad de la comunicación externa entre dos vitalidades: la del hombre, que se reconocía transitoria, y la de las fuerzas productivas de la corteza terrestre, que eran,

más que aprehendidas, conectadas con la actividad del hombre en una ceremonia en la que todo era pasajero menos la incesante renovación del asentimiento público.

Con la entronización del sentido individualista y personal del Derecho se producen dos consecuencias:

1.^a El Derecho en general llega a ser concebido como una emisión del Estado. El poder legislativo se convierte en una de las piezas del Estado y con frecuencia es influenciado y hasta sustituido por las inspiraciones o por la facultad reglamentaria del Ejecutivo. Históricamente, el fenómeno se exterioriza en las apreciables divergencias entre la Revolución parlamentaria de CROMWELL y la francesa, que al prevalecer sobre aquélla ha sustituido las personalidades regionales y corporativas por las organizaciones programáticas para la conquista del poder, facilitando el triunfo de las ideologías más dispares a través de los elementales recursos puestos en práctica para la adquisición del control sobre los instrumentos del Estado. Hombres tan sinceramente elementales como HITLER se percantan de la necesidad de esas consignas primarias para su propaganda, y en general, para las que, con diferente ideología, obtienen los éxitos espectaculares que advienen inaccesibles cuando no se dispone de una organización tan predisposta a las encarnaciones del poder personal, como el Estado.

Obsérvese también la contradicción entre la elementalidad de las consignas indispensables, cuando, a través de los partidos, se persigue la conquista del Estado, y la multiplicidad de reglamentaciones requerida por toda nueva versión estatal, en cuyo torbellino es necesario recordar con SÓCRATES que no es síntoma de buen gobierno el exceso de disposiciones legales, antes al contrario, prueba irrefutable de haberse perdido el horizonte de los principios.

2.^a La aparición de la denominada crisis del Derecho, con dos fases bien diferenciadas: En la primera, la crisis del Derecho es más exactamente crisis del Derecho privado en beneficio del público estatal. Las fronteras entre ambos se desdibujan, y cabe preguntarse si Derecho privado es el que se circunscribe al área del Derecho subjetivo individual en las esferas familiar, dominical, contractual y sucesoria, o es más bien el que reduce sus actuaciones al voluntarismo, a la motivación volitiva aislada, al

obrar del individuo con plena independencia o soberanía, frente a cuya construcción el Derecho público sería el que arguye un sujeto colectivo, un motivo superior al individual, una raíz política.

En la segunda fase—podría akudirse al proceso jurídico del comunismo para caracterizarla—, la crisis del Derecho se manifiesta por la confusión de los conceptos del Derecho y del poder. En ella se pierde de vista la proposición de GONZÁLEZ POSADA cuando reclamaba, como arquetipo de la justicia, que «el Derecho se inspira en el deber y no en esa exigencia que anda por los Códigos y se hace efectiva por los Tribunales».

En este punto de nuestra disertación, recordando a GINER y a SCHÄFFLE, indicamos que si ambos aspectos, el público y el privado, del Derecho, pueden fundirse, su fusión ha de realizarse a través de una noción de la publicidad que la aproxime y que hasta la identifique con el trabajo por el Derecho, con el *Volksgeist*, con el espíritu del pueblo.

Es del mayor interés discriminar si la publicidad es intrínseca a la relación del hombre con el mundo exterior o está sólo impuesta por razones de conveniencia—tal como se ha explicado por muchos autores la publicidad hipotecaria—. En la primera hipótesis conviene dilucidar si la publicidad es intrínsecamente necesaria, porque entraña soberanía, porque aparece concedida en cada momento por el Estado o porque su desaparición se confunde con la negación misma del Derecho. A nuestro juicio, es en la elaboración del Derecho, en el seno de la conciencia común del pueblo, donde tiene su sede la publicidad y donde se hace substantiva e intrínsecamente necesaria para su existencia.

DERECHO INMOBILIARIO HISTÓRICO EN RELACIÓN CON LA PUBLICIDAD.

Antes de exponer nuestra creencia de que en la teoría de la publicidad acaso pueda encajarse ese espíritu simplificador ibérico añorado con magnífica precisión por UREÑA, y del que fué un exponente la vida civil aragonesa; tenemos que detenernos en un tentador análisis del sentido de la publicidad en Roma y en el Derecho germánico. En Roma, la publicidad se desarrolla hacia un reconocimiento del absoluto dominio del individuo—exaltado

por el humanismo al centro del Cosmos—sobre las cosas del mundo exterior, convertidas en bienes en tanto pueden satisfacerle.

La apropiación se consuma a través de fórmulas que conceden tal principio a la publicidad el valor que intrínsecamente ha revestido en todos los pueblos de tradición jurídica, pero que se inclinan luego al formalismo de la *mancipatio*, a la objetivación de la *in iure cessio*, en la cual los testigos, representantes del pueblo, son sustituidos por el magistrado, que concentra en sus declaraciones toda la fuerza del Derecho, substrayéndolo a la función ocasional del *consensu populi*, para reencarnar finalmente en la *traditio*, en la que no sustituye a la publicidad la elaboración jurídica, sino que se confiere a la voluntad aislada, solitaria, la misión de gravar orgullosamente, sobre las cosas y frente a todos, las huellas del dominio quiritorio.

Las cosas externas, los pedazos de la superficie terrestre, estaban tan adheridos al dominio de la persona, que sólo las fórmulas solemnes de la *mancipatio*, el proceso judicial de la *in iure cessio* o, finalmente, el expediente imperativo de la *traditio*, provocaban el desasimiento del poder de su primitivo dueño para entregarlo, a través de la *manu res capitur*, a la nueva vinculación individual. La presencia del *librepens* era meramente auxiliar, relacionada con el peso del metal que asumía el papel de precio; estaba sobre todo desposeída del carácter de intervención pública o popular que podía atribuirse a los testigos.

En el Derecho alemán, por el contrario, la publicidad es la esencia del Derecho sobre las cosas y las desviaciones que se han operado en su sistema proceden tanto de la recepción del Derecho romano—contra cuya influencia hemos señalado la magnífica reacción de IHERING, certamente calificada por POSADA de todavía insuficiente—como de la desvirtuación de la *Gewere*, concebida por los tratadistas romanizados y sobre todo por los traductores de las lenguas latinas como posesión y no como publicidad. La investidura era su ropaje, como la *Auflassung* fué su trámite solemne conectado con la formalidad oficial de la *in iure cessio* romana. Pero la esencia publicitaria de la *Gewere* ha informado el sistema registral alemán con relieves que necesitan, sí, nuevas versiones para no detenerse en los rígidos moldes de un especialismo al que propende el científico alemán, pero indispensable

para renovar la penuria y el atavismo de los pueblos romanizados.

Y con esto pasemos a examinar la eficacia de las soluciones de la publicidad en algunos de los más arduos problemas del Derecho inmobiliario.

EL FUNDAMENTO DE LA PROTECCIÓN POSESORIA.

Difícilmente pueden las teorías que se han ideado para justificar la protección posesoria llegar a conclusiones tan diáfanas como la que fundamenta dicha protección en la esencia jurídica de la publicidad. Recorramos para comprobarlo, en sumaria síntesis, las que IHERING clasifica en teorías relativas y absolutas.

La interdicción de la violencia no añade nada nuevo a la noción kantiana del Derecho identificado con la libertad, y viene a ser, al encarnarla en una institución de la vida real, una palmaria demostración del nulo valor práctico y humano de la abstracción del filósofo.

Es más: presentar la proscripción de la violencia como fundamento de una institución es no sólo prejuzgar peyorativamente la nota coactiva del Derecho, y trasladar al hecho, sin discriminarlo, las defensas jurídicas, sino además despojar a la invocación de la libertad kantiana de su pureza ideal, de su influencia abstracta pero orientadora, y, sobre todo, de la posibilidad de encontrar expresiones que impidan confundirla con un simple hecho, encadenándola a tan mezquino empirismo. Al ligarse SAVIGNY a esa interpretación, justifica no sólo las destempladas acusaciones de POSADA y PUGLIATTI a la influencia del romanismo, tan parecida a la del escolasticismo, sino el corto vuelo con que se erigía en campeón de la escuela histórica, haciendo a ésta vulnerable por pocos aciertos que tuviese la filosófica.

Mas acertada nos parece la opinión de RUDORFF cuando localiza el fundamento de la protección posesoria en «el motivo jurídico público» que asiste a la comunidad. Si la expresión no fuera oscura, logomáquica, bastarian a hacerla aceptable la intuición con que casa en ella dos factores fundamentales de la juridicidad: el reconocimiento de una facultad jurídica, que al ser calificada de pública atañe necesariamente a un orden específico de publicidad,

y la vinculación inevitable de esa facultad con la idea de la comunidad, base inequívoca de la publicidad.

Pero estos aciertos son tan vagos como la oscura terminología del autor que comentamos. ¿Qué luz puede arrojar sostener que a la comunidad asiste un motivo jurídico público? ¿Cómo se puede acoplar esta vaguedad a una justificación suficiente de la protección posesoria? ¿Cómo se puede establecer una base filosófica y ética que partiendo de un motivo público indeterminado proclame la coherencia de su influjo con la biología de otras instituciones afines y con el orden general de la vida jurídica? Prueba de la insuficiencia de la teoría de RUDORFF es su última apelación a considerar la perturbación de la posesión como un atentado contra el orden jurídico, afirmación indemostrada que coloca además toda la virtualidad de un principio en el orden represivo.

La posición de THIBAUT es también elusiva. Sostiene que el poseedor es protegido porque nadie puede vencer jurídicamente a otro si no tiene motivos preponderante en qué fundar su prerrogativa. No particulariza qué se ha de entender por vencimiento jurídico y por motivos preponderantes; reduce el acto posesorio a un estado de interinidad, a una colisión de prerrogativas, sin explicarlo como una consecuencia normal de un sistema jurídico previamente establecido. Es muy estimable el empeño de RÖDER, AHERENS y GINER de apoyar la posesión en la prerrogativa de la probidad, en la presunción de buena fe, en el principio de que toda posibilidad alumbrada por aquella probidad engendra ya un derecho subordinado naturalmente al mejor. En esta teoría se encuentra ya en agraz nuestra tesis de la publicidad. Pero pasemos a examinar el resto de las recogidas por IHERING, pues aunque la rigurosa adscripción al orden expositivo del maestro alemán nos prive de seguir un método de soluciones que marquen el orden de preferencia de nuestras opiniones, no podemos silenciar las de los ilustres juristas incluidos en su clasificación.

El fundamento posesorio fijado en la probabilidad dominical, en la iniciación del dominio o en la accesoriiedad a la protección del dueño quita incentivos al tema al desposeerlo de substantividad, pero sobre todo incurre en el defecto de considerar a la propiedad como fuente de derechos, como centro de un sistema que parece inspirado en la omnímoda extensión del dominio quiritorio.

No es extraño que para contrarrestar tan rígida construcción GANS, PUCHTA y BRUNS hayan reaccionado proporcionadamente, es decir, excesivamente, proclamando que la posesión es la voluntad en su encarnación real, posición que, al postular el poder absoluto de la voluntad, sin condicionarla por ningún espécimen de concordancia general, ni bautizarla con los crismas de la publicidad, viene a sustituir la vieja mitología de la propiedad por el despotismo. STHAL buscó ya la redención de esas primitivas manifestaciones en un criterio finalista, aunque el fin, sin el apoyo de la moral general, explícitamente conjugada con el propósito del sujeto de cada relación jurídica, es manifiestamente insuficiente.

De ahí la plena justificación de la preferencia que se otorga sobre los actos de la clandestinidad a las manifestaciones acogidas a un régimen de publicidad perfecta, y de ahí también el fundamento de la protección posesoria, apoyado en la publicidad y obtenido por la inexistencia de otra publicidad más perfecta.

LA DISTINCIÓN ENTRE LOS ACTOS DE LA CLANDESTINIDAD Y LOS DE LA PUBLICIDAD EN NUESTRO RÉGIMEN INMOBILIARIO. EL TERCERO HIPOTECARIO.

La Ley Hipotecaria española de 8 de febrero de 1861 no se propuso erigirse en un Código de la publicidad. Tampoco estuvo en la mente del legislador construir un sistema de la publicidad inmobiliaria. La Exposición de Motivos, el texto legal y los propósitos manifiestos de sus inspiradores y de la opinión que se suscitó en torno a su aparición, localizan su ámbito indubitablemente en el área de las seguridades del crédito territorial.

Pero al dilucidar las cuestiones relacionadas con la seguridad del crédito territorial tuvieron que resolverse en su articulado muchas de las cuestiones entrañadas en el principio de la publicidad, y otras tantas quedaron insinuadas y dispuestas a ser abordadas en los inevitables desenvolvimientos de los admitidos, cediendo a las presiones del progreso social y de la integración de los anillos sueltos de la cadena legislativa.

Uno de los efectos de la limitación que se impusieron los legisladores al redactar la Ley Hipotecaria fué la inseguridad, tan-

tas veces comentada, en el trazado de los contornos del concepto de tercero.

El hecho de haberse suprimido en la nueva Ley Hipotecaria la inefable definición de tercero contenida en el artículo 27, en el que, sin género de duda, se pretendió aludir al que podríamos denominar, animados de ese espíritu de diferenciación que presidió los morigerados propósitos de nuestros legisladores, tercero civil o, más exactamente, tercero de la clandestinidad, no evita las deficiencias e irregularidades anejas a toda dualidad legislativa. Continúa, después de la supresión, siendo sujeto del sistema hipotecario el tercero, inmunizado por el artículo 32, contra todo título de dominio o de otros derechos reales sobre inmuebles no inscritos; perdura la distinción entre el titular inscrito protegido por todas las defensas de la ordenación registral, y que más que tercero hipotecario debiera denominarse primero hipotecario; y el tercero que no es parte, bien en lo que cabría considerar como acuerdo real, *eininung*, o más propiamente ingreso en las páginas registrales; bien en una relación jurídica desligada de toda repercusión en las mismas. Si la palabra tercero, aplicada al que llegue en primer lugar a gozar de las preeminencias de la publicidad hipotecaria, no fuese causa de imprecisiones que impiden la plenitud de acción del principio cardinal de la publicidad, podría concluirse que el equívoco tecnicismo de nuestra legislación arguye la coexistencia de los conceptos del tercero de la publicidad y el tercero de la clandestinidad.

EL PRINCIPIO DE LA PUBLICIDAD Y LAS MODERNAS DIRECTRICES SOCIALES DEL DERECHO.

La publicidad considerada como una categoría, como una fuente abstracta de relaciones jurídicas, sirve para proporcionar una explicación suficiente a cada una de las orientaciones legislativas en que ha cristalizado la protección a las relaciones del hombre con las cosas del mundo exterior. Podría decirse que su trascendencia es paralela a la del axioma que proclama que en la forma está la esencia, principio que la substrae a su consideración como mera apariencia, como simple externidad, como algo exclusivamente fenomenológico.

Así concebida la publicidad, como categoría jurídica demanda la integración de todos los instrumentos de la publicidad y la ordenación de la vida civil en torno a un sistema de principios que sucedan a la emanación unilateral del Derecho, como una imposición o como un tecnicismo de las escuelas. En nuestra patria puede advertirse, como un claro indicio de la presencia del principio de la publicidad hasta en los más íntimos resortes del mecanismo del Derecho vivido, que la función común a la fe pública notarial y al Registro es sacar de la clandestinidad las declaraciones privadas de la voluntad y a la vez subsumir la esencia de las leyes en el servicio de esa función de publicidad, sacándolas de la objetivización racionalista y del empirismo interpretativo, nada conforme con la producción gradual del Derecho y con el valor humano de los actos jurídicos.

La flexibilidad de los principios es el mejor apoyo del progreso del Derecho en los períodos de transición y de crisis de sus instituciones. Un sistema jurídico racionalista accede siempre hacia los formalismos, que contienen las ansias de crecimiento y de la evolución de los pueblos.

Tres son las fases que señala BESSON con admirable lucidez en la historia de la publicidad de las transferencias inmobiliarias. En la primera, las formas solemnes son más que medidas de publicidad, manifestaciones del dominio eminente del señor o de la comunidad. Las recidivas de esta fase en las recepciones del Derecho individualista romano y del comunismo han sido acompañadas de un estancamiento de la idea del progreso social en una endemia revolucionaria y en una causa constante de conflagraciones entre los intereses nacionales contrapuestos.

La segunda fase de la historia de la publicidad en las transmisiones inmobiliarias «se abre en el momento en que desaparecen los últimos vestigios del colectivismo primitivo, siendo entonces el fin predominante del formalismo en las transmisiones proteger a los terceros contra el fraude».

La autonomía de esta segunda fase es borrosa. De una parte parece que al subsumirse el colectivismo primitivo en el individualismo no se consigue sino volver al señorío sobre la cosa, pero no a un señorío finalista, jerárquico y político, sino a un señorío

ilimitado en cuanto a las facultades y antisocial por su atomismo individualista.

El formalismo ocupa el puesto que correspondia a la publicidad, a la abscripción a fines extraindividuales de las relaciones del hombre con las cosas, evitando la total clandestinidad de su dominio por el individuo y erigiendo a la Ley en defensora de los terceros, es decir, de los que no han sido parte en la transmisión, expediente indispensable para que no naufragase totalmente la idea de la justicia.

«Cuando se llega, en fin—añade BESSON—, al tercer grado de la evolución, la publicidad de las transferencias no es considerada exclusivamente desde el punto de vista del interés individual sino como un elemento de la riqueza general y del bienestar de la sociedad».

La publicidad como un elemento social, como una condición del bienestar transindividual, como un ordenamiento o reglación jurídica de la riqueza general, es o puede ser una base universal que supere la insuficiencia de los ordenamientos de tipo cerradamente nacional, que hacen más abruptas las comunidades nacionales, impidiendo con su lenguaje exclusivista la mutua inteligencia en un período en que es obligada la conformación de grandes conglomerados políticos.

Para terminar esta sumaria exposición, que más que una teoría de la publicidad constituye un programa para una teoría de la publicidad, debiéramos hacer una más exhaustiva aplicación del principio a todas y cada una de las materias integrantes del Derecho inmobiliario y aun ofrecer una visión de conjunto de lo que pudiera ser un sistema jurídico social, basado en principios tan liberales y tan flexibles como los que sustentan la vida civil de los pueblos aragonés y británico, perfectamente diferenciado de los sistemas jurídicos racionalistas de contorno nacional. Creemos que la integración de los fragmentos históricos y presentes de la publicidad nos ayudaría eficazmente a completar ese trabajo. Pero ello excedería del propósito que nos ha movido a encerrar las expuestas consideraciones dentro de los límites de un ensayo.

CARLOS ARAUZ DE ROBLES.

Notario.

La nueva regulación del Registro Mercantil

(Continuación.)

CAPÍTULO VIII

LAS INSCRIPCIONES DEL COMERCIANTE SOCIAL: OBLIGACIONES, ADMINISTRADORES, TRANSFORMACION, FUSIÓN Y RESCISIÓN PARCIAL

EMISIÓN Y AMORTIZACIÓN DE OBLIGACIONES Y SIMILARES.

Reglas generales.

Ya indicamos que por el artículo 86 del Reglamento se declara obligatoria la inscripción, en la hoja abierta a cada Sociedad, de «las emisiones de obligaciones de todas clases, cédulas, billetes de Banco y las amortizaciones ordinarias y extraordinarias de unos y otros». Si bien no podemos olvidar que, en relación con esta norma de carácter general, existen ciertas prohibiciones, e incluso un supuesto de suspensión de inscripción, todo lo cual modifica bastante el alcance del precepto.

La más importante de estas prohibiciones es la recogida por el artículo 92 del Reglamento, expresivo de que:

«Mientras subsista el privilegio de que actualmente disfruta

por Leyes especiales el Banco de España, no podrá inscribirse en el Registro Mercantil la emisión de billetes al portador hecha por otros Bancos o Sociedades de crédito, ni tampoco la de obligaciones que se emitan al portador con facultad de los tenedores de cobrarlas a la vista por todo su valor, con renuncia del plazo mayor que se hubiera señalado para su vencimiento.

Esta prohibición es extensiva a la inscripción de obligaciones y cédulas al portador emitidas por compañías de crédito territorial, en tanto subsista el privilegio concedido al Banco Hipotecario de España.»

Dentro de otro orden de ideas, también se recoge otra prohibición por el artículo 127 del mismo al decir: «Si el emisor fuere concesionario de obras públicas que hubieran de revertir en plazo fijo a la Entidad pública otorgante, las obligaciones emitidas habrán de quedar amortizadas o extinguidas totalmente dentro del plazo de reversión, denegándose la inscripción si no resultare así de las condiciones de la emisión.»

Otra prohibición de gran importancia es la establecida por el artículo 2.º del Decreto de 24 de diciembre de 1959, al disponer que si una Empresa española tuviese más del 25 por 100 de su capital en poder de extranjeros, no podrá recurrir al crédito nacional mediante la emisión de obligaciones, sino en una cantidad que no rebase el 50 por 100 de su capital. En virtud de esta regla, siempre que se presente a inscripción una emisión, que bien por sí misma, o bien en relación con las anteriores suponga una cantidad superior a dicho máximo, se deberá exigir por el Registrador una certificación del Registro especial, que se lleva conjuntamente por el Instituto Español de Moneda Extranjera y por la Dirección General de Banca, Bolsa e Inversiones, en la que se acredite cual sea la participación del capital extranjero en la Sociedad de que se trate y cuyo Registro se encuentra instalado en el edificio de la Bolsa de Comercio de Madrid, y tiene como horas de oficina al público de nueve y media a trece y media, según se determinó por la Orden de 24 de diciembre de 1959, completada por la de 10 de febrero de 1960.

La suspensión de la inscripción se establece como medida cautelar por el artículo 126 del Reglamento, al decir:

«Si de los documentos presentados en el Registro Mercantil

para la inscripción de una emisión de obligaciones resultare que con anterioridad se había hecho por el mismo titular otra emisión no inscrita, se suspenderá la inscripción tomándose anotación preventiva por sesenta días.»

Con lo que se armoniza el contenido del Registro con la prelación entre las diferentes emisiones que se regula por el artículo 115 de la Ley de Anónimas, del que después trataremos, el cual ha sido elevado por el 124 del Reglamento a norma aplicable a toda clase de Sociedades.

También como reglas generales, si bien sólo en cuanto a las Sociedades Anónimas, se recogen por los artículos 128 y 129 del Reglamento otros varios actos inscribibles, al disponer:

«128. La modificación de las reglas fundamentales que hayan de regir las relaciones entre la Sociedad y el Sindicato de obligacionistas, así como la de los Estatutos o Reglamentos por que se rija el mismo Sindicato, se harán constar en escritura pública, que se inscribirá en el Registro Mercantil.

129. El nombramiento de Comisario se inscribirá en el Registro Mercantil.

La designación, efectuada en la escritura de emisión, se inscribirá al inscribir ésta. En su día, si procediere, se hará constar que el nombramiento ha sido confirmado por la Asamblea general de obligacionistas presentando, a tal efecto, los documentos a que se refiere el artículo 108 (relativo a los nombramientos de Administradores y que expondremos en el apartado posterior que a ellos dedicamos). En cualquier otro supuesto el nombramiento se inscribirá en virtud de acuerdo de la Asamblea, formalizado por alguno de los medios establecidos en el citado artículo, que acredite la designación y la aceptación del Comisario.

También se inscribirá la remoción del Comisario, en virtud de acuerdo de la Asamblea general de Obligacionistas formalizado conforme a lo preceptuado en el artículo 109» (que se limita a remitirse al 108 antes citado).

Estableciéndose así una serie más de actos inscribibles en relación con la emisión de obligaciones, cuya necesidad era evidente y con los cuales se ha puesto en armonía el Registro, con la tónica de la Ley de Sociedades Anónimas, en cuyos artículos 113,

117 y 125 se encuentra el precedente del 129 del Reglamento, ya que exigían el que en el anuncio de la emisión constase el nombre del Comisario, así como el que esta designación fuese confirmada, o sustituída a la persona, en la primera Asamblea de obligacionistas que se celebrara después de suscrita la emisión y el que dicho Comisario concurriera al otorgamiento del contrato de emisión.

Documentos necesarios para la inscripción.

En esta materia tenemos como especialidad el que el documento inscribible puede ser otro distinto a la escritura pública, que es el caso general. Con el fin de precisar esta cuestión, distinguiremos la emisión de la cancelación y subdistinguiremos a su vez en aquélla tres supuestos distintos; pudiendo así plantear los siguientes:

a) Emisión de obligaciones por una Sociedad Anónima.

Esta emisión tendrá que constar siempre en escritura pública (artículo 90 del Reglamento), con los requisitos que para ella se determinan por su Ley reguladora (artículo 91 del Reglamento). Conforme a ésta, y según su artículo 116, habrá que estimar como tales:

«1.º El nombre, capital, objeto y domicilio de la Sociedad emisora.

2.º Las condiciones de la emisión y la fecha y plazo en que debe abrirse la suscripción.

3.º El valor nominal, intereses, vencimiento y primas y lotes de las obligaciones, si los tuviere.

4.º El importe total y las series de los títulos que deban lanzarse al mercado.

5.º Las garantías de la emisión.

6.º Las reglas fundamentales que hayan de regir las relaciones jurídicas entre la Sociedad y el Sindicato y las características de éste.»

7.º Y el nombre del Comisario, ya que si bien no se indica nada sobre él en el artículo 116 que hemos transscrito, resulta así:

del artículo 117 que lo determina y del 129 del Reglamento, que precisa el que tendrá que constar en la escritura de emisión; además de que el 113 de la Ley no sólo lo recoge como requisito necesario, sino que dispone el que concurra al otorgamiento del contrato de emisión en nombre de los futuros obligacionistas.

Todos estos requisitos son ineludibles, ya que se añade por el párrafo final del artículo 116 que no se podrán poner en circulación los títulos hasta que no haya sido inscrita en el Registro Mercantil la escritura de emisión, y si bien en el 117 sólo se exige la designación del Comisario para la suscripción de las obligaciones o para su introducción en el mercado, al requerir el 129 del Reglamento el que conste en la inscripción, como uno de los requisitos de ésta, el aludido nombramiento, y al exigir su firma en el contrato el 113 de la ley, lo convierte en indispensable para la inscripción de emisión y, por tanto, también para que ésta pueda ponerse en circulación. Sin que esté de más el repetir que igualmente lo es de la escritura.

Además de este caso general, se recoge por el Reglamento otro especial al determinar en su artículo 130, que:

«Deberá constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil, el acuerdo por el que la Junta general faculte a los Administradores para emitir obligaciones. Dicho acuerdo, cuando menos, expresará el importe de la emisión, el plazo máximo de amortización, la serie, número y valor nominal de los títulos, y en su caso, las garantías de la emisión. Los Administradores deberán hacer uso de la referida facultad dentro del plazo de tres años, transcurridos los cuales el Registrador extenderá, si procediere, al margen del asiento, la oportuna nota de cancelación por caducidad».

No vemos inconveniente alguno en que este plazo concedido a los administradores pueda ser prorrogado por otro acuerdo de la Junta general y asimismo el que de esa prórroga se tome razón en el Registro con la finalidad de que la caducidad no opere sino desde la nueva fecha que en él conste.

b) Si la emisión de obligaciones u otros títulos que reconozcan o creen una deuda, en serie impresa y numerada, se llevase a efecto por Sociedades mercantiles no comprendidas en el apartado

anterior, será necesario también el que conste en escritura pública, a fin de que la emisión pueda tener acceso al Registro (párrafo 1.^o del art. 124 del Reglamento).

c) En los restantes casos hemos de distinguir a su vez: Si la emisión se ha realizado afectando para su pago bienes muebles, inmuebles o derechos reales, en que no sólo será necesaria la escritura pública, sino que también resultará indispensable el que ésta haya sido inscrita previamente en el Registro correspondiente, según los bienes (art. 90 del Reglamento). De aquel otro en el que no haya existido esta afección, en el que la inscripción podrá practicarse en virtud de una escritura pública, si se hubiera otorgado, o bien mediante testimonio notarial del acta en la que conste el acuerdo de la emisión, así como las condiciones, requisitos y garantías de las obligaciones, cédulas o billetes emitidos (art. 91 del Reglamento) y cuyas garantías no podrán ser de las comprendidas en el supuesto anterior.

d) En cuanto a las cancelaciones, no tenemos más disposición legal que la contenida en el artículo 131 del Reglamento, colocado precisamente en la Sección que dedica a las Sociedades Anónimas, pero al cual, y ante el silencio que en cuanto a este punto se guarda respecto a las demás clases de Sociedades, tendremos que aplicarlo a todas ellas, si bien teniendo en cuenta la alteración que en su contenido deberá producir las normas especiales de cada una de ellas. Se dice por dicho precepto que:

«La cancelación total o parcial de las inscripciones de emisión de obligaciones se practicará cuando la Sociedad haya recogido todos o parte de los títulos emitidos en cualquiera de los casos establecidos en el artículo 128 de la Ley.

La amortización por pago o por compra de las obligaciones en Bolsa por la entidad emisora se hará constar en instrumento público, en el que se expresará el hecho del pago o de la adquisición con referencia a los libros y documentos correspondientes, y que los títulos han sido recogidos o inutilizados, debiendo dar fe de ello el Notario de que se le han exhibido los títulos inutilizados o de que lo han sido a su presencia.

Si se tratare de obligaciones hipotecarias, la cancelación por amortización se practicará presentando en el Registro cualquiera

de los documentos a que se refiere el artículo 156 de la Ley Hipotecaria, con la nota de haberse practicado la cancelación o cancelaciones correspondientes en el Registro de la Propiedad. También podrá practicarse en virtud de certificación, expedida por el Registrador de la Propiedad, literal o en relación, de la cancelación practicada.

Los convenios celebrados entre la entidad emisora y el Sindicato de obligacionistas, y por los cuales proceda la primera a recoger todas o parte de las obligaciones emitidas, se harán constar en escritura pública, que se inscribirá en los Registros correspondientes, sin perjuicio de lo dispuesto en la Legislación hipotecaria.

Cuando la cancelación sea parcial, se expresará en el documento en cuya virtud haya de practicarse el asiento cancelatorio, y en éste, la serie y número de los títulos a que la amortización se refiera».

Requisitos para la procedencia de estas inscripciones.

A) Requisitos generales para la emisión.

Dilucidada la cuestión del documento inscribible, hemos de pasar al estudio de los requisitos necesarios para ellas, en el que tendremos que seguir la misma pauta de sus distinciones que en aquéllos.

Respecto de las Sociedades Anónimas, se dice por el artículo 124 del Reglamento que serán los recogidos en el capítulo VII de su Ley especial. Pero la consignación de todos esos preceptos aumentaría excesivamente el contenido del presente, y por ello hemos expuesto e iremos exponiendo los más interesantes en el aspecto registral, aunque haciéndolo con ocasión de tratar de la materia específica a que se refieran.

Bien entendido que, conforme al artículo 113 de la Ley, será indispensable la constitución de una Asamblea de obligacionistas, teniéndose que constituir tantos Sindicatos de ellos como series de obligaciones sean las emitidas. Y que el acuerdo de la Junta general, iniciador de la emisión, constituirá la norma fundamental para toda su ulterior tramitación, por lo cual tendrá que figurar

en la escritura, a fin de que pueda apreciarse si la emisión ha sido llevada a efecto en armonía con el contenido de aquél; según ha reconocido la Dirección General en la Resolución de 17 de enero de 1956.

Cuando la Sociedad sea una Limitada, el acuerdo de emisión tendrá que ser adoptado por la mayoría determinada en la escritura social, o en su Ley reguladora en su caso, según se dispone por el artículo 124 de su Reglamento. En el primero de esos supuestos, no existirán dudas sobre la determinación de la mayoría; pero en el segundo, al no determinarse por el precepto reglamentario si se refiere a la de la mitad del capital establecido por el artículo 14 de esa Ley, o a la de socios que a la vez representen los dos tercios del capital, en primera convocatoria, o sólo a esta última de capital en la segunda, que se regula por el artículo 17, surge un problema de interpretación, que no puede tener otra solución, a nuestro juicio, que la de prevalecer el contenido de este último artículo 17, dado que en él se regulan los acuerdos de máxima importancia para la Sociedad, en tanto que el 14 se refiere a los que habrá de adoptar en su vida ordinaria.

Finalmente, cuando la Sociedad fuese una colectiva o comanditaria, el acuerdo de emisión requerirá, según el artículo 124 del Reglamento que comentamos, el consentimiento de todos los socios.

A parte de estos requisitos, distintos según la clase de Sociedad que lleve a efecto la emisión, se señalan otros varios que tienen un ámbito de aplicación general, o, mejor dicho, que son aplicables a toda emisión de obligaciones. Los recoge el mismo artículo 124, al decir: «En todo caso, los títulos de la emisión deberán ser iguales y contener las circunstancias que señala el artículo 112 de la Ley de 17 de julio de 1951, debiendo observarse además en lo procedente lo preceptuado en los artículos 111, 114, 115 y 116 (números 1.^º, 2.^º, 3.^º, 4.^º y 5.^º) de dicha Ley».

Resulta así que al encontrarse el Reglamento con que las únicas normas legales referentes a la emisión de obligaciones son virtualmente las recogidas por el capítulo VII de la Ley de Sociedades Anónimas, ha tomado de ellas las que ha estimado como más fundamentales, con el fin de elevarlas a reglas de aplicación general a toda emisión de obligaciones que se lleve a efecto por cual-

quier Sociedad mercantil, pero estableciendo dos grupos: uno, con las de aplicación necesaria, y otro, con las de aplicación a los casos en que procedan, y a los que añadiremos nosotros uno más, que se deriva de normas ajenas a estas dos legislaciones.

a) Constituyendo el grupo de los requisitos que son de ineludible cumplimiento los recogidos por el artículo 112 de la Ley de Sociedades Anónimas, habrá que tener, por tanto, en cuenta que, según el mismo:

«Los títulos de una emisión deberán ser iguales y contener:

1.^o Su designación específica.
2.^o Las características de la Sociedad emisora y, en especial, el lugar en que ésta ha de pagar.

3.^o La fecha de la escritura de emisión y la designación del Notario y protocolo respectivo.

4.^o El importe de la emisión, en moneda española.

5.^o El número, valor nominal, intereses, vencimientos, primas y lotes del título, si los tuviere.

6.^o Las garantías de la emisión.

7.^o La firma, por lo menos, de un Consejero o Administrador».

El contenido de alguno de esos números requiere ciertas aclaraciones para su desarrollo en la práctica. Así, el requisito de la firma de un Consejero, similar al que para las acciones se recoge por el artículo 11 de la misma Ley, fué reformado, en cuanto a éstas, por el Decreto de 21 de febrero de 1958, en el sentido de que se autorizaba el que esa firma pudiese ser manuscrita, como expusimos al tratar de este extremo en el capítulo anterior; pero ese Decreto se refiere sólo a las acciones, y cita únicamente el párrafo 7.^o del artículo 43 de la Ley; en consecuencia, siendo este requisito uno de los que pueden ocasionar la nulidad de la obligación, no podemos aplicar a éstas por analogía la autorización concedida para las acciones. Igualmente conviene aclarar que al indicarse el que la firma sea de un Consejero, no se exige el que tenga que ser la misma para todos los títulos que se emitan, estando conformes con GARRIGUES y URÍA en que podrá distribuirse dicha obligación entre varios de ellos.

Siguiendo a estos mismos autores y en relación con la posibilidad de que las acciones se emitan con lotes, hay que tener en

cuenta que al quedar sometido este supuesto a la prohibición contenida en el artículo 3.^º de la Instrucción de Loterías de 25 de febrero de 1893, se requerirá para su validez la autorización especial del Ministerio de Hacienda, pues en caso de no obtenerla se estaría dentro de uno de los delitos de contrabando recogidos por la Real Orden de 20 de enero de 1925.

Finalmente, dado el que la inscripción supone una publicidad frente a terceros y dada la necesidad de que en el Registro no tengan acogida los títulos defectuosos, si la emisión estuviese garantizada especialmente, deberá justificarse este extremo en el Registro, a fin de que pueda juzgarse su existencia al realizarse la función calificadora registral.

b) Los requisitos que constituyen el segundo grupo de los exigidos por el artículo 124 del Reglamento, son, en resumen, los siguientes:

Que el importe de la emisión no pueda rebasar el del capital social que esté desembolsado, salvo cuando la emisión esté garantizada por el Estado, Provincia o Municipio, o mediante hipoteca, o con prenda de efectos públicos (arts. 111 y 114, L. S. A.).

Que en cuanto al patrimonio libre de la Sociedad emisora, la prelación de las sucesivas emisiones se regulará por su orden de antigüedad. Gozando de preferencia a favor de los tenedores presentes o futuros de las obligaciones, las garantizadas con hipoteca, con prenda de efectos públicos entregados en un Banco oficial, o bien con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes en que consistan sus respectivas garantías (arts. 114 y 115, L. S. A.). Y sin que pueda plantearse problema alguno respecto a la prelación sobre la garantía, cuando ésta consista en la prestada por el Estado, Provincia o Municipio, dada la naturaleza especial de la misma.

Y que se contengan en la escritura las circunstancias reseñadas bajo los números 1.^º al 5.^º inclusive del artículo 116 de la Ley de Sociedades Anónimas, que omitimos reseñar ahora, por hacerlo con más extensión al tratar con posterioridad de las circunstancias de estas inscripciones.

c) Hemos de señalar, finalmente, dentro del tercer grupo, el requisito que resulta de los Decretos de 22 de abril y de 9 de julio

de 1959, conforme a los cuales, toda Sociedad Anónima o Empresa de carácter económico, que no siendo institución de derecho público, pretenda emitir obligaciones, bonos y demás títulos mobiliarios de interés preestablecido, pagaderos en pesetas, y que no siendo representativos de una parte proporcional de su capital, excedan en el total que se proponga emitir de un valor nominal de cinco millones de pesetas, deberá cumplimentar el trámite de la consulta previa al Comité de Crédito a medio y largo plazo, con anterioridad al anuncio y puesta en circulación de los mismos (artículo 1.º).

No obstante, del contenido de los varios artículos de esos Decretos, y especialmente del apartado final del párrafo 1.º del artículo 1.º, en relación con el artículo 10, no parece el que la inobservancia del referido requisito lleve aparejada la nulidad o la anulabilidad de la emisión, sino solamente la imposición de una sanción, consistente en una multa a la Sociedad o Empresa de que se trate.

B) *Requisitos especiales para las emisiones efectuadas por Sociedades Anónimas.*

Aparte de los anteriores de carácter general, sólo se recogen dos más con el de especiales para estas Sociedades, aparte de un caso también especial, pero en cuanto a la emisión misma.

Se establece el primero de ellos por el artículo 113 de su Ley especial, al disponer:

«Las condiciones de cada emisión, así como la capacidad de la Sociedad para formalizarlas, cuando no hayan sido reguladas por la Ley, se someterán a las cláusulas contenidas en los Estatutos sociales y a los acuerdos adoptados por la Junta general, con sujeción al artículo 58 de esta Ley.

Serán condiciones necesarias la constitución de una Asociación de defensa o Sindicato de obligacionistas, y la designación por la Sociedad de una persona que, con el nombre de Comisario, concurra al otorgamiento del contrato de emisión, en nombre de los futuros obligacionistas».

El segundo está recogido por el artículo 130 del Reglamento,

que, por haberlo transcrita y comentado en el apartado *a)* de los documentos necesarios, evitamos ahora su repetición.

Finalmente, el caso de emisión especial está contenido en el artículo 132 de la Ley de Anónimas, por el que se dispone:

«Las disposiciones de este capítulo (el dedicado a las obligaciones) se entienden sin perjuicio de lo establecido en las Leyes que hayan autorizado una emisión o regulen la suspensión de pagos de ciertas Empresas, como las de ferrocarriles y demás obras públicas».

A parte de aquellas emisiones respecto a las cuales se dé una disposición al efecto antes de llevarla a efecto, estima URÍA como comprendidas en este artículo, por tener normas propias que regulan las emisiones que puedan hacer, a las Compañías de ferrocarriles y demás obras públicas (arts. 186, 187, 190 y 932 del Código de Comercio); Compañías de crédito (art. 176 del C. de C.), y Cédulas y obligaciones de crédito naval (L. Hipoteca naval, de 21 de agosto de 1893, Ley de 24 de enero de 1941 y Ley de 24 de junio de 1942).

C) *Requisitos para la cancelación.*

Continuando con el casuismo que nos impone el contenido de la materia de que venimos tratando, hemos de considerar tres casos dentro del presente enunciado: Cancelación de la garantía; cancelación total de la emisión, y cancelación parcial de la misma.

1.^o *Cancelación de la garantía.*

No recoge el Reglamento este supuesto, lo cual no quiere decir que el mismo no sea inscribible, antes al contrario, esta inscripción será indispensable, dado lo profundamente que con esa cancelación se va a alterar el contenido de la emisión, y por ende, el de la inscripción que la refleja. En consecuencia, nos encontraremos dentro del supuesto de inscripción obligatoria que se recoge por el número 8.^o del artículo 86 del Reglamento, conforme al cual lo serán con este carácter «todos los actos, contratos y acuerdos sociales que modifiquen el contenido de los documentos inscritos e influyan sobre la libre disposición del capital».

Unicamente se contiene una norma precisa en la Ley de Sociedades Anónimas, al establecer en su articulo 131 que:

«Para cancelar total o parcialmente las garantías de la emisión, será necesario presentar y estampillar los titulos correspondientes o inutilizarlos, sustituyéndolos por un duplicado cuando subsista el crédito sin la garantía.

Exceptúase el caso número 2.^o del artículo 128 (convenios entre la Sociedad y el Sindicato) si el acuerdo de cancelación hubiera sido válidamente adoptado por mayoría y el Sindicato no pudiera presentar todos los titulos».

El precepto se refiere, como vemos, a dos supuestos distintos de cancelación de la garantía, la de ésta solamente y la motivada en la recogida de las obligaciones emitidas. El primero de ellos, que es el que ahora nos interesa, no puede concebirse si no es en virtud de convenio al efecto entre la Sociedad y el Sindicato de obligacionistas, que requerirá para su validez, conforme al articulo 124 la aprobación por la mayoría absoluta, siempre que asistan a la Asamblea las dos terceras partes de las obligaciones en circulación, si se tratase de la primera convocatoria; o sólo la mayoría aludida respecto a los asistentes, cualquiera que sea su número y representación, cuando se trate de la segunda convocatoria.

La escritura que recoja ese acuerdo, con los requisitos necesarios para él, será el medio hábil para hacer constar en el Registro Mercantil la susodicha cancelación de la garantía, en armonía con lo dispuesto en el articulo 131 del Reglamento. Excepcionalmente, si la garantía fuese la hipotecaria, para la cancelación en el Mercantil deberá precederle la realizada en el de la Propiedad, según ordena el precepto del Reglamento que hemos aludido. Con esto entra en juego otra normación sobre los requisitos que deberá reunir la cancelación, la cual nos originará un problema de determinación de mayorías, del que pasamos a tratar.

Efectivamente, el párrafo final del articulo 156 de la Ley Hipotecaria exige como requisito indispensable para la efectividad registral del acuerdo de cancelación adoptado por el Sindicato de obligacionistas, el que se haya obtenido la aprobación de los tenedores que representen las tres cuartas partes de los titulos en circulación. Y esta disposición parece estar en contraposición con la ya aludida del 124 de la Ley, en la que sólo se exige la mayoría,

aunque añadiendo además la de que si es en primera convocatoria deberán estar presentes, al menos, las dos terceras partes de las obligaciones en circulación.

La oposición entre ambos preceptos no es insoluble, a nuestro juicio. Basta considerar para ello que el artículo de la Ley de Anónimas contiene una norma general, en tanto que el de la Ley Hipotecaria recoge un caso concreto, y sin que por esto el primero haya derogado al segundo. Que esta coetaneidad de normas es real y, por tanto, tendrán que ser interpretadas en el apuntado sentido, nos lo revela el que al desarrollar el Reglamento del Registro Mercantil los preceptos de este orden, regula en su mayoría los casos generales y además dedica una regla especial para este supuesto de garantía hipotecaria, consistente en la del precepto hipotecario a que se remite.

Podemos, pues, sentar la conclusión de que como requisito especial en la cancelación de la garantía, cuando ésta sea hipotecaria, tanto para el caso de subsistencia del crédito como para el de que éste se extinga a la vez que ella, se requerirá, el que el convenio entre la Sociedad y el Sindicato de obligacionistas haya sido aprobado en la Asamblea de estos últimos, por tenedores que representen al menos las tres cuartas partes de los títulos en circulación.

2.º Cancelación por reccgida de la emisión.

Dice el párrafo 1.º del artículo 131 del Reglamento, con un carácter general que «la cancelación total o parcial de las inscripciones de emisión de obligaciones se practicará cuando la Sociedad haya recogido todos o parte de los títulos emitidos en cualquiera de los casos establecidos en el artículo 128 de la Ley»; que no es otra que la de Anónimas, dado el epígrafe y contenido de la Sección en que se halla encuadrado el precepto.

Estudiando sistemáticamente los súpuestos a que se remite, así como algunos otros no comprendidos en aquél, podemos distinguir los siguientes grupos:

a) Casos generales.

Cuando se trate de amortización o pagó por haber llegado el momento de su vencimiento, en los de amortización anticipada.

de acuerdo con las condiciones de la escritura de emisión en los de adquisición en Bolsa de las obligaciones, con la finalidad de amortizarlas (núms. 1.^o y 3.^o del art. 128 de L. S. A.), se hará constar cualquiera de esas circunstancias en el instrumento público al efecto, en el que además se recogerá el hecho del pago o de la adquisición, con referencia a los libros y documentos correspondientes, y el que los títulos han sido inutilizados, debiendo dar fe el Notario de que así se ha llevado a efecto en su presencia, o de que se le han presentado en ese estado (párrafo 2.^o del artículo 131 del Reglamento).

b) *Supuesto especial cuando la garantía sea hipotecaria.*

La especialidad de este caso ha quedado ya expuesta y resuelta en el anterior número primero, por lo que omitimos su repetición, ya que a este efecto vimos que era indiferente el que se cancelase sólo la garantía, por subsistir el crédito, como si la cancelación de ella se motivare en la extinción de aquél.

c) *Conversión de obligaciones en acciones.*

El supuesto de cancelación por conversión de las obligaciones en acciones que se recoge por el número 4.^o del artículo 128 de la Ley, lo hemos estudiado ya desde su otro aspecto, o sea, al tratar de los aumentos de capital, por lo que nos remitimos a lo que allí expresamos. Unicamente hemos de añadir ahora que la cancelación se realizará en virtud de los mismos documentos que expusimos como necesarios para la inscripción del aumento de capital y en los que se habrá reflejado el acuerdo en este sentido de los titulares de las obligaciones que se extinguieren por su conversión en acciones.

Podrá ocurrir también que no se realice la conversión de la totalidad de las obligaciones, y dentro de ese supuesto, el que éstas queden pendientes de pago hasta el momento de su vencimiento, o bien que se extingan ahora a la vez que se convierten las restantes. Esta modalidad nos enfrentará: o con un caso de cancelación parcial respecto a las obligaciones convertidas; o con el de cancelación total, pero en virtud de dos títulos distintos y con los requisitos propios de los dos: pago y conversión.

d) *Cancelación en virtud de convenio.*

Como la última de las causas de cancelación recogidas por el artículo 128, nos encontramos con la contenida en su número 2º, expresivo de que podrá darse lugar a la cancelación de la emisión, a «consecuencia de los convenios celebrados entre la Sociedad y el Sindicato de obligacionistas». Respecto a la cual se expresa a su vez por el número 4º del 131 del Reglamento, que «los convenios celebrados entre la Entidad emisora y el Sindicato de obligacionistas, y por los cuales proceda la primera a recoger todas o parte de las obligaciones emitidas, se harán constar en escritura pública, que se inscribirá en los Registros correspondientes, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación hipotecaria». De cuyo precepto no requiere aclaración más que el apartado final, la remisión a la Ley Hipotecaria, que por haberla tratado con anterioridad, lo damos aquí por reproducido.

e) *Cancelación por disolución.*

Con esta causa de cancelación entramos en el grupo de las que, como ya indicamos al principio, no están recogidas ni por la Ley de Anónimas ni por el Reglamento, y respecto a la cual se distingue por Uría (obra citada) entre la cancelación por disolución de la Sociedad y la cancelación por quiebra de la misma; si bien nosotros las agrupamos en una sola, ya que la última será, en definitiva, una causa más de disolución de la Sociedad, que nos producirá idénticos efectos en cuanto al problema que tratamos, aparte de la cancelación que a consecuencia de la quiebra pueda originarse en virtud de convenios entre los acreedores y la Sociedad, incluso respecto a obligaciones aún no vencidas, ya que éstas vencerán en la fecha de la declaración de quiebra (al art. 883 del C. de C.).

Producida, pues, la disolución de una Sociedad cuando aún tuviere emitidas una o varias series de obligaciones, si éstas se reintegrasen a sus tenedores, bien por estar previsto el pago anticipado o bien por llegarse a un convenio en ese punto con el Sindicato de obligacionistas, no surgirá problema alguno, pues nos encontraríamos en uno de los varios supuestos de cancelación que hemos contemplado con anterioridad y que han sido reco-

gidos por el referido artículo 128 de la Ley de Anónimas, y siendo precisamente el último de los dos aludidos, o sea el de convenio o con el Sindicato de obligacionistas, que precederá, por regla general, en los casos de quiebra originadora de la disolución.

Pero si la Sociedad se disolviese por una causa distinta a la de quiebra y en ese instante no estuviese vencida la emisión, ni se llegase a un convenio al efecto con el Sindicato de obligacionistas, ni se contuviese en la emisión una estipulación sobre la posibilidad de pago anticipado, el problema de su cancelación, o mejor dicho, el problema sobre la forma y requisitos para ella, nos surgirá necesariamente, y ello en dos direcciones distintas, o sea, en relación con la cancelación de la emisión y en relación con la inscripción de extinción de la Sociedad.

Es evidente que el Registrador no podrá practicar ningún asiento de extinción de una Sociedad, y nótese que hablamos de asiento de extinción y no de asiento de disolución, sin que se hayan cumplido por parte de los liquidadores las obligaciones que les impone la Ley, para lo cual tienen como plazo el lapso de tiempo que media entre la disolución, originadora de un asiento al efecto en el correspondiente Registro Mercantil, y la extinción, que da motivo al último de los asientos o extenderse en el folio registral de la Sociedad de que se trate.

También lo es el que entre esos deberes cuyo cumplimiento habrá tenido que ser efectuado dentro de dicho plazo y los que, por tanto, deberán ser justificados al tiempo de solicitarse la extinción de la Sociedad con el fin de que pueda ser objeto de la oportunua calificación registral, se encuentra el recogido por la regla 1.^a del artículo 162 de dicha Ley, consistente en que se satisfagan, o consignen, los créditos vencidos y se asegure el pago de los que aún no lo estuvieren, y entre cuyos créditos se encontrarán, por tanto, las obligaciones de que venimos tratando.

Finalmente, cumplidos esos requisitos respecto a los créditos, tendrá que procederse por el Registrador Mercantil a extender la oportunua inscripción de extinción de la Sociedad, a la vez que realizará la de cancelación de las emisiones de obligaciones que aún no lo hubiesen sido. Todo ello en virtud de la solicitud presentada al efecto por parte de los liquidadores y de conformidad con lo preceptuado en el artículo 168 de la referida Ley de Socie-

dades Anónimas. Con lo cual vemos que la disolución trata de operar como una causa de extinción, no sólo de la Sociedad, sino de cualquier emisión de obligaciones como otro más de los créditos existentes contra ella en ese instante de la disolución.

Podrá parecernos que no deberá ser causa bastante para procederse a la cancelación de la emisión, el que se haya asegurado su pago, y doctrinalmente somos de la opinión de que debería de haberse regulado con mayor minuciosidad esa garantía, con la finalidad de evitar los posibles fraudes; aunque no dejamos de advertir, como puede haber estado en el ánimo del legislador la idea, de que la mejor seguridad para la eficacia de la garantía radicaba en la vigilancia que se debería ejercer, en este sentido por el Sindicato de obligacionistas, el cual podría impugnar la liquidación del haber social, fundándose en el incumplimiento de la obligación a que nos referimos, siempre que estime insuficiente la cantidad o la forma en que se haya asegurado el pago futuro del importe de la emisión.

Pero si del derecho constituyente pasamos al constituido, la cuestión no parece admitir duda en el aspecto legal. El artículo 168 de la Ley dice claramente que en virtud de la solicitud presentada por los liquidadores de la Sociedad, los Registradores Mercantiles procederán a la «cancelación de los asientos de la Sociedad extinguida», sin distinguir cual sea su clase, ni excluir a ninguno, pues parte de la base de que en ese instante han sido satisfechos todos los créditos contra la Sociedad o que, en su defecto, se ha asegurado su pago. Y entre estos asientos presupone que puedan encontrarse los de emisiones de obligaciones no satisfechas, como lo demuestra no sólo la amplitud de los términos que utiliza para esa declaración, sino incluso el contenido de otros artículos relacionados con él, como es el 171, en el cual se cumple una expresión, y una referencia tan directa a las obligaciones, que no podemos menos de apreciar no sólo el que éstas han de ser satisfechas con el capital de la Sociedad, sino que han de serlo durante precisamente ese periodo de liquidación que culmina con la inscripción de extinción.

La cuestión no tiene una solución legal tan clara, cuando la emisión hubiese sido garantizada mediante hipoteca, ya que, como en este supuesto, y según el artículo 131 del Reglamento, se hace

depender la cancelación de la emisión en el Registro Mercantil, de la hipoteca en el de la Propiedad, como hemos visto en apartados anteriores, el problema se transfiere al orden hipotecario, entre cuyas normas tendremos que indagar su solución. El artículo aplicable resulta ser el 156 de la Ley Hipotecaria, no sólo por su contenido, sino porque a mayor abundamiento, a él se remite el 131 del Reglamento del Registro Mercantil que hemos aludido.

Examinando en el orden hipotecario los distintos supuestos de cancelación que pueden darse a consecuencia de la disolución de la Sociedad, hemos de apartar, en primer lugar, el de convenio con el Sindicato de obligacionistas, ya que estando previsto y admitido por el artículo 156 de la Ley Hipotecaria lo hemos aludido y resuelto con reiteración en varios supuestos anteriores, especialmente al tratar del problema de la determinación de las mayorías necesarias para la validez del acuerdo.

Otro caso posible y con solución legal clara es el de que al disolverse la Sociedad se encuentren satisfechos un número de títulos que equivalgan a las tres cuartas partes de las obligaciones emitidas, ya que, una vez realizado el requisito de asegurar el importe de los que aún faltan por satisfacer, para darse cumplimiento con ello, tanto a la obligación impuesta a los liquidadores y que antes indicamos como del requisito que después expondremos, nos encontraremos dentro de uno de los supuestos de cancelación de la hipoteca recogida expresamente por el referido artículo 156 de la Ley Hipotecaria.

Se dice al efecto por su párrafo 3.º: «Asimismo procederá la cancelación total si se presentasen, por lo menos, las tres cuartas partes de los títulos emitidos y se asegurase el pago de los restantes, consignando su importe y el de los intereses que procedan en el establecimiento público destinado al efecto. La cancelación, en este caso, deberá acordarse por sentencia, previos dos llamamientos por edictos, publicados en el *Boletín Oficial del Estado*, y tiempo de dos meses cada llamamiento, a cuantos se consideren con derecho a oponerse a la cancelación.»

A lo que se añade por el párrafo 2.º del artículo 211 del Reglamento Hipotecario, que: «Si la cancelación se verificase por decisión o por providencia ejecutoria dictada en procedimiento ordi-

nario o especial, o en el que establece el párrafo 3.^o del artículo 155 de la Ley, se hará constar la recogida e inutilización de los títulos de que se trate por testimonio del Secretario que intervenga en el procedimiento respectivo.»

El problema de la cancelación queda así solucionado, y como vemos, tomándose más garantías para asegurar el pago de los títulos no inutilizados. Lo cual hubiera podido servir de pauta para una normación al efecto en la Ley de Anónimas, o en el Reglamento del Registro Mercantil, que, como dijimos, eran demasiado sucintos al respecto.

En todos los demás casos la solución a que nos llevará la legislación hipotecaria parece excluir la cancelación fundada en el mero hecho de haberse asegurado el pago de las obligaciones no vencidas, que para las no garantizadas con hipoteca es la solución mercantilista en este punto.

Efectivamente, dentro del artículo 156 de la Ley Hipotecaria sólo encontramos dos normas que puedan aplicarse a estos supuestos y que son las recogidas en sus párrafo 1.^o y 2.^o, en los que se establece:

«La cancelación de las inscripciones de hipoteca constituidas en garantía de títulos transmisibles por endoso se efectuará presentándose la escritura otorgada por los que hayan cobrado los créditos, en la cual debe constar haberse inutilizado en el acto del otorgamiento los títulos endosables, o solicitud firmada por dichos interesados y por el deudor, a la cual se acompañen inutilizados los referidos títulos, o bien previo ofrecimiento y consignación del importe de los títulos, hecha en los casos y con los requisitos prevenidos en el artículo 1.176 y siguientes del Código Civil.

Las inscripciones de hipotecas constituidas con objeto de garantizar títulos al portador se cancelarán totalmente si se hiciere constar por acta notarial estar recogida y en poder del deudor toda la emisión de los títulos debidamente inutilizados.»

Estos dos párrafos contemplan realmente los supuestos de cancelación planteados cuando la Sociedad aún no ha sido disuelta, y esa circunstancia influye indudablemente en su contenido, el que, por tanto, requiere ciertas adaptaciones al aplicarlo al caso

que nos ocupa y para las que les deberemos tener en cuenta los tres postulados siguientes:

En primer lugar, y en relación con las obligaciones, al estar garantizadas, o lo que es lo mismo, al tener asegurado su pago al través de la hipoteca con el valor de la finca, no entrarán dentro del grupo de los créditos, cuyo pago deberá ser asegurado por los Liquidadores antes de procederse a la liquidación del haber social.

En segundo lugar nos encontraremos con el hecho de que si bien los bienes sobre que recae la garantía habrán tenido que ser adjudicados, enajenados durante la liquidación o a consecuencia de ella, habrá tenido que serlo con el gravamen que supone la hipoteca.

Y por último, que por regla general, en el momento que vengan las obligaciones y sea satisfecho su importe, el propietario de la finca, e interesado, por tanto, en la cancelación de la garantía, la cual es indispensable para la de la hipoteca, será un tercero extraño a una Sociedad que ya no existe y al que no parecen referirse los dos párrafos transcritos, lo cual parece involucrar la idea de que no cabrá así el cancelar dicha hipoteca. Este extremo, que es indudablemente el de más importancia, ha sido solucionado con gran sentido jurídico por la Resolución de 29 de diciembre de 1914, que, pese a su fecha, continúa de actualidad en cuanto a su contenido, pues sostiene el criterio de que no cabe dudar del interés directo que en la cancelación tiene el tercer poseedor de la finca hipotecada, aparte de que podría ser requerido de pago al tener el carácter de deudor, con lo que sería perturbado, o podría serlo, en el aprovechamiento de las cosas por la reclamación del acreedor.

Hay que admitir, en consecuencia, que vencidas las obligaciones y satisfecho su importe, la cancelación de la hipoteca, que involucra la posterior de la emisión, puede llevarse a efecto por los obligacionistas y el tenedor de los bienes hipotecados, supliéndose así la inexistencia de una Sociedad que ya está extinguida.

f) *Cancelación por no llegarse a poner en circulación la emisión acordada.*

Es ésta la última de las causas de cancelación de que venimos tratando y que, como la anterior, no está recogida tampoco en la enumeración contenida en la Ley de Sociedades Anónimas, si bien cuando se trate de obligaciones garantizadas con hipoteca, la posible cancelación de ella por faltar la puesta en circulación, ha sido recogida en el artículo 156 de la Ley Hipotecaria. Con ello, y siguiendo el criterio del 131 del Reglamento del Registro de autorizarse la cancelación de la emisión de las obligaciones que tengan una garantía de este especie, si se acredita el haberse practicado en el Registro de la Propiedad la de la hipoteca de que se trate, tenemos al menos una doctrina legal para un grupo de ellas, lo cual nos limita bastante la laguna legal en este extremo.

Dice al efecto el párrafo 6.^o del citado artículo 156, que: «Las hipotecas constituidas en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador podrán cancelarse totalmente si la Entidad emisora declara que no han sido puestos en circulación; justifica la declaración con una certificación de su contabilidad, expresiva de que no ha habido el ingreso en la caja, correspondiente al valor de los mismos, y publica sendos anuncios en el *Boletín Oficial* de la provincia y en un diario, si lo hubiere, de la localidad en que radiquen las fincas y en donde esté domiciliada la Entidad, notificando al público su propósito de solicitar la cancelación.»

Solucionado el procedimiento respecto a las obligaciones hipotecarias, ya que como dijimos, bastará presentar en el Registro Mercantil esos mismos documentos con la nota de despacho por el de la Propiedad, o una certificación de ello, literal o en relación, para que se proceda a cancelar la emisión de aquél (párrafo 30, art. 131 del Reglamento), nos encontramos con una completa orfandad legislativa en cuanto a todos los demás casos. Esta situación no puede por ello llevarnos a la conclusión de que sea imposible esa cancelación, ya que si es legal y está prevista la de emisión en los supuestos de amortización, pago, etc., es mucho más lógico el que pueda cancelarse un asiento, el de emisión, que anunciaba la existencia de una obligación que no ha llegado a tener virtualidad. Pero admitida así la licitud de estas cancela-

ciones y vista la carencia de procedimiento legal el efecto, la solución de esta laguna legal hay que reconocer que es por ahora una cuestión opinable.

A nuestro juicio, deberá de distinguirse en estos casos, según que en el momento de solicitarse la cancelación, esté ya publicado en el *Boletín Oficial del Estado* el anuncio de la emisión, a que se refiere el artículo 117 de la Ley de Anónimas, o que aún no se haya llevado a efecto este trámite. Radicando la importancia de esta distinción en los requisitos que deben adoptarse para la posible cancelación, ya que análogamente a lo dispuesto por la Ley Hipotecaria, y en armonía con el criterio informador del citado artículo 117, publicado dicho anuncio, deberá de serlo también otro en el que se manifieste el propósito de solicitar la cancelación de la emisión por desistirse de ella.

Cumplido ese requisito en los casos en que proceda, entendemos que deberá seguirse un procedimiento similar al establecido por el artículo transcrita de la Ley Hipotecaria, aplicándose así ese precepto por criterio de analogía, si bien con las variantes que hemos apuntado en el párrafo anterior.

g) *Cancelación de la autorización para efectuar una emisión.*

Realmente no se trata aquí propiamente de una cancelación de emisión, pues ésta no ha llegado a existir en cuanto a ninguno de sus trámites, sino de una caducidad de la autorización concedida a determinadas personas por la Junta general. De ella trata el artículo 130 del Reglamento, que por haber sido expuesto en el párrafo a) del apartado «Documentos necesarios para la inscripción», de esta misma pregunta, omitimos repetir.

Circunstancias de estas inscripciones.

Los requisitos de las inscripciones de emisiones de obligaciones vienen expuestos en el párrafo final del artículo 124, conforme al cual:

«Toda inscripción de emisión de obligaciones en el Registro Mercantil contendrá las circunstancias señaladas en los números 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del artículo 116 de la Ley de 17 de julio de 1951

(de Anónimas), las garantías de la emisión, en su caso, y las reglas fundamentales que hayan de regir las relaciones jurídicas entre la Sociedad y el Sindicato y las características de éste, si se establecieren.»

De este precepto, así como del de la Ley de Anónimas a que se remite, del 120 del mismo Reglamento y de los formularios oficiales, resultan como circunstancias de las inscripciones a que nos estamos refiriendo:

1.^a Nombre, capital, objeto y domicilio de la Sociedad emisora.

2.^a Las condiciones de la emisión y la fecha y plazo en que debe de abrirse la suscripción.

3.^a El valor nominal, intereses, vencimiento, primas y lotes de las obligaciones, si los tuviere.

4.^a El importe total y las series de los títulos que deban lanzarse al mercado.

5.^a Las garantías de la emisión, en su caso.

6.^a Las reglas jurídicas entre la Sociedad y el Sindicato y las características de éste, si se establecieran.

7.^a El nombre y demás circunstancias del Comisario designado inicialmente al llevarse a efecto la emisión; y

8.^a La referencia al pago o exención del Impuesto de Derechos reales y al archivo de la carta del pago del mismo en su caso.

El contenido de la circunstancia reseñada bajo el núm. 6.^a, si bien no originaba dudas en casi ninguna clase de Sociedad, parecía no ocurrir lo mismo en cuanto a las Anónimas, dada la forma en que está redactado el número análogo de su artículo 116; no obstante, dados los términos tan claros que se utilizan por el 124 para exigir la constancia registral de las reglas jurídicas entre la Sociedad y el Sindicato sólo «si se establecieren», parece alejar con ello toda duda sobre la inscribibilidad de la emisión, en la que no se establecieren ninguna, ya que es evidente que, en ese caso, tendrán pleno vigor las normas legales al efecto, las cuales suplirán aquel silencio, en cuyo sentido se ha manifestado la Dirección General mediante su resolución de 17 de enero de 1956.

NOMBRAMIENTO Y CESE DE ADMINISTRADORES Y LIQUIDADORES.
PODERES..

La obligación de que se inscriban en la hoja abierta a cada Sociedad, el nombramiento y cese de los administradores y liquidadores, así como los poderes que aquélla otorgue y sus modificaciones, revocación y sustitución que se establece por los números 5.º y 6.º del artículo 86 del Reglamento, no tiene más excepción que la que se recoge por el mismo precepto en cuanto a los poderes, de que «no será obligatoria la inscripción de las escrituras de poderes generales para pleitos o para la realización de uno o varios actos concretos que no estén sujetos a inscripción.»

Podría estimarse como un caso de inscripción dudosa, el de la reelección de uno o varios de los administradores; pero, a nuestro juicio, no existe duda sobre la obligatoriedad de inscribir la reelección, ya que hay que estimarla como un nuevo nombramiento sujeto a inscripción en la misma forma que el primero. Para esta opinión nos fundamos no sólo en la estricta de constituir un nuevo nombramiento, si bien lo sea en favor de la misma persona que ya lo ejercía, sino especialmente en el hecho de que no podrá producir ningún efecto hasta que haya sido aceptado por el reelegido. En virtud de ella nos encontramos con que concurren las dos circunstancias que son precisamente las fundamentales para la vigencia de cualquier nombramiento y que constituyen la esencia de lo que se quiere publicar, lo cual es en definitiva la función de la inscripción y el contenido de ella en el presente caso, como después veremos.

Aparte de la obligatoriedad indicada, se contienen pocas normas en el Reglamento sobre tan compleja materia, dada la diversidad de casos que pueden plantearse en la práctica; pudiendo citar entre ellas la del párrafo 2.º del artículo 4.º, expresivo de que: «También será necesaria la previa inscripción de las facultades de los gerentes o administradores para inscribir los actos o contratos otorgados por los mismos.»

Este precepto reglamentario ha venido a confirmar una interpretación jurisprudencial sobre ciertas dudas surgidas respecto al contenido del párrafo segundo del artículo 72 de la Ley de

Anónimas, con lo que se le da un mayor realce a esa doctrina. De la redacción no muy afortunada de ese párrafo surgió la de que si bastaría la aceptación del cargo por los administradores para poder realizar los actos derivados del mismo o si sería necesario, además, su inscripción en el Registro Mercantil, habiéndose inclinado la Dirección General, en su Resolución de 27 de marzo de 1957, por la doctrina, lógica en sumo grado, de que para poder comparecer los administradores en una escritura y precisamente con su carácter de tales, sería indispensable el que su nombramiento se encontrase inscrito en el Registro Mercantil. Lo cual es en esencia lo que ha venido a decirse por el artículo 4.^º que hemos transscrito.

Igual parquedad de normas nos encontramos en todo lo referente a los documentos necesarios para realizar la inscripción, ya que si bien respecto a los poderes se exige la escritura pública por el párrafo 1.^º del artículo 90 del Reglamento, al referirse a los administradores en el 4.^º, se limita a indicar que «se observará lo que se dispone en este Reglamento.»

Fuera de esta regla general sólo contiene el Reglamento cuatro artículos más que dedica a las Sociedades Anónimas y a las de Responsabilidad Limitada, sin aludir para nada a todas las demás, quizás por entender que en las Colectivas y Comanditarias la idea de la administración es consustancial con la estructura de la Sociedad misma, la cual sólo podrá a lo sumo, nombrar Gerentes, etc.

El artículo 108, dedicado a las Sociedades Anónimas, recoge, tanto las reglas determinantes del documento inscribible como las circunstancias de la inscripción misma, diciendo al respecto:

«La inscripción en el Registro del nombramiento de administradores podrá practicarse en virtud de cualquiera de los siguientes documentos:

1.^º Si el Administrador hubiera aceptado el cargo en Junta general:

a) Testimonio notarial del acta de la Junta, por exhibición del libro correspondiente.

b) Certificación del acta de la Junta, expedida por el Secretario y visada por el Presidente, cuyas firmas deberán ser legítimas.

madas mediante testimonio notarial específico en que se exprese, además, el ejercicio legítimo de los cargos.

2.^º Si el Administrador designado no hubiera aceptado el cargo en Junta general, será necesario acreditar su nombramiento por alguna de las formas señaladas en el apartado anterior. La aceptación del Administrador podrá hacerse constar mediante cualquier documento suscrito por éste, cuya firma deberá ser legitimada por testimonio notarial, o bien por certificación del Consejo que reúna los requisitos exigidos en la letra b) del apartado 1.^º

3.^º En ambos casos, escritura pública que acredite las circunstancias del nombramiento y la aceptación del designado.

En la inscripción se harán constar los nombres, apellidos, edad, nacionalidad y domicilio de los administradores.»

Este precepto, en el que se da rango legal a la doctrina que se sentó por la Dirección General en sus resoluciones de 29 y 30 de noviembre de 1955, adicionada con las circunstancias reseñadas por el artículo 72 de la Ley de Anónimas, ha recogido a su vez otras no comprendidas en ninguna de esas fuentes, pero omitiendo varias más que nos parecen esenciales.

• Contiene como novedad, la autorización, quizá evidente, de que el nombramiento y la aceptación puedan constar en escritura pública, a la vez que la de exigir la «edad» entre las circunstancias de la inscripción.

En cambio, se aprecian como omisiones: «la de no exigir indicación alguna sobre el plazo de duración, ya que si bien en el artículo 72 de la Ley se les fija un máximo de cinco años, éste podrá ser menor y sería muy conveniente que un dato que puede repercutir en la validez de una actuación cualquiera de los administradores queda precisado con claridad y no dejado a la imprecisión de presumirse que será el de cinco años, señalado por la Ley. Y asimismo, la de no recogerse alguna manifestación del aceptante del cargo de administrador, de que no se encuentra incursivo en ninguno de los casos de incompatibilidad o incapacidad que se indican en los artículos 14 del Código de Comercio y 82 de la Ley de Anónimas y en el Real Decreto de 24 de diciembre de 1928 y Decreto-Ley de 13 de marzo de 1955. Por todo ello, si

esos datos resultaren del documento presentado, estimamos que sería muy conveniente su reseña en la inscripción.

E igualmente se refiere a estas Sociedades el artículo 109, que se limita a determinar el que «para inscribir la separación de los administradores se presentará cualquiera de los documentos señalados en el artículo anterior».

Finalmente, hemos de señalar que por el párrafo 2.^o del artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas se determina en cuanto al plazo para solicitar esta inscripción, que «el nombramiento de los administradores surtirá efecto desde el momento de su aceptación, y deberá ser presentado a inscripción en el Registro Mercantil dentro de los diez días siguientes a aquélla». Pero sin que esa designación impida el que pueda llevarse a efecto una vez que haya pasado, como implícitamente lo reconoce la Resolución de 17 de julio de 1956 e incluso la de 27 de marzo de 1957, sino que éste servirá únicamente para determinar quién será el responsable de los daños y perjuicios que se puedan originar a la Sociedad por haberse omitido la inscripción dentro del plazo señalado por la Ley.

Los artículos que dedica a las de Responsabilidad Limitada, son casi un trasunto de los expuestos, a los que, por otra parte, se remite. Así, se dispone por el 121, que:

«Será obligatoria la inscripción del nombramiento y aceptación de los administradores en el Registro Mercantil, que se practicará en virtud de cualquiera de los documentos a que se refiere el artículo 108. Si se tratara de administradores no socios, será necesario la escritura pública.

En todo caso deberán constar en la inscripción los nombres, apellidos, edad, domicilio y nacionalidad de los administradores.»

Añadiéndose por el 122, que:

«Para inscribir la separación de los administradores nombrados en la escritura de constitución de la Sociedad, será necesaria escritura pública, en que se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos por el artículo 17 de la Ley (dedicado a la determinación de las mayorías).

Para inscribir la separación de los administradores que no hubieren sido nombrados en la escritura fundacional, será necesario acuerdo adoptado por socios que representen la mayoría del

capital. Dicho acuerdo se formalizará mediante alguno de los documentos señalados en el artículo 109.»

Las disposiciones dedicadas a la inscripción de los poderes son menos aún, pues aparte de la determinación por el artículo 86 de la necesidad de su inscripción y de cuáles no estarán sujetos a este requisito, así como de la exigencia del 90, de que será la escritura pública el «título capaz de producir la inscripción», no se contiene más norma en este punto que la especial para las Sociedades Anónimas que después transcribimos. No obstante, pese a que el artículo 77 está colocado dentro del Título II que se dedica a los comerciantes individuales, el requisito exigido por él de que en las inscripciones de los poderes se transcriban «las facultades conferidas», entendemos que deberá ser también aplicable a estos supuestos de las Sociedades, dado el carácter general que tiene aquella parte de su contenido, que dedica a los poderes.

La aludida norma especial está contenida en el artículo 110, expresivo de que: «El nombramiento de Comisión ejecutiva o de Consejero delegado, y en general la delegación permanente de todas o parte de las facultades del Consejo de Administración, así como los poderes generales que en su caso acordare conceder la Junta general y la modificación o revocación de todos estos actos, constarán en escritura pública, que deberá inscribirse en el Registro Mercantil.»

En este punto, y más para uso de los Consejeros jurídicos de la Sociedad que para el Registrador Mercantil, a quien llegará ya resuelta la cuestión, advertimos que las imprecisas fronteras entre el arrendamiento de obras y servicios y el mandato, parecen encontrarse, en que éste sólo puede ser concebido como dirigido hacia unas relaciones jurídicas futuras con un tercero (civil), para cuya consecución nace y por tanto, siempre que sea posible el que surja este tercero se requerirá la existencia de un mandato, bien como contrato independiente o bien como agrégado a un arrendamiento de obras y servicios. Distinción que será muy necesaria cuando se trate de analizar las funciones que van a ser concedidas al Director de una Sucursal o Agencia de nueva creación, en atención a la actuación que de ellos se pretende.

TRANSFORMACIÓN, FUSIÓN Y RESCISIÓN PARCIAL.

*Transformación.*A) *Consideraciones generales.*

Habiéndose concretado en el lenguaje jurídico-mercantil el significado de este término a aquellas modificaciones del contrato social que se refieren al cambio de forma de la Sociedad, sólo trataremos ahora de ese aspecto, reservando los demás supuestos de modificación para una pregunta propia del siguiente capítulo, salvo en cuanto aquellas otras modificaciones de que hemos tratado en el anterior, por haberse también independizado como grupos típicos del más general a que aludimos, según ocurre con los aumentos y las disminuciones en el capital social.

Son bastante escasas las normas legales de esta materia de la transformación, ya que incluso el Código de Comercio sólo contiene una alusión en el artículo 175, quedándonos así atendidos solamente a los preceptos reglamentarios en este punto, que constituyen, por tanto, las únicas reglas generales, aparte de las especiales que se recogen por la Ley de Sociedades Anónimas y de la alusión contenida en el artículo 17 de la de Sociedades de Responsabilidad limitada.

Si estimásemos la transformación desde un punto de vista netamente mercantil, tendríamos que considerar tres grupos fundamentales: la de Sociedades civiles en mercantiles; la de éstas en aquéllas, y la de Sociedades mercantiles o civiles con forma mercantil, de una a otra de sus diversas clases. Pero como el aspecto que aquí nos interesa es en relación con el Registro Mercantil, la clasificación queda más limitada. El primer grupo sólo nos motivará un supuesto de constitución de la Sociedad mercantil, la cual iniciará su folio registral en la forma ordinaria y sin que tengamos que atender a ninguna otra operación concomitante. El segundo producirá en este Registro el efecto de una situación de extinción y cierre del folio registral, salvo la posible denegación de esta petición en la forma que después veremos. Quedándonos así solamente el grupo tercero, como objeto de estudio en

el presente trabajo, por lo que él constituirá el tema de éste y el que realizaremos desglosándolo en sus distintos momentos.

B) *Requisitos para su validez.*

1.^o *Posibilidad de la nueva forma que va a adoptarse.*—En general, no existe más restricción en este punto que la derivada de las reglas especiales que en cada caso se señalan por las respectivas legislaciones; como la de que tendrán que adoptar la forma de Anónimas aquellas Sociedades en las que siendo su capital superior a cinco millones de pesetas, se limite en cualquier forma la responsabilidad de sus socios, etc., y como detalladamente expusimos al tratar de la constitución de cada una de ellas.

Existe una única excepción en esta materia, referente a las Sociedades Anónimas, y la cual, más que el presente caso, es aplicable al de su transformación en otra civil, del que no tratamos aquí. Dicha excepción, que está recogida por el artículo 133 de su Ley especial, declara nula cualquier transformación de una Sociedad de esta clase que no sea en otra colectiva, o comanditaria o de responsabilidad limitada. Lo cual impedirá al Registrador Mercantil el que pueda extender el oportuno asiento de extinción, siempre que la transformación que lo motive vulnere este precepto.

2.^o *Acuerdo.*—Es en este punto donde nos encontramos con una mayor abundancia legislativa. Así, dispone para las Colectivas el párrafo 1.^o del artículo 132 del Reglamento, que éste requerirá «el consentimiento de todos los socios colectivos», imponiendo con ello la unanimidad para el mismo.

En cuanto a las Comanditarias, se establecen análogas exigencias por ese mismo precepto respecto a los socios colectivos, estimando, en cuanto a los comanditarios, que «se estará a lo dispuesto en la escritura social». Esta normación, por incompleta, nos deja sin pauta legal en aquellos supuestos en los que no se haya estipulado nada al respecto en la correspondiente escritura social, teniéndose que acudir en ellos a la doctrina, la cual, aun con anterioridad a la reforma del Reglamento, estimaba ya necesario, como sostenia LANGLE, el voto favorable de la mayoría simple de esta clase de socios, y cuya doctrina queda hoy reducida

en su aplicación ante la nueva norma reglamentaria únicamente al caso de que tratamos.

Para las otras dos clases de Sociedades se dice por el párrafo 3.^º del citado artículo 132, que «el acuerdo de los accionistas, si se tratare de una Anónima y el de los socios de una Sociedad de Responsabilidad Limitada, se adoptará por las mayorías previstas en los respectivos Estatutos o escrituras o, en su caso, en la Ley». Pero no obstante lo tajante de los términos del precepto, que parecen estatuir siempre esa facultad alternativa, dada la precisión en este punto de los artículos dedicados a esta materia por las leyes especiales de una y otra, sólo procederá la mayoría estatutaria o escrituraria cuando sea mayor que la que en cada caso, y como después veremos, se establece para la validez del acuerdo de transformación por una y otra Ley.

Analizando, pues, esas normas legales, nos encontramos con que en la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada se contiene una referencia en esta cuestión, quizás algo escueta, en su artículo 17, el cual exige para la validez de los acuerdos de transformación, el voto favorable de un número de socios que represente, al menos, la mayoría de ellos y a la vez los dos tercios del capital social, si éste se tomase en primera convocatoria, o sólo la representación de la última de esas mayorías, si se tratare de la segunda convocatoria.

Y que finalmente, en cuanto a las Anónimas, se determina por el párrafo 1.^º del artículo 134 de su Ley especial, que: «La transformación habrá de ser acordada, en todo caso, en Junta general de accionistas, con los requisitos y formalidades previstos en el artículo 59». Pero como toda transformación implica una modificación de Estatutos, no bastará para su validez el que se apliquen los requisitos y formalidades contenidas en el citado artículo 58, sino que se requerirá además el que se cumpla lo dispuesto para la convocatoria de esas Juntas por el artículo 84, puesto que, según el mismo, su falta llevará aparejada la «pena de nulidad» de toda la actuación y sin que debamos entrar en el estudio detallado de uno y otro precepto, por haberlo efectuado con más detalle al tratar de los requisitos de los aumentos de capital en el capítulo anterior, al cual nos remitimos a estos efectos.

3.^o *Requisitos posteriores.*—Virtualmente, podemos reducirlos a cuatro: los anuncios; los plazos; la escritura, y el balance.

Los dos primeros, aplicables únicamente a la transformación de una Sociedad Anónima, están recogidos por los artículos 134 y 135 de su Ley especial. Así, se exige por el párrafo 2.^o del primero de esos preceptos la publicación por tres veces del acuerdo de transformación en el *Boletín Oficial del Estado* y en varios periódicos de gran circulación de la provincia donde la Sociedad tenga su domicilio, produciendo la inobservancia de este requisito la invalidez del acuerdo correspondiente.

La exigencia del plazo se deduce del segundo de ellos, ya que si en él se le concede a los accionistas disidentes un periodo de un mes para que puedan adherirse al acuerdo de transformación, contado desde la fecha de aquél, y otro de tres meses, contados desde la del último de los anuncios referidos, para que puedan ejercitar ese mismo derecho los accionistas no asistentes a la Junta en la que se acordó la transformación, no podrá cumplirse el requisito posterior, exigido por la misma Ley, de que sean relacionados los accionistas que hayan hecho uso del derecho de separación, así como del capital que ellos representen, hasta que por el transcurso de estos plazos pueda venirse en conocimiento de quiénes sean en definitiva los disidentes.

Los otros dos requisitos, la escritura y el balance, pueden fundirse a veces en uno solo, o sea, en una escritura en la que conste el balance exigido por la Ley, lo cual ocurrirá generalmente en las transformaciones de una Sociedad Anónima en otra cualquiera de las autorizadas a ese efecto, o bien en la de una de éstas en aquélla.

Respecto al contenido de la escritura de transformación, es evidente que deberá recoger y reflejar todos aquellos requisitos que hemos ido enumerando, porque además de ser indispensables para la validez de esta operación, lo son también a los efectos de su inscripción o, mejor dicho, de la calificación que habrá de precederla. Pero aparte de todos ellos y también con su carácter de aplicación general para todas estas escrituras, se determina por el apartado 1.^o del artículo 137 del Reglamento que «en toda escritura de transformación se harán constar las circunstancias necesarias para la inscripción primera de la Sociedad, según los

casos». Y aunque se ha estimado por algún sector de la doctrina, entre ellos URÍA, que no será necesario el que esos datos consten ya en el acuerdo de transformación, por constituir el objeto propio de la escritura en sí, entendemos que esta postura no será admisible, ya que teniendo todos ellos el carácter de fundamentales, según vimos al tratar de la constitución, su indeterminación podrá originar alguna disidencia interpretativa en el momento de la redacción de la escritura, que al imposibilitarla, dejará a la Sociedad en una situación ambigua, de la que le será difícil salir, salvo con la alteración del contenido del acuerdo, lo cuál situaría a éste en pugna con el que sirvió de base a los socios disidentes para fundamentar su juicio contrario a la transformación. No queremos decir con ello el que todos los requisitos deberán constar ya con precisión en el acuerdo, pero si el que, al menos, lo estén en una forma que impida el que puedan surgir dudas al tratar de desarrollarlo en la escritura correspondiente.

Finalmente, el balance de la Sociedad transformada cerrado el día anterior al del otorgamiento de la escritura, es el último de los requisitos esenciales que se exige para la inscripción por el artículo 132 del Reglamento, aunque no se deduzca de éste la exigencia de que tenga que figurar en la escritura. Lo que permitirá, bien su inserción en ella, o bien el acompañarlo como documento aparte, siempre que en este último caso aparezca adornado de las circunstancias necesarias para asegurar su legitimidad, en orden a los efectos que intente producir.

Hasta aquí hemos venido tratando de las normas de carácter general aplicables a todas las transformaciones; pero cuando se trate de la de una Anónima en Colectiva, Comanditaria o de Responsabilidad Limitada, o bien de la de cualquiera de éstas en aquélla, no sólo nos encontramos con preceptos reglamentarios más precisos, sino incluso con otros de Ley de Anónimas, de los que, como ya dijimos, careciamos en casi toda esta materia, y en especial respecto a las restantes clases de Sociedades mercantiles.

La primera referencia a preceptos más concretos nos la encontramos en el párrafo 4.^o del artículo 132 del Reglamento, que al exigir el que consten en estas inscripciones los requisitos que le sean propios, así como el balance de la Sociedad transformada, añade que «si se tratara de una Sociedad Anónima, se harán

constar las circunstancias a que se refiere el artículo 136 de la Ley». Con ello, ha convertido a este artículo en el precepto clave para esos casos, siendo su contenido bastante sencillo y sin occasionar dudas interpretativas, ya que se limita a determinar:

«La transformación se hará constar en escritura pública, que se inscribirá en el Registro Mercantil, y que contendrá, en todo caso, las menciones exigidas por la Ley para la constitución de la Sociedad cuya forma se adopte, y el balance general cerrado el dia anterior al del acuerdo, la relación de los accionistas que hayan hecho uso del derecho de separación y el capital que representen, así como el balance final, cerrado el dia anterior al del otorgamiento de la escritura».

Su contenido tiene como novedades, respecto a los requisitos ya expuestos, la de añadir un balance más, el del dia anterior al del acuerdo, así como una relación dc los socios disidentes y del capital que represente, a cuyas dos circunstancias nos hemos referido antes con ocasión del estudio del plazo. Esta última, si implice una disminución del capital social, daria lugar a nuevos requisitos, de los cuales trataremos en la pregunta final del presente capítulo.

De otra parte, el supuesto contrario, o sea, el de la transformación de alguna Sociedad en Anónima, también ha merecido una regulación especial, aparte de la general antes expresada. El Reglamento ha dedicado a este supuesto el párrafo 2.^o de su artículo 132, determinante de que «para inscribir la transformación en Anónima de una Sociedad de otro tipo, la escritura correspondiente deberá contener las menciones del artículo 11, y, en su caso, del artículo 141 de la Ley sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas».

El análisis del precepto reglamentario nos pone de relieve que su contenido no está completo, pues si bien se remite al artículo 141 de la Ley de Anónimas, omite citar el 140, del cual copia sólo la referencia que hace al 11 de la misma Ley, que determina los requisitos que deberán contener las escrituras de constitución de una Sociedad Anónima (cuyo estudio realizamos en el lugar oportuno), pero sin aludir para nada a los restantes requisitos contenidos en el mismo artículo 140, pese a que han sido dictados precisamente con miras a las inscripciones de transformación de

estas Sociedades en Anónimas, y que su obligatoriedad es inexcusable al respecto, pues su falta originará una calificación desfavorable por parte del Registrador, la cual podrá consistir en la suspensión o en la denegación, según los casos. En consecuencia, entendemos que tendrá que darse cumplimiento tanto a lo dispuesto por el artículo 141, que es el aludido, como por el 140, que es el omitido, como lo prueba sin género de dudas su mismo contenido, que pasamos a transcribir.

Determina el artículo 140 que: «La transformación de Sociedades Colectivas, Comanditarias o de Responsabilidad Limitada en Sociedades Anónimas no afectará a la responsabilidad jurídica de la Sociedad transformada y se hará constar en escritura pública, que habrá de expresar necesariamente todas las menciones enumeradas en el artículo 11 de esta Ley».

La escritura pública se presentará para su inscripción en el Registro Mercantil, acompañada del balance general de la Sociedad, cerrado el día anterior al acuerdo de transformación, ajustado a las normas establecidas en el artículo 103, y de relación valorativa del patrimonio social no dinerario, efectuada con arreglo a lo prevenido en el artículo 104 de la presente Ley».

Vemos que en este precepto se contienen varias novedades, de las que algunas serán de evidente aplicación a los casos anteriores. Es la primera, y la de aplicación general, a nuestro juicio, la exigencia de que el inventario se realice con aplicación de las reglas precisas que dicta al respecto el artículo 103, que no copiamos por su excesiva extensión. Y constituye la segunda, de carácter más típico, la exigencia de una relación valorativa del patrimonio no dinerario realizada conforme a las reglas dictadas al efecto por el 104, dictada quizás con la finalidad de asegurar el importe real de las aportaciones de esta clase a la nueva Sociedad, lo cual es una de las preocupaciones de los redactores de la Ley de Anónimas.

Finalmente, dispone el artículo 141, que es el aludido expresamente, que: «La transformación de Sociedades Colectivas o Comanditarias en Sociedades Anónimas no libera a los socios colectivos de la Sociedad transformada de responder solidaria y personalmente con todos sus bienes las deudas sociales contraídas con anterioridad a la transformación de la Sociedad, a no ser que

los acreedores hayan consentido expresamente la transformación». Cuyo precepto es innecesario, a juicio de URÍA, pues aun sin él, llegaríamos a la misma conclusión al aplicar las normas al efecto del Código de Comercio.

Quedaría incompleto este apartado si no aludiésemos a una cuestión dudosa respecto al balance y a la valoración del patrimonio social en su caso. Nos referimos a la subsistencia o no de las relaciones arrendaticias urbanas de que sea titular la Sociedad transformada y cuya situación puede tener un indudable contenido económico.

URÍA, en su obra con GARRIGUES sobre la Ley de Sociedades Anónimas, se plantea este problema al tratar de la fusión, y lo resuelve en el sentido de que, por tratarse de una transmisión de patrimonio que se produce mediante una sucesión a título universal, deberá permanecer inalterable la situación arrendaticia, por aplicación analógica del artículo 73 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Sin embargo, al haberse planteado el problema al Tribunal Supremo y precisamente en un caso de transformación en el que parece más directo el paso del patrimonio de una a otra Sociedad, pues no existe disolución y creación, ha opinado con gran justicia, a nuestra opinión, que de no existir un traspaso del local de negocio en la forma determinada por la Ley, la transmisión de la relación arrendaticia de la Sociedad anterior a la que resulta de la transformación, ha de reputarse como ilícita y productora de la resolución de este contrato, porque «no es licita ni correcta la aplicación inflexible a dichas relaciones arrendaticias de la declaración de continuidad de la personalidad jurídica de las Compañías mercantiles, a pesar del cambio de su forma jurídica, como no es jurídica la interpretación que puede conducir a crear una nueva clase de mano muerta, titular del uso de cosa ajena, a virtud de un vínculo obligacional que por definición ha de ser por tiempo determinado, con desmembración irredimible del derecho de dominio, de cuya facultad de uso dispuso el dueño sólo temporalmente» (Sentencia de 2 de diciembre de 1959).

C) *Inscripción.*

Como norma inicial y de carácter adjetivo nos encontramos con la recogida en el párrafo 1.^o del artículo 137 del Reglamento, expresiva de que «la inscripción se practicará a continuación del último asiento de la Sociedad transformada, y si por la transformación hubiere de practicarse el asiento en otra sección, se abrirá a la Sociedad una hoja con número nuevo, haciendo referencia a los datos de la inscripción anterior. Se extenderán las correspondientes notas marginales de referencia». Con esta nueva redacción se ha rectificado el incompleto párrafo 1.^o del artículo 140 del Reglamento de 1919, que al ordenar el que la inscripción se practicaría a continuación del último asiento de la Sociedad, convertía en regla general el caso más infrecuente, complicando las buscas y, por ende, la publicidad, que es el fin del sistema.

Determinado así el lugar donde debe hacerse constar la nueva inscripción, hay que destacar, en cuanto a su contenido, que éste no será otro que el resultante de todos los requisitos que hemos venido indicando, por lo que deberá recoger: La denominación de la nueva Sociedad y la referencia a la antigua, indicando sus datos de inscripción, con la finalidad de que no quede interrumpido el trato. Indicación relativa al acuerdo y a la escritura de transformación. Los datos que respectivamente se exijan para la inscripción de constitución de la Sociedad a cuya clase corresponda la que surja de la transformación. La referencia al contenido negativo del certificado del Registro General de Sociedades, así como a su fecha. El balance a que antes nos referimos, con el patrimonio social no dinerario, si la transformación fuere en Anónima. Y finalmente, las demás circunstancias comunes a todas las inscripciones, como son el acta de inscripción, los datos del asiento de presentación, el pago o exención del impuesto, etc. Además de ellas, si por la transformación se produjere una disminución del capital, habrá que hacerse referencia al cumplimiento de los requisitos especiales que esto supone y que hemos tratado en el capítulo anterior.

El contenido que hemos reseñado, que es el resultante de todos los requisitos que como esenciales hemos expuesto anterior-

mente y que está conforme con el del modelo oficial que se publicó como apéndice del Reglamento, resulta más idóneo que el esqueto e insuficiente que se recoge en el párrafo 4.^o del artículo 132 del Reglamento, ya que se limita a expresar que «en la inscripción de transformación se hará constar, además de los requisitos que le sean propios, el resultado del balance de la Sociedad transformada, cerrado el día anterior al del otorgamiento de la correspondiente escritura, y si se tratare de Sociedad Anónima, se hará constar las circunstancias a que se refiere el artículo 136 de la Ley», por lo que deberá observarse con carácter preferente.

Fusión y absorción.

A) *Consideraciones generales.*

A semejanza de la transformación, también en la fusión y en la absorción se ha necesitado de la publicación del Reglamento del Registro Mercantil y de la Ley de Anónimas para llegar a adquirir una regulación legislativa de la que se carecía con anterioridad, pues si bien el Código de Comercio no las desconocía, se limitaba a realizar una alusión a ellas, a la vez que a las transformaciones, en su artículo 175, y a dictar unas brevisimas reglas para la de las Compañías de ferrocarriles en los artículos 188 y 189. Con ello, hemos de quedar atenidos para su estudio a las mismas fuentes legislativas que anteriormente indicamos respecto a la transformación.

B) *Requisitos para su validez.*

1.^o *Posibilidad de la nueva Sociedad.*—Se deducen de las normas generales sobre constitución, y, por tanto, si nos encontrásemos ante un caso de fusión, tendremos que tener muy en cuenta el que la Sociedad que mediante ella va a surgir reúna los requisitos propios de la clase de que se trate; en cuanto que si el caso planteado fuere el de una absorción, no podremos olvidar que ésta no será posible cuando, por el incremento de capital que supone, se rebase el permitido por la legislación actual, como ocurriría si una Limitada de tres millones de capital absorbiera a

otra de cualquier clase con un capital superior a los dos millones.

2.^o *Acuerdo.*—Para los supuestos de Colectivas o Comanditarias, no tenemos más norma reguladora de los requisitos mínimos de este acuerdo que la recogida por el artículo 132 del Reglamento, y que por ser idénticos al caso de transformación ya tratado, omitimos su repetición.

En cuanto a las Limitadas y a las Anónimas, estimándose por sus respectivas Leyes especiales que la fusión o la absorción constituyen una causa de disolución (núm. 4.^a del art. 30 y del art. 150, respectivamente), los requisitos del acuerdo tendrán que ser en definitiva los que expondremos respecto a la disolución en virtud de acuerdo de la Junta general, al tratar de esta materia en el capítulo siguiente, ya que si bien el artículo 143 de la Ley de Anónimas determina que «el acuerdo de fusión, cuando se trate de Sociedades Anónimas, deberá ser adoptado en Junta general de accionistas por cada una de las Sociedades interesadas, ajustándose a las bases que éstas hubiesen fijado y con los requisitos y formalidades previstos en el artículo 58 de esta Ley, y se anunciará en la forma establecida para la transformación del tipo de la Sociedad en el artículo 134», la remisión al artículo 58 es idéntica a la que se hace en el número 5.^a del artículo 150, dedicado a la disolución por esta causa, con lo cual lo fundamental de este acuerdo queda atendido a la misma regla. A mayor abundamiento, se exige por el artículo 142, sin más especificaciones, que para poderse realizar la fusión de cualquiera Sociedad en una Anónima nueva, acuerden «previamente cada una de ellas su disolución», si bien añade como requisito especial del acuerdo y revelador de que no se trata simplemente de una disolución, el que se acuerde a la vez «el traspaso en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad que haya de adquirir los derechos y obligaciones de aquéllas».

Todo esto es igualmente aplicable a la absorción, aunque sólo en cuanto a la Sociedad absorbida, que es la única que se disuelve; ya que respecto a la absorbente, al no tratarse de una disolución, sino de un aumento de capital, exigirá que le apliquemos los requisitos que para él hemos señalado en el capítulo anterior.

Por ello se continúa diciendo por el artículo 142 de la Ley de Anónimas, citado para la fusión, que «si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más Sociedades por otra Anónima ya existente, ésta adquirirá en la misma forma los patrimonios (requisito que antes señalamos como especial de estos acuerdos) de las Sociedades absorbidas, aumentando, en su caso, el capital social en la cuantía que proceda».

La referencia a esas normas no es, sin embargo, total, ya que en estas absorciones, mejor dicho, en estos aumentos de capital derivados de ellas, no podrá tener lugar la aplicación del derecho de preferente suscripción de capital que se atribuye por el artículo 92 a los accionistas anteriores de la Sociedad, y que en este caso lo serían únicamente los de la Sociedad absorbente, pues esta postura resultaría incompatible con la naturaleza intrínseca de la operación que se pretende. Comprendiéndolo así el legislador, se dice por el párrafo 2.^o del repetido artículo 142 que «los socios de las Sociedades extinguidas participarán en la Sociedad nueva o en la absorbente, recibiendo un número de acciones proporcional a sus respectivas participaciones en aquellas Sociedades».

Por el contrario, y anticipándonos a una duda que puede surgir al determinar la aplicación o no al caso presente, de algunos de los requisitos exigidos para los aumentos de capital, como ocurre con el expuesto, entendemos que es plenamente aplicable al aumento derivado de un acuerdo de absorción, y cuando la Sociedad absorbente sea una Anónima, la regla sentada por el artículo 89 de su Ley especial, prohibitiva de la emisión de nuevas acciones en tanto que no aparezca totalmente desembolsado el capital de las emitidas hasta ese momento. Aunque comprendemos que con la vigencia de esta norma podrá surgir una prohibición de absorción cuando se dé ese supuesto.

El fundamento de esta opinión lo encontramos en dos consideraciones de carácter contrapuesto. De una parte, en el hecho positivo de que la regla sentada por el citado artículo 89 es aplicable a todos los aumentos de capital, sin distinción de ninguna clase. Y de otra, en el negativo de que al regular la absorción no existe ningún otro precepto que induzca duda alguna sobre la aplicación de aquél, sino que, por el contrario, en el párrafo 1.^o del ar-

título 142 se califica con claridad a la absorción y respecto a la Sociedad que subsiste, como un aumento de capital. Aparte de una y otra, no podemos señalar la general y doctrinal que se deriva del espíritu informador de la Ley de Anónimas, el cual trata siempre de evitar no sólo la existencia de Sociedades con un capital ficticio, sino incluso el que éstas puedan realizar todas las actuaciones legales, como, por ejemplo, la que tratamos sobre aumento del capital social.

Otro caso en el que podrá parecer que no será procedente esta operación de aumento de capital es aquel en que la Sociedad absorbente pierda en socios y en capital, por su disidencia a este acuerdo y subsiguiente separación, una cantidad igual o inferior a la que absorba. Pero realmente nos encontramos entonces con dos operaciones, una disminución y un aumento de capital, pero sin que ambos sean coetáneos, ya que el primero se realiza antes de saberse cuál será este último, y al tener que constar uno y otro en su respectiva inscripción, habrá que exigir también los requisitos de un aumento de capital, que serán los que con independencia de su cuantía se exigen por la Ley. Si bien no deja de producirnos alguna inseguridad en este criterio la frase «en su caso», que es utilizada por el párrafo 1.^o del artículo 142, que antes hemos transcritto.

3.^o *Requisitos posteriores.*—A semejanza de lo que hicimos en la transformación, podemos reducirlos a cuatro: los anuncios; el plazo; la escritura, y el balance.

Los dos primeros serán exigibles únicamente cuando se trate de Sociedades Anónimas y están recogidos por esa Ley en sus artículos 143 y 145. En el primero de ellos y al tratar de los anuncios, se limita a hacer una remisión al 134, que está dedicado a la transformación, y al que por ello nos remitimos también nosotros. El segundo, más especial y preciso, establece, en cuanto al plazo, que «la fusión no podrá ser realizada antes de que transcurran tres meses, contados desde la fecha del último anuncio a que se refiere el artículo 134. Si durante este plazo algún acreedor social se opusiera por escrito a la fusión, ésta no podría llevarse a cabo sin que se aseguren previamente o se satisfagan por entero los derechos del acreedor o acreedores disidentes. Estos no

podrán oponerse al pago, aunque se trate de créditos no vencidos».

Los dos últimos, aplicables a todas las clases de Sociedades, están recogidos con este carácter general por el artículo 135 del Reglamento, aunque sólo para los supuestos de absorción, y así se dice por el mismo que:

«La escritura de fusión por absorción de una o varias Sociedades por otra deberá expresar, además de los requisitos generales que le sean propios, el resultado del balance final de las Sociedades absorbidas, las acciones, cuotas o participaciones entregadas a los socios de las Compañías extinguidas, y si la Sociedad absorbente fuera Anónima o Comanditaria por acciones y aumentare su capital, se expresarán, además, las modificaciones estatutarias resultantes del aumento y el número y clase de acciones entregadas a cada uno de los nuevos accionistas».

En armonía con ese criterio, se precisa por el artículo 148 de la Ley de Anónimas, al ocuparse de la absorción de cualesquiera otras Sociedades por alguna de éstas, que «cuando una Sociedad absorba a otra u otras, la escritura de fusión deberá contener, además del balance final de las Sociedades absorbidas, las modificaciones estatutarias resultantes del aumento del capital de la Sociedad absorbente y el número y clase de acciones que hayan de ser entregadas a cada uno de los nuevos accionistas».

Esta casi abundancia legislativa respecto a la absorción desaparece cuando pasamos a la fusión simple, pues en cuanto a ella no se contiene en el Reglamento norma alguna de carácter general, limitándose a regular la de las Anónimas, que así disponen de otro precepto más, aparte del que a ello se le dedica por su Ley especial. Dice el Reglamento en su artículo 136 que: «La escritura de constitución de Sociedad Anónima creada por fusión podrá contener los acuerdos de disolución de las Sociedades que se extingan en virtud de dicha fusión, con los requisitos que señala el artículo 146 de la Ley». Precepto encaminado con preferencia al aspecto de la disolución de las Sociedades fusionantes y que silencia el aspecto fundamental de esta operación, o sea, la constitución propiamente dicha.

La Ley de Anónimas se limita a expresar en su artículo 147 que: «La escritura de constitución de la Sociedad creada por la

fusión deberá contener, además de las menciones exigidas por el artículo 11 de esta Ley, los balances finales de cada una de las Sociedades que se fusionen a que se hace referencia en el artículo anterior».

Vemos así que ambos preceptos se remiten a su vez al 146 de la Ley de Anónimas, que está dedicado, como ya dijimos, a tratar de los problemas relativos a la extinción de fusión de las Sociedades que se fusionen. Se determina por ese precepto: «Las Sociedades que se extinguieren por fusión harán constar el acuerdo de disolución en escritura pública, que se inscribirá en el Registro Mercantil. La escritura habrá de contener el balance general de la Sociedad, cerrado el día anterior al del acuerdo; las liquidaciones efectuadas a los accionistas o acreedores disconformes que hubieren hecho uso de los derechos que les confieren los artículos 144 y 145 (separación de los socios y pago de sus créditos a los acreedores, respectivamente), y el balance final, cerrado el día anterior al del otorgamiento de la escritura».

Si las distintas ideas contenidas en ese complejo de normas las agrupamos sistemáticamente, podemos concluir sentando los tres postulados siguientes:

Que la escritura relativa a la nueva Sociedad que surge por la fusión deberá contener los requisitos propios para la de constitución de la clase de que se trate, además del balance de las Sociedades fusionadas, cerrado el día anterior al del acuerdo de fusión (art. 133 del Reglamento, que después transcribiremos al tratar de la inscripción). Existiendo como subcaso especial el establecido y regulado por los artículos 145 y 146 de la Ley de Anónimas, cuando la nueva Sociedad que surge sea por la fusión precisamente una de las de esta clase.

Que si se tratare de una absorción, los requisitos de las escrituras serán los que se indican en el artículo 135 del Reglamento, que hemos expuesto.

Y que en todo lo referente a las Sociedades que desaparecen en virtud de la fusión o absorción, al darse lugar con ello a una disolución, ésta será la que habrá de reflejarse en las escrituras correspondientes, según dispone el artículo 146 de la Ley de Anónimas, que en este punto y siguiendo a Uría lo estimamos como de aplicación general a toda clase de Sociedad. Si bien no deberá

olvidarse que si la Sociedad creada por la fusión fuese una Anónima, el artículo 136 del Reglamento antes transscrito autoriza a que pueda constar este acuerdo de disolución por fusión en la misma escritura en la que se recoja la constitución de la nueva Sociedad, y sin que veamos inconveniente legal alguno en que esa doctrina sea igualmente aplicable a los demás supuestos, ya que si la disolución requiere como documento la escritura, no existe precepto alguno que ordene el que ésta tenga por objeto únicamente el recoger los requisitos del acuerdo de disolución y del balance antes expresado.

C) *Inscripción.*

Entramos en una materia en la que, aparte de los preceptos reglamentarios de carácter puramente adjetivo, todos los demás dedicados a ella aparecen redactados en forma poco menos que ininteligible.

Los de carácter adjetivo están recogidos en los párrafos 2.^o y 3.^o del artículo 137, por los que se expresa:

«Si por virtud de la fusión se crea una nueva Sociedad, se abrirá una nueva hoja a la misma, con el número y en la sección que corresponda, y en las hojas de las otras Sociedades se pondrá al margen de la última inscripción la oportuna nota de cierre.

Si la fusión se hizo mediante la absorción de una Sociedad por otra, la inscripción de fusión se practicará en la hoja correspondiente a la Sociedad absorbente y se cerrará la hoja de la otra Sociedad, extendiendo al margen de la última inscripción la oportunua nota de cierre».

Los dedicados a los requisitos que deberán contener las inscripciones son los 133, 134 y 135, que en ciertos extremos se repiten y en otros guardan silencio, que está resuelto en parte por el formulario oficial.

Así nos encontramos con que en el 133 del Reglamento parece recogerse todo lo referente a la fusión simple, incluso el supuesto especial de que la nueva Sociedad sea una Anónima, ya que expresa: «En toda inscripción de fusión se expresará el número de la hoja, tomo y folio de las Sociedades que quedan fusionadas y el resultado del balance hecho el día anterior al del acuerdo de

fusión; y si se tratare de fusión de Sociedades en una Anónima, el de los balances a que se refiere el número 6.^a del artículo siguiente»; o sea, el balance del dia anterior al del acuerdo de fusión, y el anterior al dia del otorgamiento de la escritura. Pero los comentarios de este artículo han de ser necesariamente desfavorables.

En primer lugar, su apartado final parece recoger el subcaso de que la Sociedad que surja por la fusión sea una Anónima; pero esto queda desvirtuado por el mismo Reglamento, pues dedica a esa cuestión el artículo siguiente, ya que por el contenido de los requisitos que en él se recogen habrá de estimarse como referente sólo a la fusión simple en que la nueva Sociedad sea una Anónima. Y a mayor abundamiento, aun interpretando forzadamente el artículo 134 en el sentido de referirse sólo al caso de absorción, resultaría también una redundancia, pues al tratarse de ésta en el artículo 135 se dedica igualmente uno de sus apartados al supuesto especial de que la Sociedad absorbente sea una Anónima.

En segundo lugar, al exigir el requisito de la duplicidad de balances, únicamente en el caso de que la nueva Sociedad sea una Anónima, puede inducirnos al error de estimar el que serán necesarios para todos los demás supuestos, cuando lo legal es precisamente lo contrario. Cuya última afirmación no es más que una secuela de la estimación como norma general aplicable a todas las Sociedades del artículo 146 de la Ley de Anónimas, como ya dijimos antes, aparte de que, aun sin él, se llegaría a la misma conclusión si analizásemos la esencia de la operación a practicar, puesto que si existe un traspaso de patrimonios, si a cambio de él se entregan a los accionistas de las Sociedades disueltas un número de acciones proporcional de las de la nueva Sociedad, y si es posible el que por separación posterior de algún socio, o por liquidación practicada a un acreedor disconforme, el balance del día anterior al acuerdo no refleje el estado real del patrimonio en la fecha de la escritura, será necesario acreditar este extremo a esos efectos de proporcionalidad, lo cual sólo es posible realmente mediante la exigencia del otro balance que se exige por la Ley.

En tercer lugar, y si bien se sobrentiende del proyecto transscrito, el que los requisitos expresados por él lo son además de los propios de una inscripción de constitución, la de nueva Sociedad;

el asunto es de tal importancia como para no haberlo dejado atendido sólo a un criterio interpretativo, por lo que comprendiendo así la Ley de Anónimas, le ha dedicado un artículo especial, que es el 147 que hemos expuesto en el apartado anterior.

Finalmente, queda sin resolver la importante cuestión de quiénes serán los que deberán comparecer en la escritura de constitución de la nueva Sociedad. En cuyo extremo, tanto podría sostenerse el criterio de que deberían de hacerlo todos los socios de las Sociedades antiguas que pasan a integrarla, en apoyo de cuya tesis podrá aducirse, que como todos son fundadores, deberán de comparecer en la misma forma que se exige para todas las escrituras de constitución; como el estimar que, como lo fusionado son Sociedades, que aun disueltas previamente conservan su personalidad hasta ese momento y sin que ella constituya otra cosa que el cumplimiento de un acuerdo social, serán los representantes de aquéllas los que deberán de comparecer en su nombre en la escritura de constitución de la nueva Sociedad. Afortunadamente, ha venido a desvanecer toda duda el formulario oficial, ya que si bien lo que recoge es un caso de fusión por absorción, reseña como comparecientes, no a los accionistas, sino a los representantes de las dos Sociedades, sin hacer distinción entre la que de ellas subsiste y la que se disuelve; que en el caso de fusión simple lo serían todas las fusionadas.

El artículo 134 es una norma concreta dedicada a la fusión de varias Sociedades en una Anónima. Se exigen por él, como requisitos de la inscripción, los siguientes:

«La inscripción de fusión de cualesquiera Sociedades en una Anónima deberá expresar, además de los requisitos generales que le sean propios, los siguientes:

1.º El acuerdo de la fusión adoptado, cuando se trate de Sociedades Anónimas, por la Junta general de accionistas de cada una de las Sociedades interesadas, con los requisitos y formalidades previstos en el artículo 58 de la Ley.»

Este primer requisito, como todo el contenido del artículo, da la impresión de algo añadido con posterioridad a la redacción del capítulo donde está ubicado, requiere algunos comentarios. El más evidente y que parece estar resuelto algo incoherentemente por

el mismo párrafo, es el de que tendrá que hacerse mención de los acuerdos de fusión adoptados por todas y cada una de las Sociedades fusionadas y no sólo cuando éstas sean Anónimas. E igualmente se ha de sobrentender que los requisitos de los acuerdos serán los propios de cada una de las clases de Sociedades absorbidas, por lo que en las Colectivas y Comanditarias regirá la regla sentada por el párrafo 1.^o del 132; en las Limitadas, su artículo 17, y en las Anónimas, el 58 y el 84 de su Ley especial, y salvo que en cuanto a estas dos últimas se exija por sus Estatutos una computación de las mayorías superior a la legal, todo ello en la forma que hemos expuesto con anterioridad.

«2.^o La publicación del acuerdo de fusión en la forma señalada en el artículo 134 de la Ley.»

Hay que decir respecto a este extremo, que no creemos que él pueda aplicarse más que a las Anónimas que sean objeto de la fusión, pero no a las Sociedades de las restantes clases que hayan sido comprendidas en ella.

«3.^o Número de accionistas, con expresión del capital que representaren, que hayan hecho uso del derecho de separación.»

Enfocado obsesivamente, como todos los números anteriores, en la idea de considerar, no lo que se dice al iniciar el precepto de que la nueva Sociedad sea Anónima, sino el que todas las fusionantes también lo son, olvida la posible aplicación del contenido de este número a estas otras, posibilidad que conviene analizar. Si fuesen colectivas o comenditarias, como tendrá que haber existido unanimidad en el acuerdo de fusión por parte de los socios colectivos (párrafo 1.^o, artículo 132 del Reglamento), no se podrá hablar de separación de alguno de ellos. Pero si consideramos esta cuestión respecto a los socios comanditarios o a los de una Sociedad Limitada, al regir en cuanto a todos ellos el régimen de mayorías y no el de unanimidad, la existencia de socios disidentes obligará a darles igual derecho a la separación que a los de las Anónimas, por un criterio de analogía que nos permita llenar esta laguna legal; cuyo criterio de analogía resulta de aplicación más evidente, en cuanto a las Limitadas; por indicarlo con reiteración en su Exposición de Motivos, diciendo incluso el que existen «ventajas de todo orden derivadas de la unidad de sistema entre las dos Leyes», la

de Anónimas y la de Limitadas. En virtud de esas consideraciones, hemos de entender que las indicaciones del número que comentamos, si bien con las variaciones derivadas de que puedan ser también participaciones y no sólo acciones, se aplicarán igualmente a los socios comanditarios de las Sociedades de esa clase y a los de las Limitadas, cuando unos u otros se separen por disconformidad con el acuerdo de fusión.

«4.^o Las circunstancias de que durante el plazo de tres meses, contados desde la fecha del último de los anuncios a que alude el apartado 2.^o, ningún acreedor social se ha opuesto por escrito a la fusión.»

«5.^o En su caso, la circunstancia de que a pesar de la oposición entablada por escrito, dentro de plazo por algún acreedor, se ha asegurado previamente sus derechos o han sido satisfechos.»

«6.^o El resultado del balance general de las respectivas Sociedades, cerrado el día anterior al del acuerdo de fusión, con expresión del hecho de haberse practicado las oportunas liquidaciones a los accionistas o acreedores disconformes, y el resultado del balance final, cerrado el día anterior al del otorgamiento de la escritura.»

El contenido de estos tres últimos números requiere algunas sugerencias. Es evidente que lo que se aporta como capital a la Sociedad surgida de la fusión, o bien como aumento del capital de la Sociedad absorbente, si se tratase de ese supuesto que los englobamos aquí a este sólo efecto, o sea, aquel valor económico cuya contrapartida es la entrega que se le hace al socio de un número proporcional de acciones, consiste en los dos casos en un patrimonio, comprensivo, por tanto, de un activo y de un pasivo.

Esta especialidad en la aportación podría dar origen a dudas al tratar de calificar su realidad, pero sin que por ello deje de ser indispensable para la inscripción de constitución o la de aumento de capital en su caso. En ese instante de la calificación deberá recordarse que el único precepto alusivo a la cuestión es el recogido en el apartado final del párrafo 3.^o del artículo 31 de la Ley de Anónimas, expresivo de que «si se aportare una Empresa o establecimiento mercantil o industrial se aplicará a la transmisión el artículo 1.532 del Código Civil», el cual obliga al vendedor a res-

ponder de la legitimidad del todo en general, «pero no estará obligado al saneamiento de cada una de las partes de que se componga, salvo en caso de evicción del todo o de la mayor parte».

Con ello las cuestiones que puedan surgir sobre la realidad de una u otra de las distintas cosas de que se componga el patrimonio, sale de la órbita registral para pasar al campo del Derecho mercantil, o al del civil supletorio de aquél, según los casos.

Entrando en otro orden de ideas podría parecernos que, puesto que en el artículo 141 de la citada Ley de Anónimas se declara la subsistencia de la obligación solidaria y personal de los socios colectivos por las deudas sociales contraídas con anterioridad a la transformación, y que como ese precepto es recogido por el párrafo 2º del artículo 132 del Reglamento como una de las circunstancias necesarias de ésta para la inscripción de transformación, debería aplicarse igual doctrina a la fusión, tanto a la simple como a la por absorción; pero esta postura sería equivocada a nuestro juicio.

De una parte, ese precepto y esa cita de su contenido en una inscripción es extemporánea a nuestro juicio, ya que de los artículos 127 y 237 del Código de Comercio se deduce con claridad que los socios colectivos responden solidariamente con todos sus bienes de las obligaciones sociales, aun cuando la Sociedad se haya disuelto, por lo que, operando ambas formas de fusión como una disolución, la vigencia de la norma es incuestionable, aunque no hubiera sido recordada en otro precepto más, y sin que esa obligación pueda alterarse porque esté aludida o relacionada en una inscripción.

Vista la inutilidad de la referencia, que sólo da lugar a recargar con nuevos requisitos los ya considerables para toda operación de transformación, su aplicación a la fusión es de todo punto imposible, pues no estando exigida ni por los artículos de la Ley de Anónimas ni por los del Reglamento que se refieren a la fusión, es insuficiente para ello el criterio de analogía, que chocaría con el principio de que toda prohibición o limitación no puede ser extendida más allá de la literalidad de sus términos, ya que no puede dudarse de que es una limitación, el que se pueda denegar una inscripción por estimarse que faltaba este requisito. A mayor abundamiento, siendo esta obligación de los socios colectivos una obli-

gación legal, no puede ser alterada por el simple hecho de que conste o no en la inscripción de fusión y como contrapartida, tampoco puede afectar a los terceros que contraten con la nueva Sociedad, el que por deudas anteriores a ella respondan, además de algunos bienes de ésta, los de otras personas que ni constan en el haber de la Sociedad ni fueren aportados a ella.

Pasamos, finalmente, al último de los preceptos del Reglamento dedicado a esta materia, o sea, al 135, su contenido, cuyo comentario resulta de los que hemos venido haciendo sobre los anteriores, determina: «La escritura de fusión por absorción de una o varias Sociedades por otra deberá expresar, además de los requisitos generales que le sean propios, el resultado del balance final de las Sociedades absorbidas, las acciones, cuotas o participaciones entregadas a los socios de las Compañías extinguidas, y si la Sociedad absorbente fuere Anónima o Comanditaria, por acciones y aumentare su capital, se expresará, además, las modificaciones estatutarias resultantes del aumento y el número y clase de acciones entregadas a cada uno de los nuevos accionistas.»

RESCISIÓN PARCIAL.

A) *Consideraciones generales.*

No debería usarse este término con el carácter general con que se utiliza, pues en él se engloban realmente dos conceptos distintos, el de la exclusión y el de la separación de un socio; consistente el primero en la privación a un socio de su cualidad de tal, como sanción por haber incumplido una obligación que lleva aparejada esta penalidad; en tanto que el segundo, no es otra cosa que el ejercicio por parte del socio del derecho a separarse de la Sociedad, por darse alguna de las causas legales o estatutarias que autorizan esta actuación. Con la particularidad de que en uno y otro caso existirá rescisión parcial sólo en las Sociedades de tipo personalista, en tanto que en las de tipo capitalista se tratará únicamente de una disminución de capital. Pero como ese término está casi consagrado, preferimos conservarlo en mérito de una mayor facilidad en la busca de la materia deseada.

B) EXCLUSIÓN DE UN SOCIO.

1.^o *Causas.*

En las Sociedades colectivas y Comanditarias podrá serlo con carácter general, y según el artículo 218 del Código de Comercio:

«1.^o Por usar un socio de los capitales comunes y de la firma social para negocios por cuenta propia. 2.^o Por injerirse en funciones administrativas de la Compañía el socio a quien no compete desempeñarlas, según las condiciones del contrato de Sociedad. 3.^o Por cometer fraude algún socio administrador en la administración y contabilidad de la Compañía. 4.^o Por dejar de poner en la caja común el capital que cada uno estipuló en el contrato de sociedad, después de haber sido requerido para verificarlo. 5.^o Por ejecutar un socio por su cuenta operaciones de comercio que no le sean licitas con arreglo a las disposiciones de los artículos 136, 137 y 138. 6.^o Por ausentarse un socio que estuviere obligado a prestar oficios personales en la Sociedad, si habiendo sido requerido para regresar y cumplir con sus deberes, no lo verificase o no acreditare una causa justa que temporalmente se lo impida. 7.^o Por faltar de cualquier otro modo uno o varios socios al cumplimiento de las obligaciones que se impusieron en el contrato de compañía».

Como causa específica, que realmente no es otra cosa que un desenvolvimiento de algunas de las reseñadas, se indica también para esas Sociedades, por el artículo 132 del mismo Código, que: «Cuando la facultad privativa de administrar y de usar de la firma de la Compañía haya sido conferida en condición expresa del contrato social, no se podrá privar de ella al que la obtuvo; pero si éste usare mal de dicha facultad y de su gestión resultare perjuicio manifiesto a la masa común, podrán los demás socios nombrar entre ellos un coadministrador que intervenga en todas las operaciones o promover la rescisión del contrato ante el Juez o Tribunal competente, que deberá declararla, si se probare aquel perjuicio».

Finalmente, como último caso peculiar para la rescisión parcial de estas Sociedades por exclusión de uno de sus socios, nos encontramos con el recogido por el artículo 170 del referido Código de Comercio, expresivo de que: «Si dentro del plazo conve-

nido algún socio no aportare a la masa común la porción de capital a que se hubiere obligado, la Compañía podrá optar entre proceder ejecutivamente contra sus bienes para hacer efectiva la porción del capital que hubiere dejado de entregar, o rescindir el contrato en cuanto al socio remiso, reteniendo las cantidades que le correspondan en la masa social».

Como causas de exclusión en las Sociedades de Responsabilidad Limitada, se señalan por el artículo 31 de su Ley especial, que:

«También podrá disolverse parcialmente la Compañía, excluyendo a alguno de los socios por los motivos previstos en los números 1.^º, 2.^º y 7.^º del Código de Comercio, o al socio administrador que infrinja la prohibición establecida en el artículo 12 de esta Ley.

Será aplicable a la disolución parcial el artículo 219 del Código de Comercio.

La exclusión del socio deberá constar en instrumento público y ser inscrita en el Registro Mercantil.»

Indicándose por el aludido artículo 12, que: «Los administradores no podrán dedicarse, por cuenta propia ni ajena, al mismo comercio que constituye el objeto de la Sociedad.»

Por último, y en cuanto a las Anónimas, sólo se recoge un caso de exclusión por su Ley reguladora, al tratar, en su artículo 44, de la obligación del accionista de aportar a la Sociedad el capital desembolsado.

La idea que se persigue con este precepto es la de que se lleva a efecto la aportación en todo caso, permitiendo incluso el que para ello se venda la acción por cuenta y riesgo del socio moroso, con cuyo importe podrá hacerse efectiva la aportación a la vez que queda incólume el contenido del pacto social. Pero como puede ocurrir que no sea posible ni aun esta solución, prevé como último recurso en el párrafo 3.^º de dicho artículo 44, que: «Si la venta no pudiese efectuarse, se rescindirá el contrato respecto al socio o socios morosos, y la acción será anulada, con la consiguiente reducción del capital, quedando en beneficio de la Sociedad las cantidades ya percibidas por ella a cuenta de la acción».

2.^º Requisitos.

Los requisitos para la inscripción podemos reducirlos a dos: Los de fondo que hemos venido exponiendo y los de forma. Estos

últimos pueden consistir a su vez o en una resolución judicial firme o en el acuerdo de la Sociedad y la escritura pública, correspondiente, pero advirtiendo que los casos comprendidos en este segundo grupo no excluyen el que también puedan revestir la forma de resolución judicial, a diferencia de los del primero, en que sólo podrán adoptar ésta.

El primer supuesto sólo es aplicable al caso planteado por el artículo 132 del Código de Comercio. Y así se dice por el párrafo 1.^o del 138 de este Reglamento, que «la inscripción de la rescisión parcial del contrato de Compañía colectiva o Comanditaria, en el caso prevenido por el artículo 132 del Código de Comercio, sólo podrá verificarse en virtud de resolución judicial firme».

La indicación a una resolución judicial firme no es, sin embargo, todo lo precisa que sería de desear, ya que el artículo 2.162 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, colocado entre los dedicados a los actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio, recoge a su vez un procedimiento sumario aplicable al caso planteado por el artículo 307 del Código de 1829, que ha pasado a ser el 132 del vigente y que es del que nos venimos ocupando. Pero esa solución es sólo aparente, ya que, como sostuvo el Tribunal Supremo en sentencia de 23 de abril de 1902, el aludido procedimiento sumario sólo es aplicable al caso de intentarse el nombramiento de un coadministrador, pero no cuando se trate de la rescisión del contrato de compañía, en cuyo supuesto, y como sostiene MANRESA, apoyándose en dicha resolución, habrá de acudirse al juicio declarativo de mayor cuantía, el cual será también hoy el aplicable, por tratarse de una de las demandas de cuantía inestable a que se refiere el número 2.^o del artículo 483 de la citada Ley de Enjuiciamiento, después de su reforma por Ley de 16 de diciembre de 1954.

Resumiendo lo anterior, podemos decir que en estos casos será la sentencia firme, o mejor dicho, el traslado de ella, el requisito de forma que se requerirá para la constancia registral de esta exclusión.

En todos los demás supuestos y sin perjuicio de que puedan revestir también la forma de una resolución judicial, los requisitos serán normalmente el acuerdo y la escritura.

Vemos así que, según el párrafo 2.^o del citado artículo 138 del Reglamento, «la inscripción de rescisión parcial de Sociedades de

Responsabilidad Limitada por exclusión de alguno de los socios se practicará mediante escritura pública en que se hagan constar los supuestos a que se refiere el artículo 31 de su Ley reguladora y en que presten su consentimiento todos los demás socios o resolución judicial firme»; con lo cual se confirma lo que antes dijimos. Si bien conviene destacar el carácter de unanimidad que exige para la validez de estos acuerdos el Reglamento del Registro.

No regula el Reglamento ningún otro caso, pero igualmente serán necesarios en todos los demás los dos requisitos de acuerdo y escritura, ya que se dijo en cuanto al acuerdo por la Dirección General en Resolución de 19 de noviembre de 1957, que siendo la exclusión de un socio un acto típicamente social, la formación de la voluntad común a él encaminada sólo es posible mediante la organización colegiada deliberante, no siendo admisible, por tanto, el que pueda producirse la rescisión mediante la comparcencia de dos socios ante el Notario, manifestando su voluntad de excluir de la Sociedad a otros dos, aunque ello esté motivado en una de las causas señaladas por el Código de Comercio.

No es sólo esa Resolución la que exige el acuerdo y da por sentada la necesidad de la escritura, sino que en la de 17 de febrero de 1953 se reconoció también la necesidad de él, como asimismo la de la escritura pública, para todos los casos (es evidente la exclusión del especial antes indicado) de exclusión de un socio, repudiando en cambio la necesidad de una declaración judicial previa.

Podría parecer que siendo el supuesto de exclusión regulado por el artículo 170 del Código otro de los especiales, debería de aplicársele la misma doctrina que para el también especial del 132 hemos señalado antes, pero a esa interpretación salió al paso la sentencia del Supremo de 23 de abril de 1902, antes citada, y la Resolución de la Dirección de 23 de enero de 1936, al estimar el que esa exclusión debería de hacerse extrajudicialmente. En consecuencia, igual criterio tendremos que seguir para determinar la forma en la exclusión regulada por el artículo 44 de la Ley de Anónimas, ya que este precepto no es otra cosa que una aplicación a éstas del de carácter más general contenido en el 170 del Código de Comercio.

3.^º *Inscripción.*

En las Sociedades de tipo capitalista no puede decirse que por virtud de la exclusión se motive una alteración fundamental en la Sociedad o en sus partes, sino que generalmente sólo podrá originarse una reducción en el capital, la cual se reflejará como tal en el Registro Mercantil, o a lo sumo una disolución, cuando la reducción fuere de tal cuantía que diere lugar a ella, en la forma y con las condiciones de que trataremos posteriormente al hacerlo de esa materia. Igual norma entendemos que deberá de aplicarse en el supuesto de exclusión de un socio comanditario cuya participación está representada por acciones.

Por el contrario, en las Sociedades de tipo personalista, la persona del socio puede ser una de las causas fundamentales de la constitución de la Sociedad, por ello, su exclusión implica la idea de una novación del contrato social, la cual se traduce en el conciso hecho de la denominada rescisión parcial y así deberá de ser reflejada en el Registro.

Esta idea está puesta de relieve en el formulario oficial, el consignar en el modelo para las inscripciones de rescisión parcial, el que consten: el acuerdo, la causa en que se fundó la exclusión, la autorización al socio o socios que en nombre de la Sociedad otorguen la escritura correspondiente, la declaración en ésta de cual sea la causa legal de la exclusión, e igualmente la declaración de procederse a la rescisión parcial en cuanto al excluido, aparte de las demás circunstancias de carácter general.

Al analizar este formulario oficial se nos plantea la cuestión de cuál deba ser la mayoría necesaria para estos acuerdos cuando se trate de una Limitada, ya que en el formulario se dice que en reunión «convocada en forma legal y con asistencia de las mayorías establecidas en el artículo 17 de la Ley acordó por *unanimidad* excluir» al socio, en tanto que en el párrafo 2.^º del artículo 138 del Reglamento que hemos transscrito se dice, por el contrario, «que presten su consentimiento todos los demás socios», con lo cual la oposición es evidente, ya que no es lo mismo la unanimidad de los socios presentes que constituyan la mayoría a que se refiere dicho artículo 17, que el consentimiento de «todos los demás» socios que se alude por el Reglamento.

Si estimásemos que la exclusión no es otra cosa que una modificación de la escritura social, sería evidente la preferencia del criterio del formulario oficial, el cual está en armonía con el artículo 17 de la Ley comprensivo de los requisitos necesarios para las modificaciones aludidas. Pero si consideramos lo que antes dijimos sobre la trascendencia que puede envolver la exclusión, ya que la constitución de la Sociedad misma pudo estar influída por la idea de que formaba parte de ella el socio que se excluye, estaremos en un caso de novación, al que parece más acertado aplicar el criterio de unanimidad absoluta sostenido por el Reglamento. En virtud de ese argumento, del principio legal de que un formulario no puede desvirtuar un precepto legal, de la consideración de que para una aplicación incontrovertida del artículo 17 se requiere dar por sentada en el orden legal la tesis de que nos encontramos ante un caso de modificación, nuestro criterio se inclina a la aplicación de la unanimidad preconizada por el Reglamento.

C) *Separación de un socio.*

Este derecho ejercitable voluntariamente por parte del socio, no fué regulado en nuestro Código de Comercio y hubo de esperarse a la publicación de la Ley de Sociedades Anónimas para encontrar normas al efecto, si bien éstas no han repercutido en el vigente Reglamento, aunque algunos de sus preceptos parecen partir de su idea.

Se recoge este derecho en la Ley de Sociedades Anónimas por sus artículos 85, 135 y 144, expresivos de que:

«Cuando la modificación consista en el cambio de objeto, los accionistas que no hayan votado a favor del acuerdo tendrán derecho de separarse de la Sociedad y de obtener el reembolso de las acciones propias al precio de cotización media del último semestre o, si las acciones no se cotizan, al tipo que resulte de la apreciación del patrimonio líquido, según el último balance aprobado. Este derecho habrá de ejercitarse en el plazo de tres meses, a contar de la inscripción del acuerdo en el Registro Mercantil» (párrafo 3.º, artículo 85).

«El acuerdo de transformación sólo obligará a los socios que hayan votado a su favor..

Los accionistas disidentes podrán separarse de la Sociedad, recibiendo la parte que les corresponda en el patrimonio social, según balance cerrado el dia anterior al de la fecha del acuerdo. La separación tendrá lugar siempre que el accionista disidente no se adhiera al acuerdo en el plazo de un mes, a contar de dicha fecha.

También quedarán separados los accionistas no asistentes a la Junta general, que, en el plazo de tres meses, contados desde la fecha del último anuncio a que se refiere el articulo anterior, no se adhieran por escrito al acuerdo de transformación» (artículo 135).

«El acuerdo de fusión sólo obligará a los accionistas que hayan votado a su favor. Los disidentes y los no asistentes a la Junta gozarán de la facultad de separarse de la Sociedad en la misma forma establecida en el artículo 135 de esta Ley para el caso de transformación» (artículo 144).

A estas causas legales de separación habrá que añadir, en su caso, las que resulten de los Estatutos, en la forma y con los requisitos que en ellos se hubiera expresado.

. En las demás especies de Sociedades podrá aplicarse una doctrina análoga, en todos los casos en que sea posible y según indicamos al tratar de la fusión en la pregunta anterior, a la que nos remitimos.

Finalmente, en el aspecto registral, la separación dará lugar o bien a una reducción de capital regulable por las normas que expusimos para ella, o bien irá embebida en las operaciones que han de practicarse en los supuestos de transformación o fusión, como ya dijimos al tratar de cada uno de ellos; por lo que no tendrá un asiento y unos requisitos propios.

(Continuará.)

BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE,

Registrador de la Propiedad.

Las reservas y el Registro de la Propiedad

Antes de la Ley Hipotecaria, como pone de relieve JUAN VALLET DE GOYTISOLO, en la reserva clásica las enajenaciones de inmuebles reservables hechas por el reservista no eran nulas *ipso iure*; Se convalidaban totalmente si le premorían todos los descendientes del anterior matrimonio. Y en vida de aquél carecían éstos de acción para impugnar sus disposiciones; de modo que sólo después de su muerte podían reivindicar los inmuebles enajenados.

Los autores de la Ley Hipotecaria de 1861, al examinar el problema, dijeron en su Exposición de Motivos, *sin duda para advertir a los adquirentes y proteger a los reservatarios*, que se debía «hacer constar la cualidad de los bienes reservables en las adquisiciones respectivas de dominio, para que, apercibidos los adquirentes, sepan la reserva a que están afectos los inmuebles».

Por su parte, el Código Civil, respecto a la enajenación de inmuebles reservables por el binubo, dice, en su artículo 975, que «subsistirá únicamente si a su muerte no quedan hijos ni descendientes legítimos del primero, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria».

Desde la aparición del Código se polemizó acerca de la posibilidad de que la enajenación de los inmuebles por el reservista fuera plenamente eficaz.

La cuestión es de interés práctico. Si se tratase de una situación rescindible—señala con acierto VALLET—, al consumarse la reserva no podría ejercitarse la acción rescisoria sin hacer previa excusión de los bienes del reservista (art. 1.294 Código Civil), y caducaría a los cuatro años del fallecimiento de éste (art. 1.288). De tratarse de una anulabilidad, se daría el mismo plazo de caducidad (art. 1.301). Rechazados ambos criterios, como los de nulidad relativa y absoluta (1) de los actos dispositivos del reservista, nos encontramos todavía con el de MARÍN MONROY, que estima se produce «una reducción temporal del dominio adquirido al reservista, que queda limitado a la vida de éste», y el que ha hecho más fortuna—patrocinado, además, por el Tribunal Supremo, en sentencia 9 febrero 1924 y 30 noviembre 1953, y por la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resoluciones de 25-6-1892, 10-6-1924 y 29-12-1931—de estimar sometidas a condición resolutoria las enajenaciones hechas por el reservista, en virtud de la cual serán revocables en el caso de que los reservatarios sobrevivan a aquél.

Tampoco le satisface este criterio o posición a VALLET, ya que —según él—la técnica de la resolución no expresa más que una imagen aproximada, pero no rigurosamente exacta, del fenómeno ocurrido, pues la no subsistencia de la enajenación depende de la sujeción que sufre el sujeto disponente. La enajenación no subsiste porque se lo impide la sujeción que limita el poder dispositivo del sujeto, es decir, un elemento intrínseco y no meramente marginal del acto dispositivo, y depende sólo mediáticamente—y no inmediatamente, como en la condición—del hecho ulterior de premorir el reservista. Además, tampoco los efectos corresponden a los de la resolución: fundamentalmente porque la enajenación del reservista no se deshace (resuelve), sino que termina su eficacia (*no subsiste*)—sin perjuicio de las acciones que al adquirente, perjudicado por la no subsistencia le correspondan en

(1) El cónyuge viudo—dijo FALCÓN—puede volver a envidiar sin tener sucesión de su segundo matrimonio. el cónyuge viudo puede morir, cuando ya habían muerto sus hijos del matrimonio anterior. En ambos casos, la reserva carece de objeto alguno, y las enajenaciones hechas convalecen. El art. 975—escribe MUCRIUS SCAEVOLA—parece que no deja duda sobre la nulidad de las enajenaciones a que se refiere, y la consecuencia primera de esta nulidad sería la posible reivindicación de las cosas enajenadas

cada caso contra los herederos del reservista transferente—, lo cual da lugar a efectos diferentes a los de la resolución, verbigracia, en cuanto al abono de expensas, que no se debe regir por el artículo 1.122, número 6.^o del Código Civil.

De acuerdo, pues, con lo precedentemente expuesto, para VALLET la adquisición de los bienes por los reservatarios no supone retroacción de la enajenación, sino únicamente su ineficacia a partir de la muerte del reservista, en cuanto sea reclamada por los reservatarios.

Se trate de *resolución* o *ineficacia* de la enajenación efectuada, la coletilla final del artículo 975 del Código Civil: «*sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria*», ¿puede cambiar de tal modo lo expresado que llegue al extremo de debilitar la posición de los reservatarios cuando los inmuebles estén inscritos?

¿Supone que el no reflejo registral de la reserva influye de tal suerte en la dinámica de los derechos: el del adquirente del reservista y consiguiente proyección al consolidar el suyo el reservatario, hasta incluso hacer el de este último prácticamente desaparecer, y ello prescindiendo de las normas que precisa para su salvaguardia todo adquirente hipotecario conforme al precepto primerísimo, fundamental, del artículo 34 de la Ley?

Una importante dualidad se observa—escribe VALLET—para explicar la llamada que el artículo 975 hace a la Ley Hipotecaria.

Unos autores—todos los que invocan el artículo 34 de aquélla, unido o no a otros preceptos de la misma—justifican la salvedad final del artículo 975 del Código Civil por el «*juego de la fe pública registral*». Así, ROCA SASTRE dice que: «si no consta registrada la reserva, entonces habrá que distinguir según que el adquirente en la enajenación o gravamen *sea tercero protegido por la fe pública registral* o no, pues en el primer caso su adquisición es firme y no puede ser perjudicado por los efectos resolutorios de la reserva; en cambio, si no reúne los requisitos de la protección registral al surtir efectos la reserva, perderá su adquisición o derecho real, como en el caso en que los inmuebles reservables no resulten inscritos». Y MANRESA escribió que: «cuando no consta ni por nota, ni por la inscripción de enajenación, que los bienes enajenados son reservables, el tercero que inscriba inscribe bien y perjudica a los hijos, y esto, aunque el acto inscrito se considere nulo, por

mediar engaño al ocultar la verdadera naturaleza de los bienes o por transmitir el dominio absoluto el que no es dueño, siempre que la adquisición hubiere sido motivada por un título oneroso, pues si bien la inscripción no conválida los actos nulos con arreglo a derecho, ese tercero adquirirá de quien según el Registro tenía derecho a ello, y su título no puede invalidarse, según el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, aunque después se anulase o resolviese el derecho del enajenante, por causas que no resultaban claramente del mismo Registro».

Pero, en contra se ha afirmado que la referencia del artículo 975 apunta a la ineficacia en perjuicio de tercero de las acciones rescisorias o resolutorias que deban su origen a una causa que no conste explícitamente en el Registro. MORELL, con este criterio, entendió que si la reserva no consta de modo alguno en el Registro, «el que adquiere inscribe puramente, y su título perjudica a tercero, según el artículo 23 (hoy 32), por lo que la enajenación subsiste, y no puede entablarse contra él la acción resolutoria, según terminantemente preceptúa el artículo 36 (hoy 37). A este caso parecen referirse principalmente las palabras «sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria», porque es la verdadera excepción de la regla general». Y MUCIUS SCAEVOLA precisa que: «Si, pues, el comprador del inmueble enajenado, no estando él mismo anotado marginalmente como reservable, inscribió oportunamente su derecho, en nada podría perjudicarle la facultad de anulación que se establece en el artículo 975 del Código, a excepción de los dos casos que menciona la mentada Ley: el haberse rescindido la enajenación como hecha en fraude de acreedores, habiéndolo sido a título gratuito, y el haber sido cómplice del fraude el tercero contra quien se ejercite la acción». Es decir comenta VALLET, anticipando su posición al respecto—*que no basta el conocimiento por el tercero—como en el supuesto del artículo 34 de la Ley Hipotecaria—, sino que hace falta su complicidad en el fraude*, para que le afecte la reserva que no consta en el Registro (2).

(2) Otra tercera posición parece haber, y es la de NAVARRO AMANDÍ según la cual el derecho de los reservatarios «no es real, sino bajo cierto aspecto, haciéndose propiamente real mediante la hipoteca». Según expresa VALLET, de la combinación de lo transcrita (y puesto que para el autor citado el reser-

No era inconsecuente MORELL, por cuanto para él los artículos 33 y 34 (de la Ley de 1909) se ocupan de los actos nulos, mientras que los 36 al 38 de los que puedan dar lugar a acciones rescisorias y resolutorias.

Y es que, como señala Roca, de los artículos 23, 29, 31, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 77, 144, 156 y otros de aquella Ley se desprendía la norma de que el tercer adquirente únicamente tenía que atenerse o preocuparse de lo que constaba en los asientos registrales, de modo que frente a él solamente lo que el Registro expresaba podía afectarle, debiendo considerarse inexistentes o inoperantes, respecto de terceros, los *títulos* no registrados, los *Derechos reales* no mencionados al menos, las *acciones* o posibilidades de nulidad, rescisión, resolución, revocación o de otra clase, no reflejados en el Registro mediante anotación preventiva, condición transcrita, o causa explícitamente consignada, y los *hechos* o *actos* no registrados en virtud del correspondiente asiento de inscripción, anotación, cancelación o nota marginal o por medio de una mención o reserva autenticada.

En esta materia fundamental, la Ley se resentía de aquel método analítico, casuístico, detallista, fragmentario y reglamentario adoptado por los legisladores de 1861, del cual se venía a decir que respondía a la finalidad de facilitar mejor la comprensión de una materia nueva falta de precedentes en nuestro Derecho anterior, y que en rigor obedeció a la circunstancia de no existir ideas bien consolidadas acerca del sistema que se instauraba, lo que imponía ciertas reticencias y cautelas en la formulación legal y dejaba para otros tiempos la construcción de un precepto decidido, claro y franco que comprendiera en toda su amplitud los efectos de la *fides publica* del Registro.

Por ello, y como señalaron los anotadores de ENNEOCERUS, los tratadistas de la materia hipotecaria harto trabajo tuvieron con hacer la exégesis monstruosa de preceptos como los citados, resin-

vista es en todo tiempo dueño absoluto de los bienes reservados), con las palabras de la Exposición de Motivos y la sistemática de la Ley Hipotecaria, la cuestión podrá situarse en el ámbito de las hipotecas legales que han sustituido a las antiguas generales y tácticas. Con ello define su posición el ilustre VALLET, que amplia, como veremos más adelante en el texto, al invocar, para justificar el cambio de reserva de bienes en reserva de valor, el número 4º del artículo 978 del Código Civil.

tiéndose—decimos nosotros—la jurisprudencia de esa inseguridad. Es el caso de las sentencias de 21 de noviembre de 1902, en la que se afirma que el derecho del artículo 811 crea en cierto modo una acción real persecutoria de los bienes, y la de 20 de diciembre de 1904, que acabó de enturbiar el problema al remitirse a los artículos 36 y 37 de la Ley en esta cuestión de reservas, iniciando un camino que comentaristas tan prestigiosos como MORELL y MUCIUS habían de seguir sin vacilar.

Así, dijo MORELL que la regla derivada de esos artículos—36 y 37 de la ley de 1909—puede enunciarse de esta suerte: «Las acciones rescisorias y resolutorias, en general, sólo se dan contra tercero que haya inscrito su título, cuando deban su origen a *cáusas que consten explícitamente en el Registro*».

¿Ha encauzado la vigente Ley Hipotecaria la cuestión? Ciertamente que no. Ahí está latente la discusión en torno al ámbito de los artículos 32, 34, 37. ROCA, principal adalid de la regulación del principio de la fe pública registral lo reconoce, expresando que ante su ausencia debe formarse mediante la combinación o coordinación de varios preceptos de la Ley.

Sería ideal en esta materia—manifiesta—refundir en un precepto único dichos artículos 32 y 34, así como el 37, a base de relacionarlos con el primer párrafo del artículo 38 y el artículo 97, pudiendo dicho precepto estar redactado así: «El tercero que fundado de buena fe en la presunción que establece el párrafo primero del artículo 38 y el artículo 97 adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultad para transmitirlo, será manteniendo en su adquisición y en la extensión con que tal derecho figurase registrado, una vez haya inscrito su título adquisitivo, sin que por tanto pueda perjudicarle ningún derecho, carga, gravamen, limitación, restricción, acción, título, acto o hecho que no conste explícitamente en el Registro».

Por ello ha podido escribir que el párrafo primero del artículo 37, en cuanto hace referencia a las acciones revocatorias, es perfectamente inútil, *como lo es todo él, pues las acciones resolutorias*, a que también alude, ya se hallan comprendidas en el artículo 34.

Este párrafo primero del artículo 37 no sólo, por lo que se acaba de decir, es perfectamente inútil y por tanto suprimible, sino que,

además, es perturbador, ya que parece presuponer que el único *requisito para la protección del tercero es haber inscrito su título adquisitivo*, lo cual no es cierto. Por ello debiera haberse suprimido tal precepto, que por ser reproducción del artículo 36 de la Ley Hipotecaria anterior, responde a un tecnicismo confuso en la materia, y en su lugar adaptar en el artículo 34 una amplia fórmula que abarcará no sólo los casos de nulidad y resolución, sino todos los otros análogos, en general.

Y este tecnicismo equivoco, este querer hacer operar un tercero especial, basado en el único requisito de la inscripción, es el que ha seguido en el punto de enajenación de inmuebles reservables inmatriculados nuestro admirado VALLET.

Sobre la base de la sentencia de 20 de diciembre de 1904 y de las Resoluciones de 5 marzo 1910, 29 diciembre 1931 y 10 agosto 1939, que siguen el principio general de no poderse imponer a terceros limitaciones, cargas o cualificaciones de bienes si así no resulta del Registro de manera indudable, deduce que «queda claro que, a pesar del principio fundamental ordenado en el artículo 2.º del Código Civil de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, y no obstante resultar de datos del Registro los hechos constitutivos de la reserva, ésta no afecta a los adquirentes de bienes inscritos si su existencia no consta de modo expreso en aquél».

Así, pues, para VALLET el requisito de la buena fe, del conocimiento del vicio de la titularidad del transferente, en nada puede afectar a un *accipiens* de bienes reservables inscritos si en la inscripción de éstos o por nota al margen, no consta su calidad de tal.

Para nosotros esto atenta al espíritu y economía de la Ley, pues viene a convertirla, en vez de protectora, en aniquiladora de derechos, por un simple descuido u olvido o mala fe (sin complicidad pauliana) de reservatarios o reservistas.

Ello sitúa en una aproximación o igualdad mejor, de aquel tercero especial que algunos quieren ver en el artículo 32, a éste del 37, que ahora dibuja VALLET, conduciéndonos a esa paradoja de lo negativo de NÚÑEZ LAGOS cuando afirma «que quizás tenga mejor provenir la inscripción como modo de extinguir el dominio que el que ha tenido como modo de adquirirlo».

Y esto extraña más por cuanto el principal debelador, el que dió el más fuerte golpe al artículo 32 de la Ley (prescindiendo ahora de la exacta correlación con el problema que nos ocupa, sino por lo que entraña de aproximación o igualdad del tercero autónomo, especial, de esos artículos 32 y 37) fué el propio VALLET cuando escribiera sobre el juego en la doble venta—de aquel artículo, «que el primer comprador, primero en la posesión, ciertamente no podría hacer valer su título no inscrito frente al segundo comprador, que fué el primero en inscribir. Pero el artículo 32 no impediría por si solo—si no existiesen además los artículos 1.473 del Código Civil y 34 de la Ley Hipotecaria—, que el primer comprador y primero en la posesión, consiguiese la declaración de nulidad de la adquisición del segundo comprador que fué el primero en inscribir, demostrando que, puesto que ya él poseía en el momento de comprar el inscribiente, a éste le faltó el requisito de la tradición para haber adquirido. Invalidada esta inscripción desaparecería el obstáculo del artículo 32».

En suma, que sin el artículo 34 el 32 casi es nada, y por ende, el 37, cuyo tercero, en la cuestión planteada, tan identificado con el de aquél se nos aparece.

Pero no es momento de resucitar problemas (ajenos, en cierta parte, al particular que nos ocupa) tan agitados por la doctrina de nuestra postguerra.

¿Y no roza o casi se subsume, además, la cuestión en esa otra tan vidriosa de la colisión entre el Derecho civil y la Ley Hipotecaria?

Porque fijémonos hasta donde nos lleva en sus conclusiones el ilustre VALLET: «La reserva de inmuebles inscritos—escribe—sólo afecta a quienes los adquieren por actos *inter vivos*: cuando expresamente haya sido constatada o anotada marginalmente a petición de los reservistas, de los reservatarios o de quienes en defensa de los intereses de éstos legalmente puedan solicitarla. *No es necesario para gozar de dicha inmunidad que los adquirentes reúnan los requisitos que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria exige a los terceros para gozar de la protección registral.*»

»La reserva de bienes inmuebles no inscrita es de efectos meramente obligacionales—como lo es siempre la de bienes muebles—, de igual modo que las hipotecas legales, mientras no hayan sido

inscritas, salvo inmuebles determinados. La enajenación de bienes inmuebles inscritos cuando su reserva no se hallare anotada o constatada debidamente en su inscripción, *transformará esa reserva de bienes en reserva de valor*, fenómeno igual al que ocurre con la enajenación de bienes muebles reservables. El reservatario que no haya exigido su anotación habrá aceptado esa metamorfosis, sea conscientemente, o, por lo menos, pacientemente con su omisión. «La obligación de reservar el inmueble enajenado se convertirá en la de reservar su valor y asegurarlo con hipoteca, de conformidad a lo dispuesto en el número 4 del artículo 978 del Código Civil».

Es decir, que la Ley Hipotecaria, por obra y gracia de ese tercero especial del artículo 37, cuyo único requisito es inscribir su título para ser protegido, cambia toda la regulación del Código en cuanto a bienes inmuebles reservables se refiere, dada la coletilla final de su artículo 975.

Francamente, nos resistimos a admitir esa profunda metamorfosis a que nos conduce VALLET. Como tan ponderadamente escribe LACRUZ BERDEJO, la Ley Hipotecaria, en su parte substantiva (en la que lo es desde 1861), sigue siendo, en su versión de 1944-46, un trozo del Código Civil. Ambos cuerpos son una misma cosa. ¿Y no habría colisión de normas—decimos—en esa transmutación obligada operada por la Ley Hipotecaria, según la versión de VALLET, cambiando el régimen de los bienes inmuebles reservables inscritos sin constancia de tal en el Registro, en el de los muebles según el artículo 978 del Código?

Aplicando el artículo 34 de la Ley Hipotecaria con todos los requisitos que la doctrina exige y primero que ninguno el de la buena fe, en cambio, el resultado sería el mismo que para los inmuebles no inmatriculados expone MORELL, al que tan fielmente sigue VALLET DE GOYTISOLO (salvo en su conclusión, como veremos, con indudable acierto).

Las palabras del Código—observó aquél—no declaran las enajenaciones de inmuebles hechas por el binubo, ni nulas ni rescindibles; pero si expresan que esas enajenaciones sólo subsistirán si no quedan hijos. Subsistir es continuar existiendo, permanecer, quedar estable, conservarse; lo que no subsiste es que existía antes y viceversa, lo que existía y deja de existir, lo que existiendo no

permanece ni se conserva, es lo que no subsiste. Si, pues, las enajenaciones subsisten cuando no sobreviven al binubo hijos del primer matrimonio, es que ya antes se reconocía su existencia, luego ya antes eran válidas. Podrá decirse que no es lo mismo existir que tener validez; pero claro es que la Ley no se refiere en la palabra subsistir a la realidad material del hecho de la enajenación; sino a su existencia y realidad legal, y siendo esto así como lo que es nulo en su origen no puede llegar a ser válido por el transcurso del tiempo, si el Código considerase nulas esas enajenaciones, no las consideraría después subsistentes por el hecho incierto y casual de que no quedasen hijos. Viceversa, cuando quedan hijos y no subsisten, no es que se reconozca su validez, lo cual sería una inconsecuencia, sino que actos válidos dejan de producir sus naturales efectos mediante la circunstancia de quedar hijos y contando con la voluntad de éstos. (Concluye MORELL—añade VALLET—«que estos actos se rescinden»; pero esta conclusión no es lógicamente correcta—añade, y estamos nosotros conformes—, pues *no ser nula* y *no subsistir* no equivale a ser rescindible).

Así, pues, bajo los auspicios de MORELL, ha podido escribir con exactitud VALLET: Con realismo jurídico, esos datos llevan a la conclusión de que la enajenación de inmuebles por el reservista puede ser relativamente ineficaz. Relatividad triple. En cuanto al supuesto: Si la reserva se consuma; en cuanto a las personas respecto las cuales será ineficaz la disposición: los reservatarios que consoliden su derecho; y en cuanto al tiempo: desde la muerte del reservista. Se trata de un efecto de la sujeción del reservista, que limita su facultad de disponer eficazmente impidiéndole traspasar los límites de la reserva. Por eso: si ésta no tiene lugar, la sujeción se desvanece y la disposición es plenamente eficaz. Y si la reserva se consuma, la enajenación sólo es eficaz en el mismo ámbito de la sujeción, es decir, relativamente, en cuanto afecte al derecho de los reservatarios y desde que éste nace al fallecer el reservista.

Con la aplicación estricta del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, la conclusión es la misma, cuando se trate de bienes inmatriculados en que no aparezca constatada la reserva. La advertencia al principio copiada de la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria, de hacer constar la cualidad de bienes reservables en

las adquisiciones respectivas de dominio, no tenía otra interpretación a nuestro juicio, sino la de hacer saber que en caso de *litis* les será muy difícil demostrar a los que adquirieran dichos bienes inscritos, en que no constara tal cualidad de reservable, la ignorancia de hecho y de derecho de su procedencia, con lo que se colocarían en situación de mala fe y perderían *ex tunc* la adquisición realizada. Es decir, que tales palabras van dirigidas tanto a los reservatarios para garantía de su posible derecho en los bienes reservables que se enajenen, como a los adquirentes de éstos para predisponerles contra toda adquisición precipitada en donde, aun sin complicidad de fraude con el reservista, sabiendo por su parte el adquirente que la transmisión de aquél está afecta a una posible ineeficacia, la lleva a cabo.

¿No implica, además, contradicción la postura del admirable VALLET, al combatir, de una parte, con todo acierto, el criterio de los que sostienen la defensa de los reservatarios frente a las enajenaciones de los reservistas, mediante una acción rescisoria, y las conclusiones—cuando de inmueble inmatriculado se trata, según cuánto llevamos exponiendo para no hacernos reiterativos—a que llega de considerar «la reserva de bienes inmuebles no inscrita de efectos meramente obligacionales, hasta el punto de transformar la reserva de bienes en reserva de valor», con lo que llega a parejos resultados que los que acaba de impugnar?

El efecto específico de las acciones rescisorias—escribe ROCA—es el de deshacer el acto válido que ha producido lesión, restituyendo las cosas en el ser y estado que tenían antes, pero retroactivamente, sino *ex nunc*, pues en la realidad jurídica hubo adquisición, y ésta subsiste *medio tempore*, o sea, hasta que se lleva a efecto la rescisión. Aquí hay derrumbamiento de titularidad, como en el caso de anulabilidad, pero con la diferencia de no haber retroacción; además, puede evitarse indemnizando, pues la acción rescisoria es de carácter subsidiario (artículo 1.294 y 1.077 del Código Civil).

Cuando se refiere VALLET a la segunda de las excepciones que presenta sobre que la reserva afectará a los adquirentes por actos *inter vivos* de inmuebles inscritos, aunque no se hubiera constatado en forma en el Registro, o sea, si la transmisión se hubiere otorgado a título gratuito (la primera es si se hubiere celebrado

en fraude de los reservatarios), dice que se justifica por la regla «donación equivale a fraude», expresada como presunción *iuris et de iure* en el artículo 1.277, 1.^o del Código Civil, pero no por lo que resulta del inciso final, número 3.^o del artículo 978, que consagra el reconocimiento de la validez de las enajenaciones de bienes muebles reservables aun hechas a título gratuito, porque el criterio aplicado a los bienes muebles es excepcional, sin que sea posible generalizarlo, ni aplicarlo extensivamente, lo que, encontrándolo por nuestra parte acertado, no concuerda con los resultados a que hemos visto se llega por efecto de las transmutaciones o metamorfosis de la reserva de bienes en reserva de valor en las enajenaciones onerosas de los que nos ocupan, con lo que a la postre resulta equiparado el régimen de los muebles y el de los inmuebles, que el legislador tan perfectamente viene diferenciando y que el mismo VALLET rechaza.

Y es que—en suma—la posición más lógica a adoptar respecto a la salvedad final del artículo 975 del Código, es la de ROCA SASTRE, antes copiada, quien justifica, además, la doctrina del Tribunal Supremo, diciendo «que no basta para hacer perder la situación de buena fe, el que el adquirente se halle en presencia de presunciones o vagos indicios que, a lo sumo, le permitirán sospechar las causas de invalidación o ineficacia».

De esta forma toda posible colisión entre el Código Civil y la Ley Hipotecaria queda zanjada. Esta desenvuelve o desarrolla su función característica y propia: la de la protección al tercer adquirente adornado con los cuatro requisitos que la doctrina le asigna. Y aquél—el Código—sigue, aunque no figure constatada la reserva en el Registro, y de bienes inscritos se trate, el régimen diferencial que marcó a la diversa clase de éstos sobre que pueda recaer la misma, muebles o inmuebles, pues la aplicación en caso de la causa resolutoria por mala fe del adquirente, según el artículo 34, al aniquilar la transmisión, sitúa las cosas en el mismo plano que si los bienes no hubiesen estado registrados. Con ello, ni qué decir tiene, se desvanece esta transmutación o metamorfosis de reserva de bienes en reserva de valor, que el ingenio de VALLET construye—.

Por otra parte, señala con acierto JUAN VALLET, que aunque esté constatada la reserva en el Registro, no afectará a los adquirentes

a título oneroso: A) Si la enajenación es en virtud de un derecho anterior a aquélla: ejecución forzosa de una hipoteca anterior, comiso derivado de una enfiteusis también anterior a la reserva, retracto y opción constituidos por el descendiente o sus causantes, o bien por resolución del derecho de éstos; así como por ejecución forzosa de deudas de los mismos, pues la reserva corresponde a un activo líquido que presupone la preferencia de los acreedores del descendiente a los reservatarios como corolario del principio que «antes es pagar que heredar». B) Si los bienes son expropiados, dado el rango superior de la facultad expropiatoria, basada en el interés público, y porque significa una limitación insita a la misma esencia medular del derecho de propiedad. C) Si la reserva recae en alguna participación indivisa cuando el bien total se enajena mediante el ejercicio por otro condeño de la acción *comuni dividendo* (artículo 399, *in fine*, 403 y 405 del Código Civil). Aquí entrará el juego de la subrogación, pues si al condómino gravado con la reserva se le adjudicase dinero por haber sido vendido el inmueble en pública subasta, al mismo se contraería el derecho de los reservatarios, exigiéndose al efecto su depósito—creemos nosotros—en parecida forma a la establecida en la regla 6.^a del artículo 175 del Reglamento Hipotecario cuando de bienes inscritos se trate.

* * *

Hemos dicho anteriormente, siguiendo a ROCA, «que no basta para hacer perder la situación de buena fe el que el adquirente se halle en presencia de presunciones o vagos indicios, que, a lo sumo, le permitirán sospechar las causas de invalidación o ineficacia».

Para nosotros tales palabras justifican la postura de nuestro Centro Directivo—igual que la del Supremo Tribunal—ante este asunto de las reservas que tan precisamente desarrolla VALLET.

Por ser técnicos en Derecho, se les planteó a los Registradores el problema de, induciéndose de los títulos la existencia de hecho de la reserva, cómo, al calificar aquéllos, los habían de apreciar. Hipotéticamente—escribe VALLET—, cabría que dichos funcionarios, al encararse con esta cuestión, adoptaran cualquiera de estas tres posiciones: una, la de denegar la inscripción del título

que no respetase la reserva; otra, hacer constar de oficio la existencia de la reserva y, finalmente, la de inscribir la transmisión, sin aludir a su personal apreciación ni verificar salvedad alguna.

Norma general del Centro Directivo es que el Registrador no puede denegar ni suspender la inscripción por tal motivo. Pero se matizó hasta llegar a esta afirmación. Así, la Resolución de 12 de diciembre de 1862 expresó que «esa anotación—la de al margen de ser reservables los bienes—no debe hacerse sino en virtud de mandato judicial, previa instrucción de expediente, el cual no puede incoar de oficio el Juez, atendido a lo que pide el párrafo 3.^a, sección 3.^a, título V de la Ley, pudiendo hasta darse el caso de que ni aun se incoe el expediente, porque los hijos mayores de edad, en cuyo favor se ha establecido el derecho a la obligación de reservar no exijan la constitución de hipoteca».

Este parecer fué rectificado por la Resolución de 25 de junio de 1892, expresivo de que el Registrador hiciera constar de oficio la existencia de la reserva. En su informe alegó dicho funcionario que resultaba del Registro que el vendedor (se trataba de la simple escritura de venta de una finca en la que nada se decía sobre el carácter de ésta) la había heredado por ministerio de la Ley de una hija, que a su vez la había adquirido, por título lucrativo, de su madre, de lo que surgía la obligación impuesta en el artículo 811 del Código Civil, que la escritura calificada omitía, por lo que denegaba su inscripción; pero la Dirección la impuso, haciendo consignar en tal inscripción la reserva, «con la que quedaba garantizado el derecho de la persona a cuyo favor estaba establecida».

Criterio que fué revisado, volviendo al primitivo de la Resolución de 1862, por los de 5 de marzo de 1910, 8 de agosto de 1918, 29 de diciembre de 1931 y 10 de agosto de 1939, que estimaron inoficiosa la calificación de reservables hecha por el Registrador y declararon que no es de la competencia de éste el hacerla ni el constatarla de oficio. Por otra parte, la de 23 de julio de 1910 declaró que el Registrador no podía dejar de inscribir la herencia a favor del reservista por el hecho de no-constituirse las garantías previstas en los artículos 977 y 978 del Código Civil, que sólo pueden exigirlas aquellos a quienes la Ley legitima al respecto.

Paralelamente, el Registrador no debe tener en cuenta las calificaciones de reservables hechas por los Notarios en las escrituras

por éstos autorizadas, *si los otorgantes no las reconocen y asumen expresamente*. Como señala VALLET, si bien el Notario está autorizado, por su ministerio, a advertir a quienes otorguen manifestaciones o particiones de herencia del carácter reservable de los bienes que tengan esa cualidad y de sus respectivos derechos y obligaciones, en cambio, debe abstenerse de hacer constar su criterio personal al respecto si los otorgantes no lo quieren y asumen sus consecuencias. Si éstos—advertidos por los Notarios de la existencia de la reserva—no declaran el carácter reservable de los bienes, será inoficiosa toda calificación que el Notario hiciere constar en la escritura al efecto. Todo lo más podrá expresarlo al hacer y constatar las advertencias legales; pero éstas advertencias, aunque se expresen específicamente, serán ineficaces y no podrán ser tenidas en cuenta al practicarse la inscripción de la escritura en el Registro de la Propiedad.

O sea que la reserva sólo puede ser constatada o anotada en el Registro si su constatación o anotación es pedida por el reservista, por los reservatarios o por aquellos a quienes en su caso corresponda la defensa de los intereses de éstos en la forma determinada en los artículos 185 a 187 de la vigente Ley Hipotecaria o en la prevista en el párrafo 1.^o del artículo 265 de su Reglamento, pues de no haber sido verificada y rogada por aquéllos debe tenerse por ineficaz, hasta incluso por haberse transcrita del auto de declaración de herederos *ab intestato* del descendiente, según estimó la Resolución de 29 de diciembre de 1931, o por haberla hecho constar oficiosamente el Registrador, como reiteraron las Resoluciones de 5 de marzo de 1910 y 8 de agosto de 1918.

Sólo así, especialmente rogada y expresamente constatada, debe surtir efectos. En su conformidad preceptúa el párrafo 2.^o del artículo 265 del actual Reglamento Hipotecario, que: «En tanto los reservistas no hagan constar expresamente el carácter reservable de los bienes, los Registradores se abstendrán de asignarles este carácter al practicar los correspondientes asientos; y a efectos registrales no serán suficientes, para reputarlos reservables, los datos que resulten de los documentos presentados o de anteriores inscripciones» (3).

(3) Cabe la duda sobre si podrá vincular el reservista los bienes en un documento complementario, verbigracia: en la instancia o relación descriptiva

Pero, ¿puede deducirse de toda la jurisprudencia registral citada, condensada en el artículo 265-2.^º del Reglamento Hipotecario, la existencia de un régimen especial para las reservas de tal suerte que su no constancia en el Registro las haga escapar del ámbito general del artículo 34 de la Ley?

En modo alguno. Aquí se sigue la regla normal referente a Cargas consagradas por el número 7.^º del artículo 51 del Reglamento, que, por la gravedad del caso y elaborada previamente por la jurisprudencia, se recogió especialmente en otro precepto de aquél.

Podrían haberse impuesto como una limitación legal, cual se hizo con los retractos de esta especie, en el apartado 3.^º del párrafo 2.^º del artículo 37 de la Ley Hipotecaria. Pero al no hacerlo es que se quiso discurrieran por el cauce hipotecario normal. No de otra suerte sucede con las legítimas, también *reservas*, que son normas coactivas, de orden público, como aquéllas.

Pero como desde un principio fueron objeto de una regulación especial por la Ley Hipotecaria por no ser hechos consumados, como las legítimas, sino expectativas (o como quiera llamárselas,

de aquéllos hecha privadamente por el mismo para inscribir a su favor siendo heredero único.

Lo terminante de cuantas Resoluciones se han citado, induce a rechazarlo, como el final del párrafo segundo del artículo 265 del Reglamento, arriba copiado, ya que la obligación por el reservista declarada en el documento complementario pudiera estimarse como *datos resultantes* del fundamental—testamento o declaración de herederos—a que va ligado.

Por la afirmativa, podría alegarse el artículo 59 de la Ley Hipotecaria, si bien este artículo, como excepcional, cabe decir, de contrario, no debe extenderse a otros supuestos que por el mismo contemplados.

También pudiera aducirse el artículo 216 del Reglamento Hipotecario, tanto más cuanto que en la opinión de Roca, la distribución del crédito hecha en solicitud al Registrador implica «declaraciones de las partes que engendran relaciones jurídicas». ¿Pero tales declaraciones no son adjetivas de la principal que supone una sujeción o afición quasi real de bienes que parece deben constituirse ante el funcionario adecuado?

Pero sobre todo nos encontramos—y esto si que es fundamental—con lo que preceptúa el artículo 186 de la Ley Hipotecaria, que ordena al reservista acudir al juez para hacer constar la calidad de reservables de los bienes y con lo que dispone el apartado 1.^º del artículo 265 del Reglamento, cuando dice: «Siempre que sin haberse procedido en la forma determinada en los artículos 185 a 187 de la Ley, los obligados a reservar hicieran constar expresamente en las escrituras de adjudicación de bienes, particiones hereditarias o en cualquier otro documento auténtico el carácter reservable de los bienes...» etcétera. Debe, pues, tenerse por no puesta la declaración de ser reservables los bienes hecha por un reservista en una relación de bienes complementaria de testamento o declaración de herederos.

pues no vamos a entrar en este punto de matiz), es por lo que el Código hizo la llamada a aquéllas en su artículo 975, que—insistimos—en modo alguno puede derogar las reglas generales que debe obstentar todo adquirente protegido por la Ley Hipotecaria —artículo 34—, pues ello supondría hacer de peor condición la propiedad inscrita para los reservatarios que la que vive al margen del Registro, suponiendo, por ende, según antes dijimos, una grave colisión de textos legales en perjuicio del Código Civil.

De ahí la justificación de la jurisprudencia de la Dirección en todo acorde con las palabras de Roca, consignadas al principio de este apartado.

* * *

Como advierte LA RICA, no podían quedar desamparados los derechos de los reservatarios—pues siempre, al no existir en el asiento registral constancia de la reserva, puede colocarse y se presumirá así por la exactitud atribuida a aquél, un adquirente en situación de buena fe—, y para su perfecta salvaguardia y eficacia de sus derechos durante la vida del ascendiente reservista, la Ley Hipotecaria confiere medios de declaración de la cualidad de bienes reservables y de aseguramiento hipotecario de los mismos, que los interesados o sus representantes, e incluso el Ministerio Fiscal, pueden utilizar libremente cuando quieran amparar aquellos derechos.

Así dice en su apartado 1.^o el artículo 185 de la Ley Hipotecaria, que: «Cuando los reservatarios sean ciertos y mayores de edad, sólo ellos podrán exigir el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el artículo anterior; si fueren menores o incapacitados, lo exigirán en su nombre las personas que deben representarlos legalmente.»

Pero poco después el artículo 187 añade en sus dos primeros apartados que: «Si transcurrieron ciento ochenta días desde que nazca la obligación de reservar sin haberse dado cumplimiento por el reservista a lo establecido en los artículos anteriores, los derechos reconocidos por éstos a favor de los reservatarios podrán ser exigidos por sus parientes, cualquiera que sea su grado, el albacea del cónyuge premuerto y, en su defecto, el Ministerio Fiscal.»

¿Cómo armonizar estos preceptos?—se pregunta con razon
VALLET DE GOYTISOLO.

Roca SASTRE, al enunciar las personas facultades para exigir la constitución de la hipoteca y demás garantías de la reserva y citar las enumeradas en el artículo 185, comenta que: «Si no la exigen—los reservatarios *ciertos y mayores de edad*—, nadie más puede pedirla, pues en este caso, como indicaba la Exposición de Motivos de la Ley de 1861, se entienden que renuncian a ella.» Y anota que: «Queda sin resolver qué ocurre cuando el reservatario sea persona incierta.»

Fundamentalmente—expone magistralmente VALLET—, dos criterios pueden presidir la armonización de los artículos 185 y 187 de la Ley Hipotecaria. Uno concreta cronológicamente la limitación subjetiva del artículo 185; el otro limita los supuestos de aplicación de la extensión subjetiva del artículo 187. El primero se apoya en las primeras palabras de este último: «*Si transcurrieren ciento ochenta días desde que nazca la obligación de reservar*», y consiste en concretar cronológicamente al término de ciento ochenta días la limitación de los legitimados para reclamar las medidas contenidas en el artículo 185 de la Ley. El segundo se apoya fundamentalmente en la exclusión, a dicho fin, de cualquier legitimado que no sea reservatario presunto cuando éstos sean ciertos y mayores de edad, dispuesta en el apartado 1º del artículo 185, entiende que el artículo 187 sólo puede referirse a los supuestos en que los reservatarios sean inciertos o, incluso también—con un criterio algo menos restringido—, si siendo los reservatarios menores o incapacitados las consiguientes garantías no hubieren sido constituidas en el término de ciento ochenta días. Este segundo criterio—en cualquiera de sus dos posiciones—parece más racional que el primero, dado que personas ciertas y plenamente capaces no deben necesitar que otros velen por sus intereses, y en realidad así lo confirman los términos absolutos y terminantes del primer inciso del artículo 185 de la Ley Hipotecaria.

Ahora bien—continúa VALLET—, ¿puede ocurrir alguna vez que todos los reservatarios del 811 sean ciertos? (*Ciertos* en el sentido de que no pueda haber ningún otro posible reservatario. No en el de que los existentes lleguen a consumar la reserva, cosa imposible de precisar, pues nadie puede asegurar la sobrevivencia

del favorecido ni que lleguen a darse a su favor las demás circunstancias necesarias para que la reserva se consolide en su beneficio). Sin duda que si, cuando los parientes de primer y segundo grado ya no puedan tener más descendencia, cosa que en la práctica resultará casi siempre muy difícil, si no imposible, de saber y demostrar; y evidentemente serán ciertos cuando si bien haya parientes, de tercer grado de la línea de procedencia de los bienes, ya no viva pariente alguno de primero y segundo grado. En estos casos, parece claro que el apartado 1.^o del artículo 187 de la Ley Hipotecaria no será aplicable.

Y en los demás casos, ¿será siempre de aplicación este artículo 187? Creemos que tampoco. Si, como hemos entendido, habiendo hijos comunes, todos mayores de edad y capaces y no teniendo el otro ascendiente descendencia común al reservista, sólo aquellos hijos comunes pueden exigir la adopción de las medidas que aseguren la reserva, parece que, con mayor razón, tampoco cabrá la intervención de los parientes de cualquier grado, ni del albacea del cónyuge premuerto ni del Ministerio Fiscal para exigir el cumplimiento de repetidas medidas de seguridad.

Creemos, pues—precisa VALLET—, que el apartado 1.^o del artículo 187 de la Ley Hipotecaria sólo será aplicable: 1.^o Cuando quepa la seguridad de que algún *concepturus* llegue a ser reservatario y, además, no existan descendientes comunes de ambos descendientes. 2.^o En todo caso, si alguno de los presuntos reservatarios, que de ser plenamente capaz hubiera podido reclamar la constitución de las medidas de seguridad, fuese menor o estuviese incapacitado y sus legales representantes no hubieran reclamado su formalización: o si, a su vez, cupiera algún reservatario *non-dum concepti* que fuera hijo de un hijo común de ambos descendientes, premuertos con anterioridad a la fecha de reclamarse la constitución de las garantías.

Finalmente, y con referencia a este artículo 187 de la Ley Hipotecaria, estimamos con VALLET que si la enajenación se hubiere verificado dentro del plazo de ciento ochenta días en él previsto y computado con arreglo al artículo 261 del Reglamento, el adquirente (fuera de todo concepto de buena o mala fe) resultaría afectado por la reserva con tal de que ésta se constatase en debida forma en ese plazo. Negativamente opinó MARÍN MONROY, respecto

al plazo de noventa días que prevenía el artículo 193 de la anterior edición de la Ley Hipotecaria, pues estimó que aquella responsabilidad sería tanto como ir contra toda la doctrina de la Ley, lo cual no le pareció admisible sin una expresa disposición que consagrarse la excepción. No obstante, no dejó de apreciar y preocuparse el evidente daño que al reservatario podría acarrear la aplicación del criterio general.

* * *

Con ese impresionante acopio de notas doctrinales y jurisprudenciales a que nos tiene habituados, publicó, primero en varios números de «Anuario de Derecho Civil», y recogió después en Separata, JUAN VALLET DE GOYTISOLO, el más completo estudio de cuantos conocemos sobre el artículo 811 del Código Civil (y, en general, sobre Reservas).

Son tan múltiples las sugerencias que tan exhaustivo estudio ofrece, que hacer su recensión total hubiera desbordado los límites asignados a una tal labor. Por ello hemos preferido—como más propio, por otra parte, de la dedicación de esta Revista—cenírnos a un trabajo de *recreación*, por así decirlo, de un solo supuesto: este de las Reservas en su reflejo hipotecario, remitiendo a nuestros posibles lectores a la total lectura de esta nueva aportación a nuestra civilística de JUAN VALLET, hombre por tantos conceptos excepcional y admirable.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 6 de octubre de 1959.

En esta Resolución se plantea y resuelve el siguiente problema: Presentado un documento a liquidación con fecha 20 de julio de 1945, no fué notificada la liquidación girada hasta el 4 de julio de 1956. El interesado recurrió contra ella alegando que había transcurrido ampliamente el plazo de diez años que el Reglamento establece para la prescripción, computado desde la presentación del documento hasta la notificación de la liquidación, añadiendo que dicho plazo no puede considerarse interrumpido por un oficio de junio de 1947, en el que se reclamaban datos considerados como necesarios para practicar la liquidación, porque la notificación de tal petición aparece firmada por orden y por una persona llamada J. M., que ninguna relación tiene, ni personal ni representativa, con la adquirente de los bienes y obligada al pago del impuesto, y, por tanto, carece de eficacia para interrumpir el plazo de prescripción, con perjuicio del contribuyente.

El Tribunal provincial desestimó el recurso, fundándose en que todo acto de la Administración sobre gestión del impuesto sirve para interrumpir la prescripción.

El Central revoca tal acuerdo del provincial y dice que el acto de gestión que interrumpe la prescripción es aquel que se realiza directamente con los interesados, entendiéndose por tales, conforme al Reglamento de Procedimiento y al del Impuesto, en su artículo 129, el contribuyente obligado al pago o el presentador del documento o el representante legal—añadimos nosotros—de aquél.

Nos parece que la claridad del caso hace innecesario el comentario.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 20 de octubre de 1959.

CONSTITUÍDA ENTRE EXTRANJEROS Y EN ESCRITURA PÚBLICA UNA SOCIEDAD, EL REGISTRADOR MERCANTIL DENEGÓ LA INSCRIPCIÓN, ESTIMANDO QUE LA ESCRITURA ERA NULA. SOLICITADA LA DEVOLUCIÓN DEL IMPUESTO LIQUIDADO, SE DECLARA QUE LA DEVOLUCIÓN NO ESTÁ AMPARADA POR EL ARTÍCULO 58 DEL REGLAMENTO DEL IMPUESTO.

Antecedentes.—Dos ciudadanos extranjeros constituyeron una sociedad mercantil, pagaron el impuesto correspondiente y el Registrador Mercantil, según va dicho, denegó la inscripción, fundado en que aquélla estaba constituida por extranjeros exclusivamente, siendo su objeto la explotación de una industria comprendida en el artículo 3.^o de la Ley de 24 de noviembre de 1939, la cual, en sus artículos 5.^o y 6.^o, determina que son nulas las operaciones practicadas en contra de tales textos.

Ante tal nota, y conformándose con ella, los interesados solicitaron del Delegado de Hacienda la devolución de las cantidades liquidadas e ingresadas, en razón de que la resolución del Registro Mercantil era inapelable.

El Delegado denegó la devolución por incumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 58 del Reglamento del Impuesto, contra cuya resolución recurrieron los interesados ante el Tribunal provincial, alegando que la calificación registral tiene la naturaleza de los actos de jurisdicción voluntaria con efectos *erga omnes*, siéndole, por tanto, aplicable el citado artículo 58, y, ade-

más, desde el momento en que ha sido denegada la inscripción, la Sociedad es inexistente al carecer de personalidad jurídica, conforme al artículo 5.^o de la Ley de Sociedades de responsabilidad limitada; y, en definitiva, el acto es originariamente nulo, según la Ley de 1939, antes citada, en concordancia con el artículo 4.^o del Código Civil.

El Tribunal provincial estímó el recurso por ser de aplicación el mencionado artículo 58, toda vez que para que exista el derecho a la devolución, es suficiente la nota del Registrador Mercantil, única autoridad jurisdiccional competente para velar por la aplicación de la Ley de 24 de noviembre de 1939, sin que quepa acudir a la jurisdicción ordinaria, aparte de ser de aplicación el mencionado artículo 4.^o del Código Civil.

Notificado el fallo a la Dirección de lo Contencioso, ésta hizo uso de su derecho a recurrir del Provincial ante el Central, y dijo que si bien es cierto que, según el artículo 5.^o de la Ley de Sociedades de responsabilidad limitada, éstas sólo tienen personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro Mercantil, no lo es menos que, conforme al artículo 117 del Código de Comercio, el contrato de Compañía mercantil será válido y obligatorio entre los contratantes, cualquiera que sea la forma y condiciones licitas con que la constituyan; y según el 24 del mismo texto, las escrituras de sociedad, no registradas surtirán efecto entre los socios, rigiéndose como dispone el artículo 1.669 del Código Civil, por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes. Por consiguiente, como la constitución de éstas está sujeta al impuesto a tenor del apartado 29 del artículo 19 del Reglamento, cuando su fin sea la explotación de negocios mercantiles o industriales cuyos rendimientos deban ser gravados por la contribución industrial o de utilidades, es procedente, dijo la Dirección, pedir al Tribunal Central la anulación del fallo del provincial.

Este empieza por decir que a la vista del repetido artículo 58 del Impuesto, que reconoce el derecho a la devolución del impuesto «cuando se declare judicial o administrativamente por resolución firme la nulidad, rescisión o resolución de un acto o contrato, siempre que no hubiere producido efectos lucrativos, es necesario determinar si la negativa de inscripción por defecto insubsanable,

pronunciada por el Registrador Mercantil, produce la nulidad de la convención nacida de la escritura de constitución de Sociedad.

Y en esta trayectoria, dice el Tribunal que si bien la expresada Ley de 1939 impone la nulidad de la escritura de constitución de la Sociedad, ello no implica la inexistencia del contrato, porque el artículo 1.261 del Código Civil no exige para su nacimiento más que el consentimiento de las partes contratantes, el objeto cierto y la causa de la obligación; y, por otra parte, las exigencias de la ley de protección a la industria nacional de 24 de noviembre de 1939 se limitan a especiales exigencias sobre la propiedad del capital social y sobre impedimentos para que el personal técnico y directivo sea extranjero, requisitos que, incumplidos, impiden que la Sociedad sea inscrita en el Registro Mercantil; pero todo ello de ninguna manera implica la inexistencia de una convención y contrato sometidos a tributación por el Impuesto de Derechos reales, puesto que, como su artículo 44 establece, la exacción solamente requiere la existencia de un hecho que jurídicamente origine el acto sujeto, o de una conversión expresamente consignada por los contratantes; a lo que es de añadir, dice la Resolución, que el artículo 41 del mismo texto legal dispone que el impuesto se exija con arreglo a la verdadera naturaleza del acto o contrato liquidable, cualquiera que sea la denominación que las partes le hayan dado, y prescindiendo de los defectos, tanto formales como intrínsecos, que puedan afectar a su validez.

En conclusión, de todo ello se desprende que se ha creado una comunidad de bienes comprendida, a los efectos fiscales, en el apartado 25 del artículo 19 del Reglamento de 1947, al que corresponde el 29 del vigente de 1959.

Añade también la Resolución estudiada que no está probado que no se hayan producido efectos lucrativos derivados del contrato, como exige el repetido artículo 58 para que proceda la devolución del impuesto; antes bien, la presunción es de que se produjeron, puesto que la Sociedad dió comienzo a sus operaciones el 30 de abril de 1954 y hasta el 7 de diciembre siguiente no se negó la inscripción en el Registro Mercantil.

En definitiva, la Resolución del Tribunal inferior fué anulada y confirmado el acuerdo denegatorio del Delegado de Hacienda:

Comentarios.—Conformes de toda conformidad con la tesis sostenida por el Tribunal Central, sólo nos parece oportuno añadir que, además de los argumentos que él opone a la devolución pretendida por la Sociedad recurrente, se puede tener en cuenta este otro.

El texto del artículo 58 presupone que el acuerdo de que éste habla disponiendo la nulidad, rescisión o resolución del acto o contrato, ha de ser firme y ejecutoria. El artículo dice, efectivamente, que el plazo para pedir la devolución es el de dos años contados desde que la Resolución dicha quedó *firme*, pero esta firmeza ha de referirse al acuerdo de última instancia, ya sea de la vía judicial, ya de la administrativa, de manera que tanto en una como en otra vía han de haberse agotado los recursos que procedan contra el antedicho acuerdo; es decir, que la firmeza del mismo en primera instancia, producida por haberse conformado las partes con él, no es suficiente para que la devolución del impuesto sea procedente.

Aplicada esta interpretación al caso, resulta que si bien la decisión del Registro Mercantil denegando la inscripción de la escritura por defecto insubsanable, quedó firme como consecuencia del aquietamiento de los interesados, tal firmeza carece de eficacia a efectos de la aplicación del tan repetido artículo 58, puesto que era recurrible ante la Dirección General de los Registros por los trámites de los artículos 53 al 61 del Reglamento del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 10 de noviembre de 1959.

EN LA CANCELACIÓN DE UNA HIPOTECA CONSTITUÍDA A FAVOR DE UNA CAJA DE AHORROS POR UNA ENTIDAD EXENTA DEL IMPUESTO, INCLUSO EL MISMO ESTADO, NO ES EXIGIBLE EL IMPUESTO A AQUÉLLA, FUNDÁNDOSE EN LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 7.^º DE LA LEY DEL IMPUESTO Y EN EL APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 59, NÚMERO 1.^º, DEL REGLAMENTO, CUANDO SUBROGAN AL QUE CONTRATA CON AQUÉLLOS EN EL PAGO.

Antecedentes.—En escritura de 30 de enero de 1959 la Caja de Ahorros Vizcaína dió carta de pago de una considerable cantidad

que había prestado a la Delegación Nacional de Sindicatos, según escritura de 4 de agosto de 1956, para la construcción de viviendas de renta limitada, y canceló la hipoteca de garantía constituida en esa segunda escritura.

La cancelación de la hipoteca fué liquidada a cargo de la Caja de Ahorros, y la liquidación fué recurrida por dicha Caja, primero en reposición y después ante el Tribunal provincial, con la pretensión que se anulara en razón de estar exenta la Delegación Nacional de Sindicatos, invocando el artículo 59, apartado 1., número 1.^a del Reglamento, en relación con el artículo 6.^a apartado C), número 3.^a del Reglamento de 15 de enero de 1959.

El Tribunal provincial desestimó la reclamación, fundado en que el acto de cancelación de hipoteca está sujeto al impuesto, y como el pago de éste recae, en principio, sobre la Delegación Nacional de Sindicatos, al estar ésta exenta por lo dispuesto en el artículo 3.^a, apartado C) número 3.^a de la Ley del Impuesto de 21 de marzo de 1958, la obligación del pago se transfiere, de acuerdo con lo dispuesto en el último párrafo de su artículo 7.^a, a la otra parte contratante, en este caso la Caja de Ahorros Vizcaina, por tratarse del supuesto de contrato con el Estado, a que hace referencia el apartado a) del mismo artículo.

La recurrente se alzó ante el Tribunal Central, y éste empieza por sentar que el invocado artículo 7.^a de la Ley del Impuesto, en su apartado a), dice que en los contratos de garantía, de cualquier clase que sean, que se otorguen a favor del Estado o de las Corporaciones locales, vendrá obligado a satisfacer el impuesto el que constituya la garantía, y sobre esta base dice que como en el caso no se trata de tal constitución, sino de la cancelación del Derecho real, esta circunstancia determina por si sola la inaplicación al caso del precepto invocado, ya que no puede ser aplicado extensivamente en perjuicio del contribuyente.

Por otra parte, añade, tampoco es exigible el impuesto a la Delegación Nacional de Sindicatos en virtud de la exención subjetiva de que disfruta, de acuerdo con los preceptos al principio invocados.

En definitiva es anulada la liquidación y declarada la exención a favor de la Delegación Nacional de Sindicatos.

Comentarios.—La conclusión a que llega el Tribunal Central nos parece acertada, dada la exención de que disfruta nominalmente la aludida Entidad Nacional de Sindicatos, pero alguna discriminación merecen los preceptos invocados.

Primeramente es de notar que no hay una completa armonía entre el apartado a) del artículo 7.^o de la Ley del Impuesto y lo que dispone el Reglamento de la misma en el número 1.^o, apartado 1 de su artículo 59: ambos se refieren al traslado o cambio de la obligación de contribuir de un contratante a otro en los casos concretamente señalados. Sábido es que el obligado al pago del tributo es siempre el que adquiere el bien o derecho de qué se trate, en virtud del principio del enriquecimiento que ello implica, y, sin embargo, esos preceptos cambian la regla e imponen el impuesto al transmitente. En eso coinciden la Ley y el Reglamento, pero no así en la letra, al menos, ya que la Ley, en el citado apartado a) del artículo 7.^o, dice que «en los contratos de garantía, de cualquiera clase que sean, que se otorguen a favor del Estado o de las Corporaciones locales, vendrá obligado a satisfacer el impuesto el que la constituya», y en cambio, el Reglamento en el número 1.^o de su apartado 1 del artículo 59 dice que en «los contratos de fianza, de cualquier clase que sean...», vendrá obligado a satisfacer el impuesto el que la constituya; de donde se ve que la Ley es más amplia que el Reglamento, puesto que éste no comprende más que la fianza, y aquélla abarca a todos los contratos de garantía y a la fianza, por tanto, mientras que la inversa no se da, porque decir fianza no es decir hipoteca, so pena de confundir dos contratos de substancialidad jurídica independiente, siquiera ambos sean contratos de garantía. Hay que convenir, pues, en que la armonía no es perfecta, si bien, en definitiva, esta exégesis sea intrascendente, dado que el contenido de la Ley es el que tiene que prevalecer en la realidad tributaria.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 17 de noviembre de 1959.

EN LAS ANOTACIONES DE EMBARGO, SEGÚN ESTA RESOLUCIÓN, LA BASE LIQUIDABLE «NO ES SUSCEPTIBLE DE EXCEDER NUNCA DEL VALOR DEL EMBARGO».

Antecedentes.—Despachado mandamiento judicial de embargo sobre reclamación de 2.174.850,50 pesetas y presentado el mandamiento a liquidación, la Oficina liquidadora la giró sobre dicha cantidad, siendo recurrida la liquidación con fundamento en que la base liquidable no puede ser mayor que el valor de los bienes embargados, el cual, en el caso, era menor que la cantidad reclamada.

Interpuesto recurso contra la liquidación, el Tribunal provincial la desestimó invocando el artículo 68 del Reglamento que dice que en las anotaciones de embargo «la base liquidable será el importe de la obligación total que con ella se garantice».

El Central revocó el acuerdo del inferior, diciendo que lo que el citado precepto quiere decir es que la base «será el importe de la obligación total que con esas operaciones se garantice, es decir, la cantidad realmente garantizada con la anotación que haya de practicarse, la cual, de hecho, no es susceptible de exceder nunca del valor del embargo». Después refuerza la tesis con la cita de los artículos 1.923 del Código Civil y sus concordantes 79 y 80 de la Ley Hipotecaria.

Comentarios.—Nosotros, respetuosamente, disentimos de la tesis del Tribunal, no solamente con el apoyo del citado texto del artículo 68, sino también con el contenido del 17, que dice específicamente sobre las anotaciones de embargo, secuestro y prohibición de enajenar, que «satisfarán el 0,75 del importe de la obligación que garanticen».

Verdad es que el mismo artículo 68, al hablar de la base liquidable en la liquidación de constitución y cancelación de fianzas y prendas dice que será el importe de la obligación garantizada, aunque el «tipo fijado a los bienes en que consista la prenda

sea menor que el señalado a esta garantía», pero esta previsión reglamentaria, que el Reglamento no establece al regular las anotaciones de embargo, secuestro y prohibición de enajenar, no parece que pueda desvirtuar los otros textos reglamentarios transcritos.

Por último, es de observar que con arreglo a la interpretación del Tribunal Central surgiría la necesidad de la comprobación del valor de los bienes, en todos los casos en que los bienes embargados tuviesen un valor declarado inferior al de la obligación garantizada por el embargo, lo cual no ocurre con arreglo a nuestra interpretación, ya que es indiferente que el valor de los bienes sea mayor o menor que el de la obligación garantizada, puesto que el de ésta es el que sirve de base para liquidar.

Como quiera que ello sea, lo cierto es que, contrastado el texto de los dichos apartados, bien puede decirse que no son un modelo de concordancia.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 12 de enero de 1960.

LA ADQUISICIÓN DE UN TERRENO A TÍTULO DE COMPROVENTA POR UNA CONGREGACIÓN RELIGIOSA, DESTINADO A LA CONSTRUCCIÓN DE UNA RESIDENCIA Y CASA-SEMINARIO, NO DISFRUTA, EN CUANTO AL IMPUESTO DE DERECHOS REALES, DEL BENEFICIO TRIBUTARIO CONSIGNADO EN EL ARTÍCULO 20 DEL CONCORDATO DE 27 DE AGOSTO DE 1953.

Antecedentes.—En escritura de 23 de junio de 1954, una Congregación religiosa compró una parcela de terreno, haciendo constar que su destino era el construir sobre ella una Casa-Residencia y una Casa-Seminario para la formación de sus miembros.

Tal adquisición fué liquidada como compraventa al 6 por 100, y no conforme la Congregación con la liquidación, se alzó ante el Tribunal Provincial, con la pretensión de que se le aplicase la exención del artículo 20 del expresado texto concordatario.

El recurso fué desestimado, y planteada la contienda ante el Central, éste dice que el artículo 20 establece en sus cuatro primeros números «la exención de impuestos y contribuciones de ín-

dole estatal y local», que esos números se especifican, incluso las Casas de las Ordenes religiosas, Congregaciones e Institutos religiosos y seculares canónicamente establecidos, así como los Colegios u otros centros de enseñanza dependientes de la jerarquía eclesiástica que tengan la condición de benéfico-docentes».

Esto es así, añade el Central, pero a continuación el número 4.^º del mismo artículo expresa que «todos los demás bienes de personas eclesiásticas... quedarán sujetos a tributación conforme a las leyes generales del Estado, en paridad de condición con las demás instituciones o personas»; y, además, el número 5.^º siguiente especifica que «las donaciones, legados o herencias destinados a la construcción de edificios del culto católico o de Casas religiosas, o, en general, a finalidades de culto o religiosas, serán equiparados, a efectos tributarios, a aquellos destinados a fines benéfico-docentes».

Esto supuesto, y con la premisa de que las exenciones han de aplicarse con criterio restrictivo, la Resolución sienta que el Concordato no contiene en el citado artículo 20, ni en ningún otro, disposición alguna de régimen tributario especial de adquisición de bienes a título oneroso realizadas por la Iglesia o sus Instituciones.

Sin otros razonamientos, confirma la liquidación impugnada y desestima el recurso.

Comentarios.—Esta Resolución acomete el mismo tema que la de 15 de diciembre de 1959, y si bien en ésta el razonamiento llega a la misma conclusión que la que comentamos, lo hace de una manera más acabada, puesto que desmenuza el aludido artículo 20, razonando el porqué no le es aplicable al caso la exención genérica del primer párrafo del mismo.

Su razonamiento es, pues, en síntesis, el siguiente: según claramente se desprende del texto, esta exención se refiere, no a los actos o contratos de adquisición de bienes, sino a las *contribuciones* que gravan los bienes mismos ya poseídos, y por eso el número 4.^º del mismo artículo 20 dice que «todos los demás bienes de entidades o personas eclesiásticas, así como los ingresos de éstas que no provengan de actividades religiosas propias de su apostolado, quedarán sujetas a tributación conforme a las leyes ge-

nerales del Estado, en paridad de condición con las demás instituciones o personas»; y redondea el pensamiento del legislador diciendo en el siguiente número 5.^a del mismo artículo 20 que «las donaciones, legados o herencias destinados a la construcción de edificios del culto católico o de Casas religiosas, serán equiparados, a todos los efectos tributarios, a aquellos destinados a fines benéficos o benéfico-docentes».

Resulta, pues, que, conforme a las dos Resoluciones, las adquisiciones a título gratuito con las finalidades dichas y por las expresadas personas, tributarán por el número 8.^a de la Tarifa, al 0,50, tipo o concepto Beneficencia, en virtud de lo dispuesto en el Concordato, ya que la legislación de 1947, bajo cuya vigencia se realizó el acto, nada decía sobre el particular; y en cambio, las adquisiciones a título oneroso no gozaban de privilegio alguno, como tampoco lo disfrutan con arreglo a la Ley y Reglamento vigentes; si bien no deja de ser, en cierta manera, incongruente que las adquisiciones con idénticas finalidades tengan distinto tratamiento fiscal, según sean onerosas o lucrativas.

Cuanto queda expuesto está razonado teniendo en cuenta la Ley y el Reglamento de noviembre de 1947, ya que en la Ley vigente de 21 de marzo de 1958, y en su Reglamento de 15 de enero de 1959, el caso tendría otros puntos de vista y acaso otro tratamiento. Esto sin contar conque, dentro de esa legislación ahora en vigor, sea difícil compaginar el número 66 de la Tarifa, concepto «Templos», con el apartado c) del número 60, letra 'A, de los artículos 3.^a de la Ley y 6.^a del Reglamento, puesto que, mientras ese apartado c) dice que están exentas «las *enajenaciones* de toda clase de terrenos para la construcción de templos o capillas destinados al culto católico», dicho número 66 de la Tarifa consigna que «las *adquisiciones* a título oneroso de terrenos para la edificación de templos destinados al culto católico» tributarán al 0,30 por 100.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ-VILLAMIL.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL

I.—*Familia.*

SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1960.—*Nulidad de compraventa de fincas rústicas otorgada con autorización del Consejo de Familia, constituido con irregularidades.*

Son declaraciones de interés en esta sentencia:

Que para que las irregularidades cometidas en la formación o composición del Consejo de Familia determinen la nulidad de sus acuerdos, haciendo imposible su subsanación retroactiva, basta la existencia de cualquiera de los supuestos que el artículo 296 menciona, que los defectos normales se debiesen al dolo o que las decisiones del organismo tutelar causaren perjuicios a la persona o bienes del sujeto o tutela. No es necesario la concurrencia de ambas circunstancias, porque tal tesis pugna no sólo con la clara redacción del precepto, sino también con el espíritu que preside su contenido de defensa de los intereses de la persona tutelada. La mera producción de perjuicios es por sí suficiente para la nulidad de lo realizado. Este criterio ha sido mantenido por la jurisprudencia al aludir al tema en las sentencias de 17 de junio de 1943 y de 1 de marzo de 1945.

Dado el carácter del sistema tutelar establecido por nuestro Código Civil, la intervención que a la autoridad judicial concede en la constitución y funcionamiento del Consejo de Familia, ni alcanza a inmiscuirse en sus actuaciones privativas, ni permite alterar sus decisiones sin otra razón que la de imponer una más acertada, lo que en manera alguna le está atribuido; ni le autoriza a dejar sin efecto los acuerdos del organismo tutelar, aun defectuosamente formado, sino en los limitados casos en que, por obvias razones de nulidad radical o defensa de los intereses del tuteiado se imponen; pero nunca, cuando no dándose alguna de tales circunstancias la estabilidad del

tráfico jurídico y la ausencia de finalidad práctica de la anulación, previstas por el artículo 296, facultan la subsanación de aquello que sólo adolecía de defectos formales intranscendentales al acto cuya nulidad se pretende.

III—*Obligaciones y contratos.*

SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1960.—Arrendamientos urbanos.—*El hecho de asociarse un arrendatario con sus hijos constituye cesión o traspaso ilegal que da lugar a la rescisión del contrato de arrendamiento de local de negocio*

El arrendatario confesó que los ingresos del negocio radicante en el local arrendado eran para los hijos y para él, «porque estaban unidos los tres».

El Tribunal Supremo estima que esta asociación confesada implica un traspaso ilegal y no accede a la casación de la sentencia que declaró resuelto el contrato de arrendamiento.

SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1960.—Arrendamiento urbano.—*El separarse uno de los comuneros arrendatarios implica un traspaso ilegal, que origina la resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio.*

El local de negocio se arrendó a dos personas para comercio. Uno de ellos se apartó del negocio emprendido en comunidad. El dueño del inmueble pidió la resolución del contrato por traspaso ilegal.

El Tribunal Supremo resuelve que al separarse uno de los comuneros del uso del local arrendado, quedando el otro en el uso de su totalidad, es evidente que hubo un traspaso de la parte indivisa correspondiente al que se separó, en favor del que continuó en el uso de todo el local, traspaso efectuado sin cumplir los requisitos necesarios para su existencia legal exigidos por disposición de la Ley de Arrendamientos Urbanos y que, en consecuencia, constituye causa de resolución del contrato de arrendamiento.

SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1960.—Arrendamiento urbano.—*Cesión de local de negocio de padre a hijo sin consentimiento del arrendador: Es traspaso ilegal.*

La ocupación total, parcial o conjunta de un local de negocios en el que no cabe la convivencia familiar, por una persona no arrendataria, con consentimiento del arrendatario, prueba inequívoca de una transmisión de uso, es una transferencia que no consentida por el arrendador, ni operada con los requisitos del artículo 32 de la L. A. U., ha de reputarse, ilícita y consecuentemente, causa de resolución de la relación arrendaticia.

SENTENCIA DE 5 DE ABRIL DE 1960.—*Daños y perjuicios causados por aguas procedentes de un lavadero de mineral de plomo. Culpa extracontractual. Competencia de la jurisdicción ordinaria.*

Llega al Tribunal Supremo, como otras veces, el conflicto que pudiéramos llamar clásico en las zonas mineras: la fricción entre los intereses mineros de una parte de los agricultores y ganaderos de otra. Se produce en la mayoría de los casos por incumplimiento de la legislación minera y de aguas, que, en sus articulados, todo o casi todo lo tienen resuelto.

Los accionantes expusieron ser dueños de una finca cercana a un lavadero de mineral de plomo explotado por la empresa demandada. Esta enturbia las aguas con su industria. El ganado de los demandantes—nueve yeguas—, al beber el agua contaminada y comer los pastos también contaminados, sufrieron intoxicación (la intoxicación saturnina) y perecieron (Dicen los ganaderos que agrada mucho a los animales el pasto regado con aguas empomadas).

Se suplicó en la demanda que se tomaran las medidas precautorias necesarias para que no se repitieran tales hechos y la indemnización de daños y perjuicios.

La demandada negó la intoxicación e hizo, en reconvenCIÓN, otras peticiones que no alteran lo fundamental de la demanda, por referirse a otras cuestiones (elevación a público de un documento privado, pago de precio aplazado, etc.)

El Juzgado de Primera Instancia accedió a la demanda y a lo pedido por reconvenCIÓN, sentencia confirmada por la Audiencia Territorial. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto, exponiendo las siguientes razones, entre otras.

Que se ejercita en la demanda una doble acción, dirigida, de un lado, a obtener la oportunua indemnización de los daños y perjuicios por muerte de las nueve cabezas de ganado equino, propiedad de los actores, debida al envenenamiento de las aguas y pastos producido por la factoría de plomo de la demandada; y de otro que por la Autoridad judicial se adopten, en periodo de ejecución de sentencia, las medidas necesarias o precautorias enderezadas a que no se repita el evento dañoso; pretensiones que, enlazadas entre si por ser una consecuencia de la otra, fueron plenamente estimadas en los dos grados de jurisdicción al amparo del artículo 1.902 del Código Civil, en cuanto estatuye, interpretado por la jurisprudencia, los tres precisos elementos determinantes de la responsabilidad, de daño en el patrimonio ajeno producido por un acto culposo o negligente del actor, con la obligada relación de causalidad, de tal modo que el menoscabo reconozca como causa eficiente la conducta del demandado, en si no intencionada, pero peligrosa y fácilmente indicadora de los probables detrimientos, que el tiempo confirmó como ciertos.

El segundo de los pronunciamientos del fallo obliga a la parte demandada a adoptar en la Factoría todas las precauciones necesarias para evitar futuras contingencias dañinas. En opinión de la parte impugnadora sólo puede determinarlas la Dirección General de Minas, de la cual dependen directamente todas las instalaciones de dicha Factoría, sin que tengan competencia los Tribunales ordinarios para decidir sobre esto, citándose, en apoyo de esta tesis, el Real decreto de 27 de marzo de 1897. Se desestima la impugnación de tal pronunciamiento, primero, porque la protección de los aludidos derechos

civiles, como sin duda lo es el de la propiedad privada, no se contrae exclusivamente a la reparación de los daños ya consumados, sino que también debe extenderse a las medidas de prevención que impidan ulteriores lesiones patrimoniales, como lo patentiza la «*cuantio damni infacti*» romana y varias normas de nuestro actual Derecho positivo, que, por conocidas, relevan de su detallada especificación; segundo, porque sin negar la competencia de la Administración, ésta atiende a la satisfacción de los intereses generales y públicos con oportunas medidas también de orden general o beneficiosas para todos aunque asimismo redunden en pro de los particulares por ventilarse casi siempre ambos intereses, públicos y privados en pláanos coincidentes; y, tercero, porque el vigente régimen jurídico de la denominada propiedad minera, Ley de 19 de julio de 1944, atribuye expresamente, en su artículo 44, a los Tribunales ordinarios de Justicia, el conocimiento y resolución de todas las cuestiones que se promovieren entre partes sobre propiedad, participaciones, deudas y demás incidentes civiles: cual resulta ser el que motivó el pleito a que responde el presente recurso.

SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1960.—*Preferencia del retracto del «arrendatario protegido» de finca rústica, sobre el de colindantes.*

Es doctrina de esta sentencia que el retracto arrendatario de fincas rústicas es una institución creada por el artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, en favor del arrendatario, sin precedente en el Código Civil ni en la Ley de Ejercicio civil, por lo que es preciso atenerse al espíritu y a la letra de la citada ley, en concordancia con las de 28 de junio de 1940, 23 de julio de 1942 y con la reforma que en la redacción de aquel artículo 16 ha establecido la de 16 de julio de 1949. Según ellos, se condiciona la preferencia del arrendatario, que exceptúa, entre otros casos, el caso de condominio que dure más de tres años y el de colindantes en todo caso. Esta última excepción, dados sus términos generales y categóricos, pudiera originar dudas sobre su alcance, pero al agregar que cuando el retracto se ejercite por colonos y lo fuera a virtud de arrendamiento comprendido en el párrafo primero del artículo 4.^º de la Ley de 23 de julio de 1942, arrendamientos protegidos, sólo prevalecerá sobre el mencionado derecho el correspondiente al comunero, con la circunstancia de tiempo indicada, y el gentilicio donde rija por precepto foral, se establece una distinción entre el arrendatario de arrendamiento protegido y el que no tiene este carácter.

Es indudable, añadimos nosotros, que, con arreglo a dicha legislación y al artículo 16, número 5, del Decreto de 29 de abril de 1959, que publicó el Reglamento para la aplicación de la legislación sobre Arrendamientos rústicos, el arrendatario «protegido» es preferido en caso de retracto sobre todos los demás retractos legales, con excepción del de comunero que lleve en la comunidad más de tres años y del gentilicio donde rija por precepto foral.

Sin embargo, no triunfó en este caso el arrendatario, porque no alegó que tuviere la condición de protegido y menos aun practicó prueba alguna para justificarlo, ni tampoco la sentencia de la Audiencia Territorial hizo afirmación alguna respecto a ser protegido dicho arrendamiento, pues se limitó a admitir que éste se celebró.

SENTENCIAS DE 7 Y 8 DE ABRIL DE 1960.—*Arrendamientos Urbanos.*

Reiteran la doctrina de la necesidad de pagar la renta o consignar para apelar

SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1960.—*Arrendamiento Urbano.*

Reitera la doctrina de que la cesión o tráspaso del local de negocio arrendado, hecha por un socio a la Sociedad, sin autorización del arrendador, es causa de resolución del contrato

SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1960.—*Arrendamiento Urbano.—Subrogación por heredero.*—No es necesario que demuestre su condición de adjudicatario del derecho arrendatario testamentaria o particionalmente.

Es erróneo el supuesto jurídico de que parte el recurrente al pretender que el subrogado, para ser, tenido como tal, demuestre su condición de adjudicatario del derecho arrendatario testamentaria o particionalmente, puesto que la subrogación es un derecho originario que la ley concede a los herederos por su calidad de tales y que, conforme a lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946, que es la aplicable al caso de autos, tenía su nacimiento por el solo hecho de la muerte del titular arrendatario, y no negándose la condición de heredero del subrogado y habiéndose notificado la subrogación, no puede exigirse por el arrendador otros requisitos que la Ley no impone, puesto que el ejercicio o la renuncia de los posibles derechos de los demás coherederos, es cuestión privativa de los mismos que no incumbe al arrendador.

SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1960.—*Indemnización de daños y perjuicios por el patrono o empresario del obrero que los causó. Culpa extracontractual.*

El camión que transportaba la mies estaba arruinado a la trilladora, la cual pertenecía a propietario distinto del de aquél. Un obrero del dueño de la trilladora puso en contacto involuntariamente, por medio de un horcón, el camión con los cables de conducción de corriente eléctrica que servían a la expresada trilladora, y el camión se incendió.

El Juzgado condenó a los dueños de la trilladora a pagar al demandante los perjuicios causados en su camión. La Audiencia revocó la sentencia del inferior y absolió a los demandados. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación y confirma la sentencia de Primera Instancia.

El único problema que se planteó ante el Tribunal Supremo fué el siguiente: ¿Para ejercitarse la acción del artículo 1.903 del Código Civil (responsabilidad por los dependientes) es preciso demandar a los responsables (empresario) y además conjunta y necesariamente al autor material del daño?

La Audiencia entendió que la acción debía ejercitarse conjuntamente contra los responsables que el artículo 1.903 señala y contra el productor material del daño, por estimar que existe un insoslayable litis-consorcio pasivo ne-

cesario, impuesto por la supeditación y dependencia absoluta que estima existe entre la responsabilidad del director, dueño o empresario y la del dependiente que le está subordinado. Pero el Tribunal Supremo califica tal doctrina de equivocada y contraria a la reiterada y uniforme jurisprudencia (sentencias de 9 de marzo y 22 de abril de 1957, 24 de marzo de 1953, 4 de mayo de 1950, 11 de abril de 1935 y 18 de marzo de 1904). La responsabilidad establecida por el artículo 1.903 es directa, como derivada de la relación jurídico-material engendrada entre el director o empresario y el perjudicado, cuya naturaleza autónoma, fundada en la culpa «in eligendo» o «in vigilando» es distinta e independiente de la que contrae el autor material, que responde de culpa «in operando», y contra el que puede dirigirse la acción que a los primeros concede el artículo 1904, que queda a salvo, no obstante la ejercitada en este proceso, en el que por ser distinta la razón de pedir no se requiere para la correcta constitución de la relación jurídico-procesal la presencia de otras personas distintas a las que en él han intervenido.

IV.—*Sucesión «mortis causa».*

SENTENCIA DE 4 DE ABRIL DE 1960.—*Prescripción adquisitiva por coheredero que posee en nombre propio. Valor de la información posesoria.*

La parte actora pedía bienes procedentes de la herencia de su abuelo, sosteniendo que, por no haberse realizado la partición, eran detentados por la parte demandada.

Esta contestó sosteniendo que poseía en nombre propio, por sí y por sus causantes y en forma exclusiva, por tiempo superior a la prescripción extraordinaria, y pidió, en reconvenición, se estimase que había ganado la propiedad por dicha prescripción adquisitiva, desde una información posesoria inscrita en el Registro de la Propiedad en el año 1917 y en un contrato de compraventa celebrado en el año 1919 mediante documento privado y aun antes.

En una palabra, se enfrentaron los artículos 436, 440 y 1.965 del Código Civil con la prescripción extraordinaria.

El Juzgado de Primera Instancia absolvió de la demanda y estimó la prescripción. La Audiencia Territorial revocó la decisión del Juzgado y entendió que los bienes pertenecían a la herencia indivisa aludida; declaró la ineficacia de la información posesoria y documento privado de venta e hizo los demás pronunciamientos consecuencia de ello.

El Tribunal Supremo estimó el recurso interpuesto. Entendió aplicable la prescripción. Razonó así:

Para negar eficacia, la Sala de Instancia a la información posesoria como acreditativa de una posesión excluyente, se funda en los artículos 436 y 440 del Código Civil, el primero con relación a que la posesión se presume que se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, pero no tiene en cuenta que este precepto admite prueba en contrario de esta presunción, que aquí ha tenido lugar. Con respecto al artículo 440, si bien consagra el principio de la posesión civilísima, no es aplicable cuando uno de los coherederos posee en nombre propio los bienes de la herencia, y en este sentido

es indudable que la información posesoria es la manifestación más ostensible de una posesión, que consentida por los demás herederos durante el lapso de tiempo de treinta años origina la prescripción, como la doctrina jurisprudencial, declara con reiteración, entre otros, en aplicación del artículo 1.965 del Código Civil en la sentencia de 23 de diciembre de 1952. Según ésta, la imprecriptibilidad que en él se establece sólo es aplicable cuando los coherederos han poseído de consumo o en nombre de la herencia, mas no si algún coheredero los ha tenido en nombre propio, como dueño exclusivo de ello, durante el tiempo y con los demás requisitos exigidos para adquirirlos por prescripción, supuesto que se da en este caso, por existir una inscripción de posesión convertida en una de dominio por virtud de lo dispuesto en el número 3º del art. 399 de la anterior Ley Hipotecaria. Todo ello demuestra que el artículo 440 del Código Civil no tiene un alcance tan absoluto que impida la adquisición de los bienes por prescripción extraordinaria. La actora no ha alegado ni menos justificado que se haya realizado petición alguna ni reclamado dichos bienes o sus productos, a pesar del tiempo transcurrido.

BARTOLOMÉ MENCHÉN,

Registrador de la Propiedad
Abogado de los Ilustres Colegios
de Jaén y Ciudad Real.