

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXIX

Noviembre 1953

Núm. 306

Réplica y coronación del problema sobre el contenido de la presunción posesoria del artículo 38 de la Ley Hipotecaria

I

1.º Entre las consecuencias sustantivas derivadas del principio de la legitimación registral, haciendo caso omiso de toda idea de *ejercicio de acción*, señala ROCA SASTRE (1) tres presunciones posesorias: 1.ª La del inciso segundo del párrafo primero del artículo 38 de la Ley Hipotecaria; 2.ª La del artículo 35 de dicha Ley. Y 3.ª La del párrafo segundo del artículo 396 de la Ley Hipotecaria de 1909, conforme a la disposición transitoria 4.ª de la vigente Ley.

Vamos a ocuparnos aquí de la primera, y prescindimos de los antecedentes históricos de la misma y de los graves problemas y complicaciones que originó en el pasado.

Quien desee una información completa sobre estos antecedentes históricos, entre otros muchos y meritorios trabajos, puede consultar ROCA SASTRE (2), A. SANZ (3) y MARTÍNEZ-CORBALÁN (4).

(1) Derecho Hipotecario, tomo I, pág. 253 y ss.

(2) Obra citada, págs. 308 y ss.

(3) Instituciones, tomo I, págs. 330 y 495.

(4) La reforma de la Ley Hipotecaria, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Año 1946, pág. 96 y ss.

2.º Tres teorías fundamentales señala ROCA SASTRE (5) como posibles para explicar el verdadero significado de dicha presunción posesoria: la de A. SANZ (6)—el titular inscrito tiene la posesión de hecho del inmueble—; la nuestra (7)—la presunción posesoria tiene como contenido propio el «ius possidendi», pero entendido éste no como facultad dominical, sino en su ejercicio o goce—, y la del mismo ROCA SASTRE (8)—el titular registral es un propietario-poseedor o un titular del dominio o derecho real completo, en el sentido de hallarse en pleno ejercicio, a los fines de la legitimación para el tráfico jurídico.

3.º Al defender A. SANZ su teoría, no rebate ninguno de los argumentos de la nuestra. Se limita a rechazar el «ius possidendi» como contenido de la presunción posesoria (9), y sus razonamientos los comparte por completo, referidos simplemente al «ius possidendi» como una de las facultades integrantes del dominio.

Su error está (obra citada, tomo primero, nota 14 de la página 499) en que me atribuye una opinión que jamás ha estado en mi mente.

Yo nunca me he referido al «ius possidendi» como una de las facultades integrantes del dominio, sino a la posesión o goce que deriva del ejercicio aquél, para separarlo netamente del «ius possessionis», evitando la involucreción o confusionismo de ambos en que incurre A. SANZ, como claramente resulta de los fundamentos (texto de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1944 y en la naturaleza especial de tal facultad dominical), en que apoyo mi teoría. Así digo claramente (10): «Como consecuencia de tales palabras (las de la Exposición de los Motivos), la Ley quiere destacar en el primer párrafo del artículo 38, junto a la presunción jurídica de la existencia del Derecho (én estado estático), la presunción de su ejercicio (actividad, vida, fecundidad, goce), que se concreta fundamentalmente en el derecho de poseer, y así entendida la presunción posesoria, sirve de complemento a la presunción jurídica y deja de ser redundante o superflua.»

(5) Obra citada, pág. 255 y ss.

(6) Comentarios, pág. 196. Instituciones, tomo I, págs. 497 y ss.

(7) Mas, sobre los artículos 24 (38 Ley Unificada) y 41 de la vigente Ley Hipotecaria, págs. 522 a 529.

(8) Obra citada, tomo I, págs. 261 y ss.

(9) Instituciones, tomo I, pág. 498 (c.).

(10) Trabajo citado, pág. 522.

Y posteriormente (11): «El Registro sólo protege situaciones jurídicas, y cuando éstas confieren al titular el derecho de poseer, supone, con presunción «*juris tantum*», que el derecho existe (presunción jurídica), y, además, que su titular inscrito lo ejerce, poseyendo físicamente la cosa como base económica del derecho (presunción posesoria).»

Por tanto, quedan en pie todos mis argumentos y los de AZPIAZU contra la teoría de A. SANZ, reforzados hoy por los de ROCA SASTRE (12).

4.º ROCA SASTRE combate también mi teoría, pero como sus argumentos (13) tienen por base el mismo error en que ha incurrido A. SANZ (a pesar de que aquel autor recoge mi idea de ejercicio del Derecho), según se deja aclarado, no quitan fuerza a mis razonamientos, que en el fondo coinciden en absoluto con los de ROCA SASTRE. La misma idea se exterioriza con palabras y técnica distinta, y, como es natural, reconozco noblemente que ROCA SASTRE se expresa con más claridad y mejor técnica; pero sustancialmente lo mismo da decir que el titular inscrito es un propietario-poseedor, que es un propietario que ejerce, goza y disfruta el «*ius possidendi*»; en ambos casos se expresa claramente que se trata de un propietario completo.

Por ello ratifico totalmente la afirmación final de ROCA SASTRE de que en el caso del artículo 38 de la Ley Hipotecaria se contiene, más bien que una presunción de posesión, un precepto de carácter material, consistente en reputar o considerar al titular de un derecho como poseedor del mismo. (Ver Hedemann, *Las presunciones en el Derecho*, págs. 245 y 285.)

5.º Necesidad de tal presunción.—ROCA SASTRE la estima perturbadora (obra y tomo citado, pág. 254). Nosotros la consideramos

(11) Trabajo citado, pág. 526.

(12) Obra citada, págs. 256 y ss.

(13) a) Es redundante (pág. 259, tomo I).

b) El «*ius possidendi*» es extraño a la legitimación registral (página 260, nota 1.ª).

c) El «*ius possidendi*», como facultad registradora de la posesión perdida, no es exclusiva del dominio o derecho real que implica posesión, pues también la posesión en sí, a pesar de constituir un hecho como situación jurídicamente protegida que es, entraña también dicha facultad de reintegración posesoria cuando reacciona contra el despojo producido dentro del año de que habla el núm. 4.º del artículo 460, C. c. (pág. 260, nota 2.ª).

necesaria y útil; en primer lugar, porque hace posible el cumplimiento de la doctrina de la tradición, conforme a la jurisprudencia que después diremos. Además, es el único medio legal que ROCA SASTRE arbitra para salvar la fe pública, con base en dicha jurisprudencia, todo lo cual desvirtúa, con el apoyo de la doctrina que después diremos de VALLET DE GOYTISOLO, la fuerza del «dogal» de BERASÁTEGUI; en segundo lugar, porque sin dañar o perjudicar al artículo 41 de la Ley Hipotecaria, lo aclara y refuerza, ya que éste toma base del artículo 38, y siempre será mejor que la presunción de éste parta del derecho completo, con posesión, cuando el derecho inscrito la lleva aneja. La ventaja procesal práctica será la de seguir dando base a la jurisprudencia para mantener, como lo viene haciendo, la doctrina del desahucio, por precario, mediante la idea del poseedor mediato o superior a favor del titular inscrito. Por todo ello nos causa extrañeza esta falta de concordancia o consecuencia en que incurre ROCA SASTRE: por un lado, la considera perturbadora e innecesaria, y por otro, la acoge como único resorte posible para proteger al tercero hipotecario. Así le dice BERASÁTEGUI, como después veremos, que si prescinde de ella se aprieta más el «dogal». Queda, pues, aclarada y simplificada esta cuestión en bien de las ideas y en beneficio de todos.

Si la meta de nuestro trabajo fuera dejar coronado y resuelto el problema del contenido de la presunción posesoria del inciso segundo del párrafo primero del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, con lo dicho haríamos punto final; pero tal meta es mucho más ambiciosa, discutida y complicada, pues tiende, a través de tal presunción, y con motivo de fijar los efectos sustantivos de la misma, intentar demostrar que está también resuelto el problema de integrar y armonizar los textos del Código civil y los de la Ley Hipotecaria respecto a la adquisición del dominio y demás derechos reales que impliquen posesión, salvando los escollos de la teoría de la tradición y los del requisito de la buena fe hipotecaria, y con ello limpia y perfilada la figura del tercero hipotecario.

II

EFECTOS SUSTANTIVOS DE DICHA PRESUNCIÓN

6.º A la presunción posesoria así concebida señala ROCA SASTRE como único efecto el de legitimar al titular inscrito como propietario poseedor, como propietario completo, a los efectos del tráfico de inmuebles.

Dice así (ROCA SASTRE, obra y tomo citados, pág. 172): «En virtud del artículo 38 se presume que este titular registral tiene la posesión del derecho inscrito a su favor, es decir, es considerado como poseedor o está legitimado como tal para el tráfico jurídico, mientras no se demuestre que el Registro es inexacto, en cuanto lo proclama como titular del dominio o derecho real, de cuya posesión se trata. Y como en virtud del artículo 34 de la Ley, la presunción de existencia y de titularidad del derecho deviene incommovible en beneficio del tercero, protegido por fe pública registral, de modo que en provecho de éste el Registro inexacto vale como exacto; de aquí que por tener que considerarse que el titular registral, que actúa de transferente, es un propietario-poseedor, o sea que está legitimado como tal para el tráfico jurídico precisamente para que los terceros puedan fundarse inatacablemente en la apariencia registral, todo ello trae como consecuencia lógica que la carencia de la posesión real o material en el «tradens» sea una circunstancia que no puede repercutir en perjuicio del tercer adquirente, protegido por la «fides publica» del Registro.»

«Este resultado, fundado en el juego de la presunción de exactitud del Registro ante tercero protegido, unido al de la presunción posesoria, tiene también su apoyo en la jurisprudencia, ya que ésta, enlazando la tradición instrumental del artículo 1.462 del Código con la presunción posesoria del artículo 38 (antes 41) de la Ley, venía a declarar que tratándose de bienes inscritos a favor del transferente, dicha tradición instrumental operaba la transmisión (ver Sentencias de 20 de enero de 1912, 28 de enero de 1916, 2 de julio de 1925, 24 de junio de 1926, 7 de julio de 1927, 4 de mayo de 1940, 4 de marzo y 24 de mayo de 1941 y otras; ver asimismo las

Sentencias de 3 de junio de 1899 y 21 de diciembre de 1905). Como dice JERÓNIMO GONZÁLEZ, el Tribunal Supremo, más en contacto con la realidad, se ha visto en la necesidad de separar la tradición ficta de la tradición real, y se inclina a estimar consumada la venta cuando aparece inscrita la finca, concediendo al comprador una acción reivindicatoria frente al tercer poseedor.»

A. SANZ (14) estima que tal jurisprudencia hay que estimarla rectificada. Considero que tal jurisprudencia subsiste; lo que ocurre, a mi juicio, es que en orden a la tradición instrumental del artículo 1.462 del Código civil, la jurisprudencia tiene dos vertientes: una, que mira a la propiedad inscrita, que es la indicada anteriormente, y otra, orientada hacia la propiedad extrarregistral, conforme a la cual, para que la tradición exista, es necesario que al efecto el «tradens» se halle en posesión de la cosa tradida, conforme a las Sentencias de 12 de abril de 1890, 10 de noviembre de 1903, 29 de mayo de 1906, 10 de febrero de 1909, 24 de noviembre de 1914, 23 de noviembre de 1917, 25 de octubre de 1924, 22 de marzo de 1930 y 9 de enero de 1941.

7.º ANGEL SANZ valora la inscripción como una forma de tradición presunta, referida sólo al principio de legitimación y a uno de los elementos constitutivos del derecho real, o sea al modo, y así a la presunción posesoria del artículo 38 le da el alcance de una presunción de tradición que revalora la del artículo 1.462 del Código civil (15).

Ya combatimos esta doctrina (16).

8.º NÚÑEZ-LAGOS (17) estima que para transmitir registralmente no hace falta la presunción posesoria del artículo 38, lo que considera hasta peligroso, bastando para la protección del tercer hipotecario la teoría de las adquisiciones a «nom domino», en la cual está fuera de campo la teoría del título y el modo.

Rebate tal teoría el mismo ROCA SASTRE (18).

9.º URIARTE BERASÁTEGUI (19) dice así: «En el estado actual, la

(14) *Instituciones*, tomo I, pág. 260.

(15) *Comentarios*, pág. 198. *Instituciones*, tomo I, págs. 259, 260 y 500.

(16) Trabajo citado, pág. 528.

(17) Nota bibliográfica a la 2.ª edición de las «Instituciones de Derecho Hipotecario», de Roca Sastre, publicada en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1947, I, pág. 25.

(18) Obra citada, pág. 172 a 177.

(19) «Revisión de ideas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1950, pág. 240.

posición es clara: el sistema registral, adjetivo, garantiza la pre-existencia de titularidad en el transmitente, pero deja al titular protegido sujeto a las contingencias de su propio negocio adquisitivo por vicios internos y externos."

«Por tanto, vigente la teoría del título y del modo, sujeta a la posible nulidad de la adquisición por falta de tradición si el transmitente no pudo efectuar materialmente la entrega por carecer de su posesión anterior, no se negará al titular protegido su carácter de tal, sino el valor jurídico de su adquisición por falta de tradición.»

«He aquí prácticamente el derrumbamiento de todo el sistema registral imaginado, que satisface a los civilistas a ultranza y conturbaba profundamente a los hipotecaristas.»

Posteriormente rebate a ROCA SASTRE (20) con las siguientes palabras: «Después de esto pretende (ROCA SASTRE) salvaguardar el sistema registral por caminos en que éste carece de vigor con argumentación forzada, basada en el tipo germánico, impreso a los artículos de la Ley en que se basa: «Se presume que el titular registral es poseedor» (art. 38). «Luego para el tercero del artículo 34 esa presunción deviene incontrovertible y es un propietario poseedor» (pág. 172).

«No lo admitimos: el artículo 38 implica una presunción «*juris tantum*» del negocio inscrito antes de derivarse otro, que entra de lleno en el juego de la «legitimación», como el mismo autor sostiene acertadamente en la sección VIII del mismo tomo, sin enlace directo con el juego de la fe pública registral, que pone en vigor la presunción de «*juris et jure*» del artículo 34, en beneficio del tercero y en relación al título de derecho del transmitente y no de las situaciones de hecho que puedan afectarle. Y en tal forma, salvado íntegramente el vigor de este artículo 34, caducará el valor del negocio derivado por su propio vicio de falta de tradición.»

«Señalamos la involucreción de ideas. Se trata de saber si la teoría de la tradición clásica vigente permite que los artículos comentados tengan el valor y puedan ser aplicados en la forma pretendida por los legisladores o, por lo menos, por ROCA. Este invierte el orden de ideas. Las tratrueca. Parte del aquel valor germánico para su «argumentación.»

«Mas todo será inútil si deja subsistente la tradición clásica en

(20) Trabajo citado, pág. 252.

el Derecho civil. Escamoteada registralmente, no podrá hacer lo mismo civilmente. Habrá de sustituirla inevitablemente por la concepción espiritual.»

«Y, sustituida por ésta, no hará falta alguna el escamoteo registral, como no fué necesario en el sistema germánico, que prescinde de la tradición. Le amenaza el dogal.»

«Y si su sinceridad le obliga, antes o después, a rechazar aquella presunción posesoria de tipo germánico, por innecesaria y erróneamente concebida, se lo habrá apretado él mismo, arrastrando tras sí el aparato de su argumentación, de que desde el principio estaba insatisfecho, siquiera le esgrimiera desesperadamente en su afán hipotecarista.»

Termina URIARTE tan interesante trabajo dejando la solución en manos de la jurisprudencia.

10. VALLET DE GOYTISOLO (21), después de combatir el concepto de inscripción convalidante de A. SANZ conforme al cual «la inscripción convalidante asegura los efectos «erga omnes» del derecho real, y puede dar lugar a nacimiento del mismo en el momento de la protección al tráfico jurídico», afirma que la inscripción a favor del *adquirente* nada convalida, pues sólo representa un requisito a *posteriori* para que se mantenga una adquisición realizable anteriormente, y termina explicando cómo se logra esta adquisición, diciendo (pág. 950):

«ALEJANDRO BÉRGAMO («Protección de la apariencia jurídica en el Derecho español», curso de conferencias de 1945 en el Colegio Notarial de Valencia, pág. 244), con la precisión que le caracteriza, ha afirmado que no puede existir una apariencia susceptible de protección jurídica mientras no concurren, «unidos como hermanos siameses», dos elementos: uno material y otro psicológico.»

«En la fe pública registral, el elemento material es la inscripción a favor del transferente; el psicológico, la buena fe del adquirente.»

«En la buena fe, como hemos dicho, radica la fuerza motriz de la adquisición a virtud de la fe pública; es el elemento dinámico. La inscripción a favor del transferente es el elemento estático, la polea fija sobre la que se apoya la buena fe para operar la transmisión.»

«Vamos a ver ahora cuál es la mecánica y, si puede ser, con todo

(21) Juan Vallet de Goytisolo, «La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública», *Revista de Derecho Privado*, año 1947, págs. 944 y 945.

detalle, el movimiento a cámara lenta de la adquisición verificada al amparo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.»

«Hemos repetido que la adquisición del dominio y de los derechos reales (excepto la hipoteca) se opera en nuestro sistema fuera del Registro. No exceptúa a esta regla la adquisición verificada en virtud del juego del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. El tercer adquirente de buena fe adquiere de quien no es propietario ni tiene poder de adquisición por obra y gracia de su fe en el contenido registral inscripción a favor del transferente). Pero esto sucede en el mismo instante en que se operó aquella transmisión, que hubiese sido nula por falta de titularidad en el transferente de no haberse obrado el milagro de la fe pública. Y normalmente coincide con el otorgamiento de la escritura pública con fuerza de tradición.»

«No hay, pues, excepción al régimen normal de transmisión inmobiliaria. La anomalía está en que se adquiere de quien no tiene título, y tal vez ni siquiera es poseedor.»

«La fe en el contenido registral purifica el título. La presunción «iuris tantum» existente a favor del transferente se transforma, más que en presunción «ius et de iure», en palpitante realidad a favor del adquirente.»

«La fe en la presunción de posesión del propio artículo 38 de la Ley Hipotecaria, cuando no exista una posesión suficientemente clara a favor de otro, o si el poseedor oculta dolosamente su condición al adquirente, purifica también la tradición instrumental a favor del adquirente de buena fe.»

11. Recoge después VALLET (pág. 951) la afirmación de ROÁN (22) de que la conversión de la presunción posesoria de «iuris tantum» en «iuris et de iure», representa una «conclusión contraria técnica y a la indomable realidad social», y la rebate en la siguiente forma:

«A tal afirmación hay que contestar haciendo una distinción esencial. Ciertamente, sería contrario a la propia realidad considerar que la presunción «iuris tantum» de posesión del artículo 38 de la Ley Hipotecaria pueda convertirse en su integridad por la acción del artículo 34 en presunción «iuris et de iure». Pero no hay obstáculo físico, jurídico, técnico ni lógico en que, en cuanto no choque con esta

(22) «Texto refundido de la Ley Hipotecaria», *Revista de Derecho Privado*, núm. 355, pág. 737.

realidad que representa la posesión de otro como dueño, pueda extenderse a dicha presunción de posesión el tránsito de ser «iuris tantum» a serlo «iuris et de iure» a favor del tercero de buena fe.»

«En efecto, vemos, como resultado del artículo 36 de la Ley Hipotecaria, que el tercer adquirente registral queda durante un año en la situación del poseedor despojado del número 4.º del artículo 460 del Código civil, que conserva su posesión hasta que se cumpla un año a partir de su despojo, sólo que aquí, por ser la situación análoga, pero no idéntica, en lugar de poder ejercitar los interdictos durante dicho año, cabe utilizar el procedimiento sumario del artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Y ya hemos dicho que el ejercicio del mismo caduca igualmente al año, tal como se desprende del propio artículo 36 antes comentado.»

«Pues bien : otro efecto que no choca con la realidad es que la tradición verificada por quien no es poseedor resulte eficaz. Es inconciliable con la realidad que el tercero tenga una posesión que no tiene. Pero no que su fe en la presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria (en los casos excepcionales en que no es operada su neutralización por el artículo 448 del Código civil) otorgue, por la virtud de la fe pública, fuerza de tradición verdadera al otorgamiento escriturario de la misma, pese a estar vaciada por falta de posesión del transferente (titular inscrito). Al igual como se revaloriza la adquisición en cuanto al título, que tampoco sería válido por falta de derecho del mismo transferente, sucede aquí con la tradición.»

«Ahora bien : la diferencia de ambos casos estriba en que la adquisición del título es firme y definitiva (una vez se haya inscrito), mientras que la de la posesión, una vez surtido el efecto de la tradición, ha de ceder ante el peso de la «indomable realidad», quedando el tercer adquirente en la indicada situación, análoga a la del poseedor despojado, del número 4.º del artículo 460 del Código civil.»

«Es decir, la fe pública actúa sobre la presunción de posesión en aquello en que la realidad visible no la contradice.»

No hemos querido combatir el «dogal» de BERASÁTEGUI, así como la opinión de ROÁN, con nuestras pobres opiniones, sino apoyándonos en el juicio de un autor de tan elevada valía y tan poco sospechoso para la posición civilística como el admirado VALLET DE GOYTISOLO.

12. Pero a fuer de sinceros, y lamentándolo muchísimo, no po-

demos aceptar el resto de la construcción de tan esclarecido autor en el citado trabajo, particularmente su concepción del requisito de la buena fe hipotecaria, basada erróneamente en la supervaloración que hace de la presunción que contiene el artículo 448 del Código civil, de la que deriva una presunción de dominio (basada en la publicidad física de la posesión), que enerva y destruye a la de igual clase establecida en el inciso primero del párrafo 1.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria (publicidad formal del Registro), con lo cual casi se derrumba el sistema hipotecario en cuanto a la transmisión del dominio y demás derechos reales que impliquen posesión como resulta de las consecuencias prácticas que deriva de su teoría para el juego de la fe pública (23).

«La fe pública tiene como premisa necesaria la legitimación; es decir, su base es la presunción legal «iuris tantum» de exactitud del Registro, o sea de titularidad del transferente. Ahora bien: si esta presunción queda contrarrestada, como hemos visto, por otra, concretamente la del artículo 448 del Código civil, que proclama que el poseedor en concepto de dueño realmente es el propietario, cae, con su base, el posible juego de la fe pública. La consecuencia será, pues, que si existe un poseedor en concepto de dueño distinto del titular registral, quien de este último adquiriera no estará protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.»

«A igual resultado se llega a través del párrafo 2.º del artículo 36 de la Ley Hipotecaria, pues el verdadero propietario que además posea siempre podrá invocar la usucapio a su favor, apoyándose en la «accessio possessionis».

Y todavía es más lamentable su postura por lo fragilísimo del argumento en que la basa el párrafo 2.º del artículo 36 de la Ley Hipotecaria (24).

13. La «possessio ad usucapionem», aunque tenga más de un año, no perjudica nunca al tercer adquirente, por las siguientes razones:

a) Porque coincidimos en absoluto con ROCA SASTRE (25) en que tal precepto es completamente inútil y superfluo, y con él o sin él el tercer adquirente no puede sufrir perjuicio alguno, pudiendo interrumpir la posesión (aunque no inscriba) utilizando tal medio ci-

(23) Trabajo citado, pág. 939, a).

(24) Trabajo citado, pág. 939.

(25) Obra citada, tomo I, págs. 559 y 560.

vil tanto dentro del expresado año como después por cualquiera de los medios que la legislación establece, y entre ellos el del procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, que no queda enervado por el hecho de que haya transcurrido más de un año, a partir de la adquisición.

b) Porque A. SANZ (26), en cuya opinión se apoya VALLET DE GOYTISOLO (trabajo citado, pág. 939), al comentar dicho párrafo, dice textualmente :

«Acertadamente no habla en este caso el artículo 36 del requisito de la buena fe para la protección del titular. El simple conocimiento del estado posesorio no afecta a la buena o mala fe del mismo. Únicamente cesará su protección registral si existe mala fe en el sentido del artículo 34, es decir, si tiene conocimiento de que el poseedor es verdadero dueño en virtud de un título perfecto, aunque no inscrito, de su adquisición.» Luego para A. SANZ prevalece la publicidad formal del artículo 38 de la Ley Hipotecaria sobre la publicidad física de la posesión (art. 448 del Código civil), afirmando además que el simple conocimiento del estado posesorio, en contra de lo que afirma VALLET DE GOYTISOLO, no afecta a la buena o mala fe del adquirente.

Es verdad que A. SANZ sostiene que si el tercer adquirente no interrumpe la prescripción haciendo cesar el estado posesorio dentro del plazo del año sufre el perjuicio de no poder interrumpir *registralmente*, es decir, utilizar el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, de lo cual «deduce la importante consecuencia de que el artículo 41 tiene en su aplicación, cuando se dirige contra un poseedor en concepto de dueño, la limitación de un año, a contar desde la fecha de la inscripción». En sus *Instituciones* (pág. 558) silencia este último inciso, que figura en los *Comentarios* (pág. 298), lo cual es significativo, pero tanto en sus *Comentarios* (pág. 323) como en sus *Instituciones* (pág. 355) afirma que contra el poseedor «ad usucapionem», sin título, puede prosperar el artículo 41; «pero por tratarse de una mera cuestión posesoria no podrá hacerse uso de él sino dentro de un año, a contar desde la fecha de la inscripción por aplicación del artículo 460 del Código civil».

Y tomando base en esta argumentación de A. SANZ, concluye

(26) *Comentarios*, pág. 298. *Instituciones*, tomo I, pág. 557.

VALLET DE GOYTISOLO (trabajo citado, pág. 939) diciendo: «Es decir, que quien arrebate la posesión en concepto de dueño al titular inscrito gozará plenamente frente a él de la posición que al poseedor en concepto de dueño asigna el Código civil. Eso tan pronto como sea verdadero poseedor, es decir, así que haya transcurrido el plazo de un año, señalado en el número 4.º del artículo 460 del Código civil.»

«En tal supuesto, la presunción del artículo 448 del Código civil se impondrá a la del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.»

«Con ello llegamos a concretar que la presunción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria es una presunción «*prima facies*». Que cae si se demuestra que otra persona posee en concepto de dueño con más de un año de antigüedad, en cuya hipótesis la presunción del artículo 448 del Código civil se impone.»

Tiene importancia dejar bien destacado que :

a') Mientras para A. SANZ el simple conocimiento del estado posesorio no afecta para nada al requisito de la buena fe hipotecaria en tal materia, para VALLET DE GOYTISOLO, en cambio, es fundamental, hasta el extremo de paralizar el efecto de la fe pública, salvo escasas excepciones (trabajo citado, págs. 939 y 949).

b') Que de la construcción de A. SANZ no puede deducirse que el artículo 448 del Código civil enerve la presunción del párrafo 1.º del artículo 38, como hace VALLET ; y

c') Que en lo único en que coinciden ambos autores, con GARCÍA VALDECASAS, es en enervar el artículo 41 frente al poseedor en concepto de dueño por más de un año, posición que pasamos a combatir. Porque afirmamos que el artículo 41 de la Ley Hipotecaria concede al titular registral una acción real vigorosa para la defensa de su derecho inscrito, como derivada, sin ninguna limitación temporal ni posesoria, de la presunción «*iuris tantum*» del párrafo 1.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, sin más limitaciones que las causas taxativas de oposición que el propio artículo 41 establece, fundándonos para ello :

1.º En que en el procedimiento del artículo 41 no se discuten cuestiones posesorias, sino las jurídicas que plantean las causas de oposición que el mismo artículo señala, por la razón fundamental de que lo que se pone en juego con carácter agraviado es una acción

reivindicatoria fundada en un «ius possidendi», sin contacto alguno con el «ius possessionis».

2.º Que lo que se discute en dicho procedimiento son cuestiones jurídicas y no posesorias está plenamente reconocido por el Decreto de la Presidencia del Gobierno, previo informe del Consejo de Estado y de acuerdo con el Consejo de Ministros de fecha 3 de noviembre de 1949 («B. O.» del 19 de igual mes), resolviendo cuestión de competencia promovida por el Gobierno Civil de Oviedo al Juzgado de 1.ª Instancia de Cangas de Narcea, admirablemente comentado por CÁNOVAS COUTIÑO en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1949, página 794 y siguientes.

3.º Que el poseedor «ad usucapionem», sin título o con él, aunque lleve más de un año de posesión, no puede formular demanda de contradicción contra el Registro, por no estar comprendido en ninguna de las cuatro causas de oposición que taxativamente admite el artículo 41, ni enervar tal procedimiento (27).

14. Esta opinión coincide con la de ROCA SASTRE y VILLARES PICÓ (28). Así, al referirse a la aplicación que hace A. SANZ del artículo 460 del Código civil, dice aquél expresamente: «Nosotros no entendemos qué quiere decir con esto dicho autor. Creemos que quizá el pensamiento del mismo es el de que tal proceso de ejecución no podrá ser utilizado por el titular registral después de transcurrido dicho año, o sea que sólo mientras transcurra éste será admitido el referido procedimiento; pero esta opinión no puede prevalecer por varias razones, la principal de las cuales es que ni el artículo 41 ni ningún otro precepto establecen tal limitación.» Y al combatir a GARCÍA VALDECASAS (29) (que afirma que frente al poseedor, en concepto de dueño por más de un año, no cabe más que la acción reivindicatoria plenaria en juicio declarativo), le replica: «Esta opinión no puede aceptarse, y contra ella se produce acertadamente VILLARES PICÓ. Sólo puede servir de base para oponerse al proceso de ejecución del artículo 41 de la Ley la posesión en virtud de título

(27) Mi trabajo antes citado, pág. 533, 1.º, y 537, 2.º. A la crítica que a esta teoría hace A. Sanz en sus *Instituciones*, tomo I, pág. 353, nota 42; me limito a replicar, para hacerla más serena y objetiva, con lo que dice Roca Sastre en su obra citada, tomo I, pág. 325 y ss.

(28) Obra citada, pág. 294, nota 3.ª; 325, nota 1.ª, y 303, primer párrafo, y Villares Picó, «La posesión y el registro», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1947, pág. 443.

(29) «La posesión incorporal del despojo y la posesión de año», en *Revista de Derecho Privado*, 1946, pág. 425.

derivado del titular registral o de titulares registrales anteriores, y reuniendo tal posesión estas circunstancias lo mismo da que la misma lleve o no un año de existencia.»

Terminamos esta cuestión adhiriéndonos al concepto de buena fe hipotecaria que mantiene ROCA SASTRE tanto en su aspecto general hipotecario (obra y tomó citados, págs. 445 y sigs.) como en el caso especialísimo del artículo 36 (págs. 578 y sigs.).

Con la ponderada posición que este autor, que, a mi juicio, es el más profundo y completo de los hipotecaristas actuales, así como con la no menos equilibrada de LA RICA (30), se salvan, como antes hemos dicho, los escollos de la teoría del título y el modo y los de la buena fe hipotecaria.

Reconocemos que frente a esta posición doctrinal existe otra, integrada por autores de gran valía, pero nadie negará que aquélla se asienta en sólidos fundamentos doctrinales y legales y da base a la jurisprudencia para, siguiendo su actual trayectoria, coronarla definitivamente en reiteradas Sentencias.

Y afortunadamente hay bases fundadas para esperar así, en vista de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1953, a la que la ágil y brillante pluma de AZPIAZU da el relieve que merece en R. C. D., año 1953, páginas 401 y siguientes.

CONCLUSIONES

Primera.—La presunción posesoria del inciso 2.º del párrafo 1.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, es una consecuencia o derivación directa e inmediata del inciso 1.º de dicho párrafo. La ley no sólo presume a favor del titular la existencia de los derechos reales inscritos (inciso 1.º), sino que en el caso de que éstos impliquen posesión, presume en igual forma que ésta la tiene el titular inscrito (inciso 2.º). Por ello ambas presunciones las engloba en un mismo párrafo, para que no haya lugar a dudas. Y las dos, la del derecho y la de su posesión, cuando la lleve consigo, con carácter «ius tantum», como derivadas del principio de la legitimación registral en su as-

(30) Ver La Rica, «La buena fe y la publicidad del Registro», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1949, págs. 537 y ss. «Dualidad legislativa», en la misma Revista, año 1950, págs. 625 y ss.

pecto sustantivo y amparada por los Tribunales, conforme al párrafo 2.º del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria.

Segunda.—Sobre esta base completa de propietario-poseedor, el artículo 41, como una de las manifestaciones más importantes del principio de la legitimación registral en su aspecto adjetivo o procesal, regula un procedimiento especial para las acciones reales que derivan de los derechos inscritos, en perfecto paralelismo con el párrafo 1.º; con sus dos incisos, del artículo 38.

Tercera.—El juego reivindicatorio del artículo 41, como ejercicio de acciones reales derivadas de la presunción completa del párrafo 1.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, es fuerte y vigorosa, como su paternidad y, por tanto, no tiene el carácter enfermizo y caduco de vivir bajo la espada de Damocles del artículo 448 del Código civil.

Cuarta.—La única consecuencia sustantiva, importantísima, de dicha presunción posesoria, es la de considerar al titular registral, a todos los efectos legales, es decir, tanto en orden al Código civil (título y tradición válidos), como en orden al hipotecario, como legitimado para el tráfico de inmuebles (presunción «*juris tantum*»), que se convierte, por el artículo 34, en presunción «*juris et de jure*» en beneficio del tercer adquirente de buena fe y a título oneroso que inscribe (principio de fe pública).

Quinta.—Mientras no se reforme el Código civil y se derogue el sistema de la teoría del título y del modo, al menos en cuanto a la propiedad inscrita, considero muy útil y conveniente la presunción posesoria del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

JESÚS MARTÍNEZ-CORBALÁN.

Notario

La enseñanza de un documento de época o Pragmática Sanción de Carlos III sobre el Oficio de Hipotecas

SUMARIO

1. La promulgación originaria y secundaria de la Pragmática y características del documento.—2. Su contenido.—3. La enseñanza de su Exposición de Motivos.—4. El valor constitutivo de la toma de razón.—5. Reproducción del documento.

LA PROMULGACION ORIGINARIA Y SECUNDARIA DE LA PRAGMATICA

Por la gentileza de don J. F. P., buen amigo, compañero y paisano, llega a mis manos un ejemplar de época de la Pragmática Sanción de Carlos III, de 31 de enero de 1768, por la que se establecen en nuestra Patria los Oficios de Hipotecas.

Ejemplares de dicha Real Cédula, por imperativo legal, tenían que existir y estar expuestos en las oficinas de los Oficios y en los despachos de los Escribanos públicos, a fin de que todo el mundo pudiera conocerla y nadie pudiese alegar ignorancia.

Tanto en esta Pragmática como en la Instrucción que contiene, se dispuso que las Chancillerías y Audiencias del Reino, como encargadas de determinar los pueblos en donde había de establecerse el Oficio y de señalar sus respectivas circunscripciones o distritos, al mismo tiempo que hacían las listas de estos pueblos, para conocimiento público, hicieran también una remisión de ejemplares de la Pragmática a los respectivos partidos, para que éstos, a su vez, la circularan a los pueblos, libre de gastos de vereda (¿con franquicia o de oficio?).

Los Oficios de Hipotecas se instalaron en las Casas Capitulares y al frente de ellos quedó el Escribano de Ayuntamiento o de Cabildo, designado por la Justicia y Regimiento de la cabeza de partido en el caso de que hubiera más de uno en el Ayuntamiento, y todo ello previa las fianzas correspondientes.

El ejemplar a que nos vamos a referir fué circularizado por el Ayuntamiento de Toledo, como cabeza de partido y de distrito hipotecario.

Conforme a este ejemplar, la promulgación de la Pragmática tuvo la siguiente trayectoria. Primero fué publicada en Madrid, y a esta publicación, según el certificado de la misma suscrito por don Ignacio de Ygareda, se la llama Publicación original; después se hizo otra en el Ayuntamiento de la Imperial ciudad, y es de suponer que igual se haría en las cabezas de partido del Reyno, a cuyas publicaciones locales las llamamos nosotros secundarias. Esta segunda o local publicación iba precedida del *Obedecimiento* u acto oficial celebrado en las Casas Capitulares, consistente en la congregación de todas las Autoridades a los efectos de dar acatamiento a la ley, y de acordar que se guarde, cumpla y ejecute. Inmediatamente venía la publicación oral, por voz del pregonero, para los vecinos del pueblo, y otra escrita o impresa que se circulaba a los Justicias de los Lugares del partido principalmente, para que quedaran expuestas en las Escribanías de sus Consejos (1).

Nuestro ejemplar debe de ser de este tipo y seguramente estuvo incorporado a la Escribanía de uno de los Justicias del partido de Toledo.

Lo imprimió don Francisco Martín, Impresor del Rey y del Santo Oficio de la Inquisición. Consta de catorce páginas en folio, incluida la portada, del sello cuarto, y año 1768. Contiene íntegramente la Pragmática de 1539 que establecía las Contadurías de Hipotecas, la Resolución de Felipe V de 11 de diciembre de 1713, la Instrucción o Reglamento Hipotecario de 14 de agosto de 1767, y la Real Cédula de Carlos III de 31 de enero de 1768, además, inserta el acta de la publicación original, la ceremonia del Obedecimiento y el VANDO (sic) o publicación oral, a los vecinos toledanos. De todos estos actos certifica el Escribano Mayor del Ayuntamiento

(1) La sanción de la Real Cédula preceptúa la necesidad de las segundas publicaciones en los pueblos; asimismo en ella se encuentra también el mandato para la ceremonia del obedecimiento.

de Toledo, don Julián Sánchez Rubio, con fecha 15 de marzo de 1768, y el ejemplar impreso a que me estoy refiriendo se halla autorizado con la rúbrica de dicho Escribano Mayor.

La publicación original de la Pragmática de los Oficios de Hipotecas tuvo efecto cinco días después de la Real Sanción, esto es: el 5 de febrero de 1768. Se llevó a efecto en Madrid, «ante las Puertas del Real Palacio, frente del balcón principal del Rey nuestro Señor, y en la Puerta de Guadalajara, donde está el público trato y comercio de los mercaderes oficiales..., con trompetas y timbales, por voz del Pregonero público». Después, cuando la ciudad Imperial recibió copia de esta promulgación, se reunió en Ayuntamiento el 24 de febrero de aquel año, para *obedecer* la ley, y el día 5 de marzo siguiente la publicaba a los vecinos de Toledo, de viva voz, «en la Plaza del Ayuntamiento, sitio de quatro calles, y Plaza de Zocodover..., ocupando en dicha publicación desde las nueve de la mañana de ese día hasta las doce muy dadas de él».

SU CONTENIDO

Si curiosos son los datos de la promulgación, más aún lo son los relativos al fracaso de las Contadurías y al valor constitutivo de sus asientos.

La Real Cédula comienza haciendo historia de la vida registral española desde la implantación de las Contadurías, o año 1539, y explica las causas del fracaso de las mismas, que vienen a ser los motivos de la Pragmática. Esta parte histórica de la Real Cédula es lo que se llama actualmente Exposición de Motivos, y comprende la reproducción de la Pragmática de los Reyes don Carlos y doña Juana y la Resolución o Auto Acordado de Felipe V, de 11 de diciembre de 1713. Seguidamente incorpora la Instrucción de 14 de agosto de 1767, que es una especie de reglamento hipotecario; y, por último, contiene la Real Cédula que aprueba la Instrucción y contiene preceptos sustantivos; no se derogan las anteriores leyes de 1539 y 1713, pero sí todas aquellas otras que se le opongan.

Pudiera muy bien decirse sin hipérbole alguna que esa Pragmática de Carlos III y la Instrucción formada de orden de su Consejo,

constituyen un texto refundido de la legislación hipotecaria de aquella época.

LA ENSEÑANZA DE SU EXPOSICION DE MOTIVOS O PREAMBULO

La Pragmática de 1539 dispuso que los documentos no registrados ni hacían fe en juicio ni perjudicaban a tercero; y el preámbulo de la de Carlos III nos dice que, después de dictada la de 1539, se creó en Madrid una Contaduría que, como oficio enajenable que era, fué enajenada por la Corona en 1646, y revertió a ella en 1707; y nos hace saber que durante todo ese tiempo en que la Contaduría estuvo enajenada, y su Contador pudo observar y comprobar, que contra lo que disponía la ley, los Tribunales y Juzgados admitían tanto las Escrituras registradas como las no registradas, con lo que se aumentaban los pleitos y los perjuicios que con las Contadurías se trataba de evitar. La Pragmática, a este propósito, emplea la palabra *estelionato*, tan de nuestro gusto, a pesar de los pesares, cuando se trata de resaltar los grandes beneficios de la institución registral.

La irregularidad judicial determinó la Resolución de Felipe V de 11 de diciembre de 1713 (que fué el Auto Acordado 21, título IX, libro III de la Recopilación, y Ley II, título XVI, libro X de la Novísima Recopilación). En ésta se dispuso, no sólo el exacto acatamiento y cumplimiento de la ley de 1539, sino que se exoneró a los Tribunales, Jueces o Ministros que no la cumplieran, a que por ese solo hecho, y sin ninguna otra prueba, quedarían destituidos de sus cargos, y serían responsables de los daños causados. La Pragmática dice que se expedirán las órdenes oportunas, «no sólo para que se observase y guardase la citada ley, sí también para que los Tribunales, Jueces o Ministros, que contra el tenor, forma y modo que en ella se prescribe, fueren o vinieren por el propio hecho, y sin ninguna otra prueba sean privados de oficios, y se paguen los daños con el quatro tanto...».

Mas a pesar de estas prevenciones y penas, y de otras contenidas en varias Cédulas expedidas siempre a instancia del Contador

de Madrid, siguieron las contravenciones a la ley. Pero, realmente, estas contravenciones no eran fruto del capricho; los Tribunales no dejaban de cumplir la ley por resistencia, sino porque no contaban con disposiciones adecuadas al cumplimiento; adolecían de falta de un Reglamento. Para remediar esto surge la Instrucción de 1767. Lo expresa la Instrucción en los siguientes términos: «Estando dispuesto por la ley 3.^a, tít. XV, libro V de la Recopilación (se refiere a la Pragmática de 1539), y Auto Acordado 21, tít. IX, libro 3, se registren los instrumentos de censos y tributos, ventas de bienes raíces y, generalmente, todos aquellos que contengan especial hipoteca o gravamen de tales bienes, ha estimado el Consejo por *indispensablemente necesaria su observancia*, con las especificaciones que contiene la Real Cédula expedida a consulta con S. M.; y considerando que *no haberla tenido hasta ahora dimana de no haber facilitado los medios de ejecución*, se establece lo siguiente: . . .».

EL VALOR CONSTITUTIVO DE LA TOMA DE RAZÓN

El otro punto de elocuencia de este ejemplar estriba en su valor probatorio de la naturaleza constitutiva de los asientos de las Contadurías. Realmente no cabe hacer la glosa del documento en cuanto a este punto, porque la redacción es clarísima.

Desde 1539, el estribillo hipotecario era que los documentos no registrados ni hacían fe, ni se podía juzgar conforme a ellos, ni obligaban a ningún tercer poseedor. La Real Cédula que nos ocupa especifica este alcance en los párrafos IV y VII, diciendo en el primero de ellos que los documentos no registrados no hacen fe «para el efecto de perseguir las hipotecas, *ni para que se entiendan gravadas las fianzas constituidas en el documento.*» Pero este valor constitutivo de la inscripción resulta más indubitable en la parte final de la Real Cédula, en donde, después de insistir machaconamente en el estribillo y en la obligatoriedad de los Escribanos de hacer la advertencia de la toma de razón, se dice: «previniendo que ésta ha de ser una cláusula general y previa en tales Instrumentos, cuyo defecto *vicié la substancia del acto*, para el efecto de que dichas hipotecas *se entiendan constituidas.*...».

El valor constitutivo quedó bien sentado respecto a las hipotecas ; pero obsérvese que en aquella época no había más finalidad que la del registro de los gravámenes, y nada pudieron decir respecto al dominio.

Es interesante observar cómo muchas de las disposiciones de régimen interno de las Contadurías subsisten hoy ; y por ello reproducimos íntegro el ejemplar en cuestión.

REPRODUCCION DEL DOCUMENTO

Portada.

PRAGMATICA-SANCION DE SU Magestad, EN FUERZA DE LEY
en la que se prescribe el establecimiento del

OFICIO DE HIPOTECAS

en las Cabezas de Partido al cargo del Escribano de Ayuntamiento para todo el Reyno, y la Instrucción que en ello se ha de guardar, para la mejor observancia de la Ley 3 tit. 15, libro 5 de la Recopilación, con lo demás que expresa.

Año (escudo) 1768

EN TOLEDO

Por don Francisco Martín, Impresor del Rey nuestro Señor y del Santo Oficio de la Inquisición.

Contenido

DON CARLOS, POR LA GRACIA DE DIOS, etc., etc. : Sabed ; Que por Ley 3, tit. 15, lib. 5 de la Nueva Recopilación se dispone lo siguiente : « Por cuanto nos es hecha relación, que se excusarían muchos pleytos sabiendo los que compran los censos y tributos, los censos e hipotecas que tienen las Casas y Heredades que compran, lo cual encubren y callan los vendedores, y por quitar los inconvenientes que de esto se siguen, mandamos, que en cada Ciudad, Villa o Lugar donde oviere cabezas de Jurisdicción haya una persona, que tenga un libro, en que se registren todos los contratos de las qualidades susodichas, y que no se registrando dentro de seis días después que fueren hechos, no hagan fe, ni se juzgue conforme a ellos, ni sea obligado a cosa alguna ningún tercer poseedor, aunque tenga

causa del vendedor ; y que el tal registro no se muestre a ninguna persona, sino que el Registrador pueda dar fe, si hay, o no algun tributo o venta, a pedimento del vendedor». Y reconociendo que para la puntual observancia de esta Ley tan importante al Publico y bien del Reyno, convendría establecer en Madrid una Contaduría, que se creó y enagenó después de mi Corona, en el año de mil seiscientos quarenta y seis, habiendo hecho regreso a ella en el de mil setecientos trece, se experimentó en ese tiempo que en los Tribunales y Juzgados se admitían indistintamente, contra lo dispuesto en la citada Ley, así los Instrumentos y Escrituras registradas y tomada la razón por la Contaduría, como las que no tenían este indispensable requisito, aumentándose cada día a causa de la inobservancia, estelionatos, pleytos y perjuicios a los compradores e Interesados en los bienes hipotecados por la ocultación y obscuridad de sus cargas ; y para su remedio, a Consulta del mi Consejo, de once de Diciembre de mil setecientos trece, se resolvió y expidió por el Señor Rey don Phelipe Quinto, mi glorioso Padre, que de Dios goce, la Resolución contenida en el Auto-Acordado veintiuno, tit. nueve del libro tercero, cuyo tenor dice así : «El Consejo en Consulta de once de Diciembre de mil setecientos trece expuso, que los Señores Reyes doña Juana, Don Carlos Primero, y Don Phelipe Segundo por sus Pragmáticas en Toledo y Valladolid, los años de mil quinientos treinta y nueve, y mil quinientos cinquenta y ocho, ordenaron, que en todas las Ciudades, Villas y Lugares Cabezas de Partido de estos Reynos hubiese una persona, que tubiese un libro, en que se registrasen todos los contratos de censos, compras, ventas y otras semejantes, a fin de embarazar la multitud de pleytos, fraudes e inconvenientes que se experimentaban ; y que los Instrumentos de contratos, que pasados seis días de su otorgamiento, no estubiesen registrados, no hiciesen fe, ni se pudiese juzgar conforme a ellos, como más por menor se expresa en dicha Ley ; y que de su inobservancia se habían seguido y seguían innumerables perjuicios ; y sobre todo, que los Arrendadores de Rentas Reales, Villa de Madrid y otros han dado, y dan en quiebra cada día, sin que se pudiese cobrar de las fianzas, ni de las hipotecas, por estar todas gravadas, y saberse al tiempo de la admisión, de que han resultado muchas perdidas y atrasos de la Real Hacienda, Villa de Madrid, y generalmente a las demás Ciudades, Villas y Lugares particulares, y aun a las Comunidades eclesiásticas, tanto Seculares como Regulares, Memorias y Obras Pías ; todo lo cual cesaría, si rígurosamente se hubiera observado como debía dicha Ley, en que se manifiesta el delito que cometen todos los que actúan, substancian y determinan semejantes pleytos contra el tenor forma y modo prescrito en ella, y más a vista de estar prohibido por leyes de estos Reynos el decir, que esta y otra cualquier Ley de ellos no, se debe guardar por no estar en uso ;

siendo de parecer me sirviese mandar al Consejo expedir las Órdenes convenientes, no sólo para que se observase y guardase la citada Ley, si también para que los tribunales, Jueces y Ministros, que contra el tenor, forma y modo que en ella se prescribe, fueren o vinieren, por el propio hecho, y sin otra ninguna prueba, sean privados de oficios, y se paguen los daños con el quatro tanto, aplicado la tercia parte a el denunciador, y lo restante a Hospitales, Casas de Huérfanos y Hospicios de pobres; y que para la mayor seguridad de los registros y el Oficio haya de estar en los Ayuntamientos de todas las Ciudades, Villas y Lugares, y que los instrumentos se hayan de registrar por los Escribanos de Ayuntamiento e interponiendo los Jueces Ordinarios su autoridad, así para el registro, como para la saca; y si acaeciese, como cada día sucede, perderse los protocolos y registros, los originales, que se tenga por original cualquier copia auténtica que de dicho registro se sacase, a fin de que se evite el grave daño, que en esta parte se experimenta: Que respecto de que para registrar ahora todos los censos y escrituras de venta hasta aquí otorgados, será necesario dilatado tiempo, que se señale para los que ahora y de aquí adelante se otorgaren los mismos seis días de la Ley, y para los que ya están otorgados el termino de un año; y mediante que esto causaría un gran desorden en los derechos de registro y en las copias que se huviesen de dar siempre que las Partes las necesiten, que así mismo se ordene, que se arregle a los Aranceles Reales por ahora, y hasta que haya otro de nuevo; y que el que no lo hiciere, por el mismo hecho, sea privado de oficio y restituya lo que haya llevado de más, con la pena del quatro tanto, y que esto se execute irremediabilmente, sea en poca o en mucha cantidad, y que sean obligados a poner los derechos que llebieren, al fin de dichos Instrumentos, como está dispuesto en la Ley 39 tit. 25, lib. 4 Recopilación; y porque de la guarda y custodia de estos Registros depende la conservación de los derechos de todo el Reyno y de los Vasallos, que no solo hayan de estar en las Casas Capitulares, sino es también a cargo de las Justicias y Regimiento de ellos; de tal modo, que al que para su despacho nombraren, ha de ser de su cuenta y riesgo, y no le han de admitir sin el más riguroso examen y sin las fianzas convenientes; y lo que en otra forma executaren, ha de ser de su cargo y satisfacción, con más los daños que se causaren; y conformándome con lo propuesto en la citada Consulta del Consejo, mando se execute así, para lo cual dará las ordenes convenientes». Pero como las prevenciones y penas de este Auto-Acordado, ni otras, contenidas en las cédulas expedidas a instancia del Contador de Madrid, no hayan sido suficientes para evitar las contravenciones a la Ley y los perjuicios experimentados, en vista de lo que representó al mi Consejo el citado Contador sobre este asunto, haviéndose examinado en él con la reflexión y acuerdo que

correspondia, tomados informes de las Chancillerias y Audiencias, y de otras varias Ciudades del Reyno, y oído a mis Fiscales, en Consulta de catorce de Agosto de mil setecientos sesenta y siete, me hizo presente mi Consejo su parecer, y para mayor claridad y facilidad del cumplimiento de la citada Ley, pasó a mis Reales manos al mismo tiempo una Instrucción, que había dispuesto, firmada de mis Fiscales, a quienes cometió la extensión, cuyo tenor es el siguiente :

INSTRUCCION

FORMADA DE ORDEN DEL CONSEJO, PARA EL MÉTODO Y FORMALIDADES QUE SE DEBEN OBSERVAR EN EL ESTABLECIMIENTO DEL OFICIO DE HIPOTECAS EN TODAS LAS CABEZAS DE PARTIDO DEL REYNO A CARGO DE SUS ESCRIBANOS DE AYUNTAMIENTO

Estando dispuesto por la Ley 3, tít. 15, lib. 5 de la Recopilación y Auto-Acordado 21, tít. 9, lib. 3, se registren los Instrumentos de Censos y Tributos, rentas de bienes raíces, y generalmente todos aquellos que contengan especial hipoteca, o gravamen de tales bienes, ha estimado el Consejo por indispensablemente necesaria su observancia con las especificaciones que contiene la Real Cédula, expedida a consulta con S. M. : Y considerando que no haberla tenido hasta ahora, dimana de no haber facilitado los medios de la ejecución, se establece lo siguiente :

I. Será obligación de los Escribanos de Ayuntamiento de las Cabezas de Partido tener, ya sea en un libro o en muchos, registros separados de cada uno de los Pueblos del distrito, con la inscripción correspondiente, y de modo que con distinción y claridad se tome la razon respectiva o el pueblo en que estuvieren situadas las hipotecas, distribuyendo los asientos por años, para que facilmente pueda hallarse la noticia de las cargas, enquadernandolos y foliandolos en la misma forma que los Escribanos lo practican con sus Protocolos ; y si las hipotecas estuvieren situadas en distintos Pueblos, se anotará en cada una las que les correspondan.

II. Luego que el Escribano originario remita algun Instrumento, que contenga hipoteca, le reconoxerá, y tomará la razon el Escribano de Cabildo dentro de veintiquatro horas, para evitar molestias y dilaciones a los Interesados ; y si el instrumento fuere antiguo y anterior a dicha Cédula, despachará la toma de razón dentro de tres dias de como le presentare ; y no cumpliendolo en este termino, le castigará el Juez en la forma que previene la Real Cedula.

III. El Instrumento que se ha de exhibir en el Oficio de Hipotecas ha de ser la primera copia que diere el Escribano que la hubiere otorgado, que es el que se llama original, excepto quando por

perdida o extravío de algun Instrumento antiguo, se hubiese sacado otra copia con *authoridad* del Juez competente, que en tal caso se tomará de ella la razon, expresandolo así.

IV. La toma de razon ha de estar reducida a referir la data o fecha del instrumento, los nombres de los otorgantes, su vecindad, la calidad del contrato, obligacion o fundacion; diciendo si es imposicion, venta, fianza, vínculo u otro gravamen de esta clase, y los bienes raices gravados o hipotecados, que contiene el instrumento, con expresion de sus nombres, cabidas, situacion y linderos, en la misma forma que se exprese en el instrumento; y se previene que por bienes raices, ademas de casas, heredades y otros de esta calidad inherentes al suelo, se entienden tambien los censos, oficios y otros derechos perpetuos, que puedan admitir gravamen o constituir hipotecas.

V. Executado el registro, pondra el Escribano de Cabildo en el instrumento exhibido la nota siguiente: *Tomada la razón en el Oficio de Hipoteca del Pueblo tal, al folio tantos, en el día de hoy;* y concluirá con la fecha, la firmará, devolverá el instrumento a la Parte, a fin de que si el Interesado quisiera exhibirla al Escribano originario ante quien se otorgó, para que en el Protocolo anote estar tomada la razon, lo pueda hacer; el qual esté obligado a advertirlo en dicho Protocolo.

VI. Quando se llevare a registrar Instrumento de redencion de censo, o liberacion de la hipoteca o fianza, si se hallare la obligacion o imposicion en los Registros del Oficio de hipotecas, se buscará, glosará, y pondrá la nota correspondiente a su margen o continuacion, de estar redimida o extinguida la carga; y si no se halla registrada la obligacion principal, o aunque se halle, queriendo la Parte, se tomará la razon de la redencion o liberacion en el libro de Registro, de la misma forma que se debe hacer de la imposición.

VII. Quando al Oficio de hipotecas se le pidiere alguna apunacion extrajudicial de las cargas que constaren en sus registros, la podrá dar simplemente o por certificacion autorizada, sin necesidad de que intervenga decreto judicial por ahorrar costas.

VIII. Para facilitar el hallazgo de las cargas y liberaciones, tendrá la Escribania de Ayuntamiento un Libro índice, o Repertorio general, en el que por las letras de el abecedario se vayan anetando los nombres de los Imponedores de las hipotecas o de los pagos, distritos o parroquias en que estan situados, y a su continuacion el folio del registro donde haya instrumento respectivo a la hipoteca, persona, parroquia o territorio de que se trate: de modo que por tres o quatro medios diferentes se pueda encontrar la noticia de la hipoteca que se busque; y para facilitar la formacion de este abecedario general, tomada que sea la razon, se anotará en el Índice, en la letra a que corresponda, el nombre de la persona; y en letra ini-

cial correspondiente a la heredad, pago, distrito o parroquia, se hará igual reclamo.

IX. Los derechos de registro serán dos reales por cada Escritura que no pase de doce hojas, y en pasando a el respecto de seis maravedis cada una, además del papel; y quando se pidieren certificaciones de lo que conste en el Oficio de hipotecas, se arreglara este a los Reales Aranceles en quanto traten de las copias de instrumentos, que dan los Escribanos de sus Protocolos, los quales derechos se deberán anotar en el Instrumento o Certificacion, que entregaren a la Parte.

X. Todos los Escribanos de estos Reynos serán obligados a hacer en los instrumentos de que trata la Real Cédula, la advertencia de que se ha de tomar la razon dentro del preciso termino de seis dias, si el otorgamiento fuese en la Capital; y dentro de un mes, si fuere en Pueblo del Partido, baxo las penas de la misma Cédula.

XI. Como la conservacion de los documentos publicos importa tanto al Estado, todos los Escribanos de los Lugares del Partido, deben enviar al Corregidor o Alcalde Mayor de él, una matricula de los instrumentos de que consta el protocolo de aquel año, para que se guarde en la Escribania de Ayuntamiento; y por este indice anual podra reconocer el que regente dicha Escribania y el Oficio de hipotecas si ha habido omision en traer al registro algun instrumento.

XII. El Escribano de Cabildo a cuyo cargo ha de correr el Oficio de hipotecas, ha de ser nombrado por la Justicia y Regimiento de las Cabezas de Partido, precediendo las fianzas correspondientes de su cuenta y riesgo; y si hubiese dos Escribanos de Ayuntamiento, eligirá éste de ellos el que tubiere por mas apropiado.

XIII. Los Libros de Registro se han de guardar precisamente en las Casas Capitulares; y en su defecto, no solo serán responsables los Escribanos, sino tambien la Justicia y Regimiento, a quienes sólo les hará cargo en Residencia.

XIV. Las Chancillerias y Audiencias de estos Reynos, en sus respectivos territorios, formaran; imprimiran y comunicaran Listas de las Cabezas de Partido donde se han de establecer los Oficios de hipotecas; para que conste claramente a los Pueblos, y quedará a el arbitrio de las mismas Chancillerias y Audiencias señalar algunas Cabezas de Jurisdiccion, aunque no sean de Partido, si vieren que conviene para la mejor y mas facil observancia, por la extension o distancias de los Partidos.

XV. A prevencion serán Jueces para castigar las contravenciones a la Ley y a esta Instruccion, la Justicia Ordinaria del Pueblo, el Corregidor o Alcalde Mayor del Partido, y el Juez en cuya Audiencia se presente el Instrumento.

XVI. La Real Cédula y esta Instruccion, se deberá conservar en

- todas las Escribanías públicas y de Ayuntamiento, para que nadie alegue ignorancia de sus disposiciones, ni quedará arbitrio a ningún Juez para alterarlas o moderarlas; porque de tales disimulos resulta, por consecuencia necesaria, la infracción y desprecio de las leyes, por útiles y bien meditados que sean. Madrid catorce de Agosto de mil setecientos sesenta y siete. *Don Pedro Rodríguez Campomanes. Don José Moñino.* Por tanto, enterado de todo, por mi Real Resolución tomada a la citada Consulta, que fue
- I.—publicada y mandada cumplir en el mi Consejo, en siete de este mes, he venido en aprobar en todo la citada Instrucción suso-inserta, y resolver que se observe y guarde en mayor explicación de la Ley 3, tit. 15, lib. 5 de la Recopilación, y del Auto-Acordado 21, tit. 9, lib. 3, en todos los Pueblos Cabeza de Partido o de Jurisdicción de estos mis Reynos, según el señalamiento que harán las Audiencias y Chancillerías del respectivo distrito, sin perjuicio de los Contadores
 - II.—de hipotecas que actualmente hubiere. Que los Escribanos de Ayuntamiento de dichas Cabezas de Partido estén obligados a tener los libros de registro, que señala la Instrucción formada por los del mi Consejo, por mi aprobada, para que en ellos precisamente se tome la razón de todos los Instrumentos de imposiciones, ventas, y redenciones de censos o tributos, ventas de bienes raíces o considerados por tales, que constare estar gravados con alguna carga, fianzas, en que se hipotecaron especialmente tales bienes, Escrituras de Mayorazgo u Obra Pía, y generalmente todos los que tengan especial y expresa hipoteca o gravamen, con expresión de ellos o su liberación y redención. Que sin embargo de que por la Ley del Reyno las Partes contenidas en la Escritura o Instrumentos están obligados a registrarlos en los seis días siguientes a su fecha, esto se haya de entender si se otorgaron en la Capital del Partido; pues siendo en los Pueblos de su distrito o Jurisdicción, cumplirán con registrar
 - IV.—dentro del término de un mes. Que no cumpliendo con el registro y toma de razón, no hagan fe dichos instrumentos en juicio ni fuera de él, para el efecto de perseguir las hipotecas, ni para que se entiendan gravadas las fianzas contenidas en el instrumento, cuyo registro se haya omitido; y que los Jueces o Ministros, que contravengan, incurran en las penas de privación de oficio y de daños, con
 - V.—el cuatro tanto que previene el Auto-Acordado. Que los Escribanos tengan obligación de prevenir esta formalidad en todos los Instrumentos que otorgaren de la expresada naturaleza, baxo la misma pena y la circunstancia de que por su omisión se les haga también cargo y castigue en las residencias, y que así se anote en los títulos,
 - VI.—que se les despacharen por el mi Consejo o por la Cámara. Que baxo de igual pena formalicen los registros los Escribanos de Cabildo en los términos que señala la Instrucción: bien entendido que la obligación de registrar dentro del término debe ser en los Instrumentos que se otorguen sucesivamente a el día de la publicación de esta

- VII.—Pragmatica en cada Pueblo. Que de ella se remitan por mis Chancillerias y Audiencias, con las Listas que previene la Instruccion, exemplares a cada uno de los respectivos Partidos; para que se comuniquen circularmente, sin gastos de verdas a los Pueblos, se publiquen y coloquen copias autenticas entre los papeles del Archivo.
- VIII.—Por lo tocante a los instrumentos anteriores a la publicacion de la presente Pragmatica, cumplan las Partes con registrarlos antes que los hubieren de presentar en juicio (2) para el efecto de perseguir las hipotecas o fincas gravadas; bien entendido que sin preceder la circunstancia del Registro ningun Juez podrá juzgar por tales instrumentos, ni haran fe para dicho efecto, aunque la hagan para otros fines diversos de la persecucion de las hipotecas o verificacion del gravamen de las fincas, baxo las penas explicadas.

Y para la puntual e inviolable observancia de esta mi Real Resolucion en todos mis Dominios, se acordó expedir la presente en fuerza de Ley y Pragmatica Sancion, como si fuese hecha y promulgada en Cortes, pues quiero se esté y pase por ella, sin contravenirle en manera alguna; para lo qual, siendo necesario, derogo y anulo todas las cosas que sean o ser puedan contrarias a esta. Y mando a los de mi Consejo, Presidente y Oidores de mis Audiencias y Chancillerias, Corregidores, Asistente, Gobernadores, Alcaldes mayores y Ordinarios, y demas Jueces y Justicias de estos mis Reynos, guarden, cumplan y executen esta Ley, con la Instruccion inserta, y la hagan guardar y observar en todo y por todos desde el dia en que se publique en Madrid y en las Ciudades, Villas y Lugares de Cabezas de Partido de estos mis Reynos y Señorios, en la forma acostumbrada; dando para la puntual execucion de todo las ordenes, autos y mandamientos que se requieran, pasando las correspondientes al mi Consejo de la Camara, para que en los titulos, que se despacharen por la Secretaria de ella, se prevenga a los Escribanos, que han de estar obligados a advertir en los Instrumentos, y a las Partes la obligacion de registrar en el Oficio de hipotecas los instrumentos comprendidos en la Ley y esta mi declaracion; expresando al fin de ellos, que no han de hacer fe contra las hipotecas, ni usar las Partes judicialmente para perseguirlas, sin que preceda dicho requisito y toma de razon dentro del termino prevenido en la Ley, con las declaraciones de la Instruccion: previniendo, que esta ha de ser una clausula general y precisa en tales Instrumentos, cuyo defecto vicie la substancia del acto, para el efecto de que dichas hi-

(2) Esta facultad de registrar los interesados cuando tuvieran que perseguir la hipoteca o gravamen constituido, es lo que se ha llamado la oponibilidad; su esencia jurídica no es más que un efecto retroactivo de la inscripción; este efecto retroactivo lo tienen las inscripciones de Derechos reales de nuestro sistema actual respecto de determinadas anotaciones de embargo.

potecas se entiendan constituidas; executándose lo mismo en los títulos y aprobaciones de Escribanos, que se despachan por las Escribanías de Camara del mi Consejo, poniendo igual prevencion en las Comisiones, que se libran, asi para la toma de Residencias, como para la Visita de Escribanos, a fin de que se les haga a estos y a los Jueces los cargos, que por la inobservancia de esta mi Real Pragmatica-Sancion hayan tenido unos y otros, y se les castigue como corresponda. Que asi es mi voluntad; y que el traslado impreso de esta mi Cédula, y Pragmatica-Sancion, firmado de don Ignacio Esteban de Higareda, mi Secretario y Escribano de Camara mas antiguo y de Gobierno del mi Consejo, se le dé la misma fe y crédito, que a su original. Dado en el Pardo a treinta y uno de Enero de mil setecientos sesenta y ocho. YO EL REY. Yo don Joseph Ignacio de Goyoneche, Secretario del Rey nuestro Señor, la hice escribir por su mandado. El Conde de Aranda Don Phelipe Codallos, don Agustin de Leyza Eraso. Don Simon de Anda. Don Jacinto de Tudos. Registrada: Don Nicolas Verdugo. *Theniente de Chanciller-Mayor*: Don Nicolas Verdugo.

PUBLICACIÓN

En la Villa de Madrid a cinco dias del mes de Febrero, año de mil setecientos sesenta y ocho, ante las Puertas del Real Palacio, frente del Balcon principal del Rey nuestro Señor, y en la Puerta de Guadalajara, donde está el público trato y comercio de los Mercaderes y Oficiales, con asistencia de don Miguel Lorieri, don Juan de Acedo, Don Phelipe Soler. y Don Joseph Rosales, Alcaldes de la Casa y Corte de S. M. se publicó la Real Pragmatica-Sancion antecedente con trompetas y timbales, por voz de Pregonero publico; hallandose presentes diferentes Alguaciles de dicha Real Casa y Corte, y otras muchas personas: de que certifico yo Don Francisco Lopez Navamuel, Escribano de Camara del Rey nuestro Señor, de los que en su Consejo residen/ *Don Francisco Lopez Navamuel*. Es copia de la Real Pragmatica-Sancion y su Publicacion original, de que certifico. *Don Ignacio de Igareda*.

OBEDECIMIENTO

En el Ayuntamiento que Toledo celebró en veinte y quatro de Febrero de mil setecientos sesenta y ocho y se vió la Real Pragmatica antecedente sobre Oficio de Hipotecas: y la Ciudad la obedeció con el respeto debido, y acordó se guarde, cumpla y execute; y para que conste a todos los vecinos de esta Ciudad, se publique en ella por voz de Pregonero publico; y al mismo efecto se remitan los Im-

presos correspondientes a las Justicias de los Lugares de este Partido, para que los coloquen en las Escribanías de sus Consejos para la puntual observancia de los Capítulos, que comprende dicha Real Pragmática. Así consta del libro Capitular, a que me refiero. Julian Sanchez Rubio, Escribano Mayor

VANDO

En la Ciudad de Toledo, a cinco de Marzo de mil setecientos sesenta y ocho, por voz de Isidro Sastre, Pregonero público de esta Ciudad, se publicó la Real Pragmática Sancion, sobre el establecimiento del Oficio de hipotecas (por ante mí el Escribano de S. M. oficial de los Ayuntamientos de esta Ciudad) en la plaza de Ayuntamiento, sitio de Quatro Calles, y Plaza de Zocodover, asistencia de los quatro Ministros de Reja, ocupando en dicha Publicacion desde las nueve de la mañana de este día, hasta las doce muy dadas de él, concurriendo en dichos sitios muchas Gentes, de que doy fe. Juan Manuel Sanchez Niño.

Concuerda con la Real Pragmatica-Sancion y demas diligencias practicadas en su obdecinimiento en esta Imperial ciudad, de que doy fe, y a que me remito: Y para que conste firmo la presente en Toledo a quince de Marzo de mil setecientos sesenta y ocho. Julian Sanchez Rubio.—Escribano Mayor.—Rubricado.»

Por la glosa y transcripción,

RAFAEL RAMOS FOLQUÉS
Registrador de la Propiedad

Requisitos que para su inscripción en el Registro Mercantil han de reunir los documentos referentes a Sociedades anónimas, según la ley que las regula

La calificación por el Registrador mercantil de las escrituras y documentos referentes a sociedades, es compleja y delicada por la variedad de decretos y órdenes que hay que tener presentes ; pero publicada la Ley de Sociedades anónimas, con respecto a éstas, la labor se hace más ardua por la importancia y complejidad de dicha Ley, pues son muchos los artículos de la misma que han de examinarse

Me ha parecido de utilidad hacer recopilación sistematizada de todas las circunstancias que la Ley exige, en las escrituras y estatutos sociales, lo que a mi juicio permite una rápida calificación, cuya recopilación, sin otro valor que el práctico, es la que a continuación se consigna.

Para la sistemática enumeración de los requisitos que la Ley de Sociedades anónimas exige que consten en los documentos que otorgan dichas Sociedades, pueden dividirse, según los actos que en ellos se constaten, en : 1.º Los de constitución y adaptación a la Ley. 2.º De modificación de capital. 3.º De emisión de obligaciones. 4.º De transformación y fusión ; y 5.º De liquidación y disolución. Pasamos concisamente a enumerar los requisitos de cada grupo.

1. CONSTITUCIÓN

Este grupo de actos se subdivide en dos: Constitución simultánea, al que pueden asimilarse las escrituras de adaptación, y constitución sucesiva.

Constitución simultánea. Las escrituras y estatutos consignarán: Nombre de la sociedad (que no lo tenga igual otra) y expresión de que la Sociedad es Anónima (art. 2.º de la Ley).

El capital ha de estar dividido en acciones, a las que se limita la responsabilidad (art. 1.º), sin que se admitan de voto plural (artículo 38) con suscripción total del mismo, desembolso al menos del 25 por 100 y condiciones del desembolso del resto (arts. 18 y 11 g). Hasta el desembolso total, las acciones serán nominativas (art. 34). Es lícita la emisión con prima, pero no la emisión por valor inferior al nominal (art. 36). Se detallará lo que cada socio aporte y reciba (art. 11).

Expresión del objeto, que no ha de ser de los que prohíbe el artículo 3.º

Domicilio que habrá de fijarse en España y donde radique su representación legal o sus negocios (art. 5.º).

Es obligatoria la escritura pública y la inscripción, y son nulos los pactos reservados (art. 6.º).

Socios fundadores. Serán al menos tres, asumirán todas las acciones (art. 10), se consignarán sus nombres y circunstancias (artículo 11) y el límite de las ventajas que como tales fundadores se reserven (arts. 12 y 30).

Se expresará en moneda nacional la equivalencia de las aportaciones en moneda extranjera.

Se consignará la duración de la Sociedad y la fecha del comienzo de sus operaciones (art. 11, c).

Organos de administración, nombres de los administradores, modo de proveer las vacantes, retribución, separación, quienes ostentan la representación social y límites de su retribución (arts. 11 h, 82 y 74).

Plazos y forma de convocar juntas (art. 11 i). Forma de deliberar y tomar acuerdos (art. 11 j). Organización y funcionamiento del Consejo (arts. 79 y 80).

Respecto a lo dispuesto sobre impugnación de acuerdos en el artículo 67.

Pueden establecerse límites a la transmisibilidad en los estatutos, aun cuando se trate de acciones al portador (art. 46).

Fundación sucesiva.

Se precisa depositar en el Registro Mercantil el programa fundacional con las firmas legitimadas notarialmente (art. 18).

El programa ha de ajustarse a los artículos 17 y 18 de la Ley.

La escritura de constitución se ajustará al artículo 11 de la Ley y a los acuerdos de la Junta constituyente, y se otorgará en el plazo de treinta días, a contar de la colaboración de la Junta constituyente (art. 25).

La Junta habrá deliberado sobre los extremos a que se refiere el artículo 21.

II. MODIFICACIÓN DE SOCIEDADES

Examinaremos reglas generales y modificación del capital, ya por su aumento, ya por su disminución.

Reglas generales

La modificación de la Sociedad precisa ser acordada en Junta general, anunciada en la forma que para las Juntas extraordinarias se precisa. La expresión del objeto en la convocatoria y el acuerdo requiere el *quorum* del artículo 58 (art. 85).

Si afecta el acuerdo a intereses de accionistas determinados, es necesaria su conformidad (art. 85). Los cambios de nombre, domicilio, objeto y ampliación de operaciones se anunciarán en la prensa diaria de la capital de la provincia de su domicilio y se inscribirán en el Registro (art. 86).

Aumento de capital

Se acordará en Junta general, convocada con las formalidades que exige la Ley para dichas convocatorias, necesitándose para la validez del aumento que se consigna el *quorum* del artículo 58. Es

requisito necesario el otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el Registro Mercantil, y aunque no se halle preceptuado en la Ley de Sociedades anónimas, conviene recordar, por su importancia, que no podrá inscribirse la escritura de ampliación sin que se justifique la exención o señalamiento de la prima de emisión.

No podrán emitirse nuevas acciones sin que haya sido desembolsado el total de las emisiones anteriores, salvo en Sociedades de seguros (art. 89), y habrán de fijarse las condiciones del desembolso que no se haga al contado y de las aportaciones no dinerarias (artículo 90).

Si la suscripción ha de ser pública, se publicará el programa detallado (art. 91).

La Junta general podrá, con los requisitos del artículo 84, crear acciones preferentes o transformar en ellas acciones ordinarias. Pero si ya existiesen preferentes habrá de observarse lo preceptuado en el artículo 85 (art. 93).

Es lícito el aumento de capital con cargo a reservas (art. 94) y la conversión de obligaciones en acciones (art. 95).

Reducción de capital

Lo habrá de acordar la Junta general, conforme se dijo para el aumento (art. 84).

Si hubiese restitución de aportaciones a los socios, se publicarán anuncios por tres veces, y en el plazo de tres meses, en el *Boletín Oficial del Estado* y en tres periódicos de los de mayor circulación de la provincia en que la Sociedad tenga su domicilio (art. 98).

La reducción de capital es obligatoria cuando las pérdidas hayan disminuído el haber social por bajo de los dos tercios y hubiese transcurrido un ejercicio social sin recuperarlo (art. 99).

Cuando la reducción se verifique con cargo a beneficios o reservas libres, no hacen falta los requisitos dichos (art. 101).

Si la reducción de capital implica amortización de acciones mediante reembolso a los accionistas y no afecta por igual a todas las acciones, habrá de cumplirse lo dispuesto en los artículos 84 y 85 (art. 100).

III. EMISIÓN DE OBLIGACIONES

No podrán emitirse obligaciones por importe superior al del capital desembolsado, excepto las garantizadas por el Estado, Provincia o Municipio, o garantizadas con prenda o hipoteca (arts. 111 y 114).

Cuando el nominal de la emisión sumado a las cantidades emitidas en los diez últimos meses pase de cinco millones de pesetas, precisa la consulta al Banco de España antes de la emisión. (Decreto de 22 de abril de 1949.)

Se prohíbe que la Sociedad asuma el pago del Impuesto de Utilidades. (Orden de 9 de junio de 1949.)

Es necesaria la constitución del Sindicato de Obligacionistas y la designación de Comisario que concorra al otorgamiento del contrato de emisión (art. 113).

La escritura de emisión de obligaciones deberá contener: Nombre, capital, objeto y domicilio de la Sociedad emisora; condiciones de la emisión, fecha y plazo de la suscripción; valor, interés y vencimiento de los títulos, las primas y lotes si los hubiere. Importe y serie y garantías. Reglas de las relaciones entre la Sociedad y el Sindicato, y características de éste (art. 116).

Para la suscripción precederá anuncio de la emisión en el *Boletín Oficial del Estado*, con los datos del artículo 116 y nombre del Comisario (art. 117).

En cuanto a la recogida de obligaciones, puede hacerse: por amortización, convenio con el Sindicato de Obligacionistas, compra en Bolsa y conversión en acciones. Esta última requiere consentimiento de los obligacionistas afectados (arts. 95 y 128).

IV. TRANSFORMACIÓN Y FUSIÓN DE SOCIEDADES

Transformación. Las Sociedades anónimas sólo podrán transformarse en colectivas, comanditarias o de responsabilidad limitada (siempre que su capital no exceda de cinco millones) (arts. 4 y 133).

La transformación ha de acordarse en junta general, cumpliéndose el artículo 58 y publicándose el acuerdo tres veces en el «Boletín Oficial» y en los periódicos de gran circulación de la provincia del domicilio (art. 134).

La escritura de transformación contendrá las menciones necesarias a la clase de Sociedad que adopte el balance cerrado el día anterior al acuerdo, balance final cerrado el día anterior al otorgamiento de la escritura y relación de accionistas que opten por separarse (art. 136).

Si se transformase una colectiva, comanditaria o de responsabilidad limitada en anónima, se aplica el artículo 140 de la Ley.

F u s i ó n

Se requiere la Junta general de cada Sociedad, teniéndose en cuenta el artículo 58; se publicarán los anuncios de artículos 134 y 143; han de transcurrir tres meses del último anuncio (art. 145), y se publicarán los balances (art. 147). Estas normas no se aplicarán a los convenios de sindicación u otras formas de unión de Sociedades en los que estas continúen existiendo sin alteración de su personalidad (art. 149).

V. DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN

Procederá por las causas que determina el artículo 150. La disolución por transcurso del término se verifica *ipso facto*, de pleno derecho, a no ser que antes de expirar se hubiese acordado la prórroga e inscrito en el Registro Mercantil. La disolución por las demás causas requerirá acuerdo de la Junta general, por mayoría ordinaria, cuyo acuerdo podrá impugnarse con arreglo al artículo 67 y siguientes (art. 152).

El acuerdo de liquidación se inscribirá en el Registro Mercantil y se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» y en un diario de los de mayor circulación del lugar del domicilio social (art. 153).

Una vez inscrito el acuerdo de disolución sólo queda con respecto al Registro Mercantil, terminados los trámites de liquidación de la Sociedad, la cancelación de los asientos referentes a la Sociedad extinguida y el depósito de los libros de comercio y documentos relativos al tráfico de la misma, según el artículo 168.

GREGORIO TREVIÑO
Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

REGISTRO MERCANTIL.—RESCISIÓN PARCIAL DE SOCIEDAD COLECTIVA:

EL SILENCIO LEGAL HA DE INTERPRETARSE EN EL SENTIDO DE SER PERFECTO Y EFICAZ EL ACUERDO SOCIAL DE EXCLUSIÓN DE UN SOCIO POR HABER INCURRIDO EN ALGUNA DE LAS CAUSAS CONCRETAS DEL ARTÍCULO 218 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, SIN NECESIDAD DE LA PREVIA DECLARACIÓN JUDICIAL.

CARACTERÍSTICAS DEL GERENTE ESTATUTARIO DEL ARTÍCULO 132 DEL MISMO CÓDIGO:

- 1.^a ABSORBER, DE MODO EXCLUSIVO—«FACULTAD PRIMITIVA DE ADMINISTRAR»—LA ADMINISTRACIÓN Y EL USO DE LA FIRMA SOCIAL, PALABRAS CON QUE EL CÓDIGO DESIGNA LAS FACULTADES DE GESTIÓN Y EL PODER DE REPRESENTACIÓN QUE ORIGINARIA, Y, NATURALMENTE, CORRESPONDEN A TODOS LOS SOCIOS.
- 2.^a QUE LA DESIGNACIÓN SE HAYA REALIZADO NOMINATIVAMENTE EN EL ACTO CONSTITUTIVO DE LA SOCIEDAD O EN EL MODIFICATIVO, CON ASENTIMIENTO UNÁNIME DE TODOS LOS SOCIOS, Y EN AMBOS CASOS COMO «CONDICIÓN EXPRESA DEL CONTRATO SOCIAL».
- 3.^a QUE NO SE HAYAN FIJADO CONTRACTUALMENTE CAUSAS DETERMINADAS DE REVOCACIÓN.

Resolución de 7 de febrero de 1953. («B. O.» de 6 de julio).

Mediante escritura otorgada en Sevilla el 9 de marzo de 1942 ante el Notario don Fulgencio Echaide y Aguinaga, los señores don Diego Salmerón Cómiz y, doña Rosa, don Diego y doña Josefa Salme-

rón Durán constituyeron una Sociedad mercantil regular colectiva con la razón social de «Salmerón y Compañía», estableciendo, entre otros, los siguientes pactos: «La representación, gestión y administración de la Compañía, el uso de la firma social, contabilidad, dirección técnica industrial y la gestión total de la Empresa queda a cargo de los socios don Diego Salmerón Gómiz y don Diego Salmerón Durán, los cuales solidariamente podrán ejercer las funciones dichas y representar a la Compañía, en juicio y fuera de él, en toda clase de asuntos, negocios, actos y contratos...; sin embargo, el gerente, don Diego Salmerón Durán, no podrá sin la asistencia del otro gerente formalizar contratos relativos a bienes inmuebles ni abrir cuentas de crédito ni tomar dinero en préstamo, ni emprender nuevos negocios o abrir nuevos establecimientos mercantiles o industriales. De dichos dos gerentes, el don Diego Salmerón Gómiz es permanente e inamovible, siendo el otro gerente no permanente y amovible por la determinación libre de aquél»; mediante escritura otorgada en Sevilla el 28 de diciembre de 1944 ante el Notario don Rafael González Palomino se formalizó admisión de nuevos socios y aumento del capital social, introduciéndose modificaciones en la Gerencia de la Compañía y dando nueva redacción a los Estatutos de la expresada Sociedad; por consiguiente de la misma quedaron como socios colectivos de la Compañía don Diego Salmerón Gómiz, doña Rosa Durán Ramírez y don Diego, doña Rosa, doña Josefa y don José María Salmerón Durán, cada uno con un capital suscrito y aportado de 250.000 pesetas, y en orden a la Gerencia se estableció en el artículo cuarto de los nuevos Estatutos lo siguiente: «La representación, gestión y administración de la Compañía y el uso de la firma social queda a cargo de todos los socios, pudiendo dos cualesquiera de ellos, mancomunadamente, ejercitar las siguientes atribuciones: representar a la Compañía, en juicio y fuera de él, en toda clase de asuntos, negocios, actos y contratos... Sin embargo, el gerente don Diego Salmerón Gómiz tendrá todas las facultades de administración y gestión antes expresadas por sí solo, y sólo cuando intervenga don Diego Salmerón Gómiz, mancomunadamente con otro cualquiera de los gerentes, se podrán formalizar contratos relativos a bienes inmuebles, abrir cuentas de crédito, tomar dinero a préstamo o emprender nuevos negocios o abrir nuevos establecimientos mercantiles o industriales. El gerente, señor Salmerón Gómiz,

tendrá el carácter de permanente y será inamovible; los otros gerentes podrán ser suspendidos en sus funciones por acuerdo de la mitad más uno de los socios que representen la mayoría del capital.

En Junta de socios de dicha Compañía celebrada el 27 de diciembre de 1950, según resulta de la escritura, o el 20 del mismo mes y año, según consta en el Registro, los socios don Diego Salmerón Gómiz, doña Rosa Durán Ramírez y doña Rosa, doña Josefa y don José María Salmerón Durán, a propuesta del primero, acordaron por unanimidad suspender definitivamente de la Gerencia de la Sociedad a don Diego Salmerón Durán, a tenor del artículo cuarto en relación con el octavo de los Estatutos, por su conducta dolosa en perjuicio de la misma, notificándose dicho acuerdo al suspenso personalmente con fecha 4 de enero de 1951, según acta autorizada el 29 de diciembre de 1950 por el Notario don Rafael González Palomino, acta que fué inscrita en el Registro Mercantil, motivando la inscripción tercera.

En escritura autorizada por don Diego Soldevilla Guzmán, Notario de Sevilla, con fecha 25 de octubre de 1951, comparció don Diego Salmerón Gómiz como gerente inamovible de «Salmerón y Compañía», y en uso de las facultades que le confirieron en junta de socios celebrada el anterior día 24, declaró en nombre de la Sociedad que representa, y cumpliendo la voluntad social de la misma, quedar separado de ella el socio culpable don Diego Salmerón Durán, considerándose excluido de la misma, y en su consecuencia, quedar rescindida parcialmente la Sociedad, y reducido el capital social en las 250.000 pesetas que pertenecen al socio separado, y que se procedería, en ejecución de tal acuerdo, a liquidar la cuota y las responsabilidades del socio separado, bien por medio de amigables componedores o con arreglo a los Estatutos y al Código de Comercio, si aquella propuesta se rechazaba; consta unida a dicha escritura: un acta autorizada por el señor Soldevilla de fecha 24 de octubre de 1951, donde se hace constar lo ocurrido en la junta de socios celebrada dicho día en el domicilio social, con el acuerdo por unanimidad de la exclusión del socio don Diego S. Durán, y en la que se reseñan y transcriben además diversos documentos justificativos de culpabilidad; un testimonio del acta de la junta de socios que acordó la suspensión de don Diego Salmerón Durán en sus funciones de gerente, librado con fecha 24 de octubre de 1951 por el propio Notario

señor Soldevilla ; copia auténtica de un acta autorizada el 30 de mayo de 1951 por el Notario señor González Palomino en la que éste hace constar el requerimiento que le formula don Diego Salmerón Gómiz en nombre propio y como gerente de «Salmerón y Compañía», para que notifique a don Diego Salmerón Durán los particulares que en dicha acta figuran y diligencia de notificación en su domicilio en la persona de Josefa Rebollo, sirvienta de la casa, por ausencia del interesado.

Y en el acta de 24 de octubre, incorporada a la escritura objeto del recurso, aparece reseñada la junta de socios que se celebró en dicho día, en la que el propio gerente inamovible y otros socios manifestaron que don Diego Salmerón Durán, no obstante haber sido suspendido definitivamente de la Gerencia de la Sociedad, había seguido una conducta reprobable, haciendo objeto a la misma de actos de violencia, sustracciones de dinero no autorizadas, firmas de talones contra el Banco Hispano, sustracción de libros, aceptación de letras con la fórmula de «por sí y en nombre de Salmerón y Compañía», usó de capital común y de la firma social para negocios por cuenta propia, etc., todo lo cual se hallaba comprendido en diversos apartados del artículo 218 del Código de Comercio, y, en su virtud, requirieron a don Diego Salmerón Durán para que accediera a su separación voluntaria ; rechazada ésta y los cargos que se le hacían por la representación del señor Durán y con su protesta, los demás socios acordaron por unanimidad declarar excluido de la Sociedad «Salmerón y Compañía» a don Diego Salmerón Durán, invitándole a que en plazo de diez días presente los puntos y cuestiones que deban someterse a amigables componedores referentes a la liquidación de su capital social, designando al propio tiempo o proponiendo las personas para este cargo ; se faculta asimismo al gerente señor Gómiz para que firme los documentos predichos, incluso la escritura pública para inscribir en el Registro Mercantil el acuerdo de separación.

Primera copia de la escritura de rescisión parcial fué presentada en el Registro Mercantil de Sevilla con fecha 26 de octubre de 1951, retirada el mismo día y devuelta el 28 de noviembre en unión de cuatro actas notariales acreditativas de diversos hechos culposos realizados por el socio excluido, y que a continuación de dicha primera copia se puso la siguiente nota : «No admitida la inscripción,

de la rescisión parcial a que se refiere el precedente documento y los que le acompañan, porque habiendo sido nombrado administrador en el contrato social el socio excluido, aunque en el Registro aparezca inscrita la suspensión definitiva del mismo en sus facultades de gerencia, acordado ulteriormente, no resulta haberse obtenido la declaración judicial prevista en el artículo 132 del Código de Comercio y 137 del Reglamento del Registro Mercantil, defecto insubsanable que haría inadmisibles la anotación preventiva si se hubiera solicitado».

Interpuesto recurso, la Dirección declara, con revocación de la nota del Registrador, inscribible la escritura de rescisión parcial, mediante la diáfana doctrina siguiente:

Que el objeto del presente recurso se reduce a examinar si don Diego Salmerón Durán—que en la escritura de modificación y ampliación de capital fué designado gerente en forma genérica «para representar la Compañía en juicio y fuera de él, siempre que actuase mancomunadamente con otro cualquiera de los socios», sin que pudiera formalizar contratos relativos a bienes inmuebles ni tomar dinero a préstamo; sino actuando conjuntamente con don Diego Salmerón Gómez (único socio autorizado por dicha escritura para realizar por sí solo actos de administración y gestión, y de cuya gerencia fué suspendido definitivamente por acuerdo social inscrito en el Registro Mercantil—ostentó el carácter de gerente estatutario, a que se refiere el artículo 132 del Código de Comercio, gozando de los derechos que tal precepto legal confiere, especialmente el de exigirse la intervención judicial para la revocación de su poder, o si; al no poseer tal carácter, es o no necesaria la previa declaración judicial para que un acuerdo social de exclusión adoptado por unanimidad y en virtud de causas específicas del artículo 218 del mismo Código, tenga plena eficacia.

Que se impone, por tanto, la necesidad de configurar las características propias del gerente estatutario a que se refiere el artículo 132, ya que sólo respecto a él, y no a ningún otro, exige dicho precepto el deber de requerirse la actuación judicial para conseguir su revocación, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1902, por lo que, prescindiendo de la nota de «privativo», que en sentido de único, y dada la redacción gramatical, parece de-

ducirse del citado precepto; de la de permanencia ilimitada en el desempeño de sus funciones, por entender, con gran parte de la doctrina, que la limitación temporal con amplitud de facultades no le despojaría de tal carácter, así como de las notas de cargo no susceptibles de sustitución por su carácter eminentemente personal y de la de normalmente retribuido, cabe considerar esenciales, deduciéndolas del precepto legal las siguientes características:

1.^a Absorber de modo exclusivo—«facultad privativa de administrar»—la administración y el uso de la firma social, palabras con que el Código designa las facultades de gestión y el poder de representación que originaría, y, naturalmente, corresponden a todos los socios.

2.^a Que la designación se haya realizado nominativamente en el acto constitutivo de la Sociedad o en el modificativo, con asentimiento unánime de todos los socios, y en ambos casos como «condición expresa del contrato social».

3.^a Que no se hayan fijado contractualmente causas determinadas de revocación.

Que, conforme a los resultandos de este recurso, es evidente que don Diego Salmerón Durán no reunió nunca los requisitos del gerente del artículo 132, ya que en la escritura de 18 de diciembre de 1944 no fué designado nominativamente como tal, y a tenor del artículo cuarto de los Estatutos vigentes, podía ser suspendido en sus funciones por simple acuerdo mayoritario, aun sin expresión de causa, hecho que permitió—a mayor abundamiento—que, acordada su separación de la gerencia, este acto se inscribiese en el Registro Mercantil, cosa que no hubiese sido factible si se le considerase gerente del artículo 132, ya que dicho precepto impone taxativamente el dilema de nombrar un coadministrador por los trámites perentorios del artículo 2.162 de la Ley de Enjuiciamiento civil o pedir judicialmente la disolución parcial de la Sociedad por exclusión del gerente como socio.

Que la doctrina de la exclusión del socio que incumple es común a todas las Sociedades y está recogida en lo relativo a las colectivas y comanditarias en el artículo 218 del Código de Comercio, bajo la denominación de «rescisión parcial», y prescindiendo de las teorías que la fundamentan—ya en el principio contractualista, conforme al cual las causas de exclusión no serían sino otras tantas condicio-

nes resolutorias de la relación contractual, y en la misma Ley que fija taxativamente los motivos de la exclusión, ya en el criterio de que el fenómeno de la exclusión no es otra cosa que una manifestación de la supremacía que todo ente asociativo debe tener sobre sus propios componentes—, es indudable que la existencia de una de las causas señaladas por la Ley genera un derecho potestativo de la Sociedad para producir, por medio de un negocio unilateral, la disolución parcial de la relación social, discutiéndose únicamente si para la modificación jurídica que el ejercicio de tal derecho produce es o no necesaria la declaración judicial.

Que la doctrina, dada la supuesta lentitud del procedimiento judicial y la interpretación que nuestro Tribunal Supremo da al artículo 1.124 del Código civil, se inclina a permitir a los socios el acordar la exclusión y otorgar la correspondiente escritura sin declaración judicial previa, dejando a salvo el derecho del socio excluido a recurrir a los Tribunales, y aun sin considerar decisivo este criterio realista de la oportunidad o aquella tesis de aplicación de la resolución del artículo 1.124 (que olvida que la exclusión no actúa por violación de una obligación recíproca, ya que está frente a los socios *uti singuli* no subsiste, sino frente o para la Sociedad, que no es parte contractual), parece indudable que del artículo 138 del Código de Comercio, que deja «al arbitrio de los socios la exclusión del socio industrial»; del artículo 170, que da opción a la Sociedad para excluir de la misma «al socio que no aportó a la masa común la porción de capital a que se hubiese obligado», rescisión parcial que según la Resolución de 25 de enero de 1936 ha de hacerse extrajudicial y unilateralmente: del artículo 219, en relación con el 218, que afirma que «la rescisión parcial producirá la ineficacia del contrato respecto al socio culpable, que se considerará excluido de ella», sin hacer referencia a la declaración judicial previa; de la doctrina sentada en la Resolución de 30 de mayo de 1951, que admite la posibilidad de excluir al socio por vía extrajudicial en virtud de las causas señaladas en el artículo 218, y del artículo 137 del Reglamento del Registro Mercantil, que sólo impone la necesidad de la sentencia firme para practicar la oportuna inscripción en el caso del gerente del artículo 132; puede deducirse que el silencio legal ha de interpretarse en el sentido de ser perfecto y eficaz el acuerdo social de exclusión de un socio por haber incurrido en alguna de las

causas concretas del artículo 218, sin necesidad de la previa declaración judicial, lo cual es consecuencia de la autarquía que para regir su desarrollo y actividad tienen las Sociedades personalistas, impuesta por las mismas condiciones del contrato y por la propia naturaleza de esta clase de Sociedades.

Que en el supuesto a tratar, la exclusión fué acordada por unanimidad, con absoluto respeto de los derechos que pudieran corresponder en el haber social al socio presunto culpable, señalándose los medios para la oportuna liquidación bien por medio de amigables componedores, bien conforme a los Estatutos o al Código de Comercio, conservando además, como es lógico, el socio excluido, la posibilidad de impugnar *a posteriori* las causas y motivos de la exclusión, sin que el cambio procesal que implica el actuar como demandante en lugar de demandado desplace en este supuesto la carga de la prueba ni haga más oneroso su ejercicio ni ponga en peligro sus intereses en caso de injusticia notoria, facilitando en cambio el normal desenvolvimiento de la Sociedad.

Para el Registrador las actas y testimonios aportados en justificación del acuerdo rescisorio constituyen material instructorio inoperante a los efectos de la calificación registral, ya que si se admite la rescisión extrajudicial el documento sería inscribible por la sola virtualidad del acuerdo, y si no serían los Tribunales los que tendrían que apreciar las pruebas suministradas por las partes.

Para nosotros, sin embargo, la aportación de esa prueba ante el Registrador llena—como dijimos en nuestro glosa a la Resolución de 30 de marzo de 1951—ese mínimo de garantías que señalamos otorga al socio, excluido el nuevo Código italiano (art. 2.287), máxime con la tendencia que hicimos resaltar—plenamente confirmada por la resolución que ahora nos ocupa—de la posibilidad de excluir a un socio por vía extrajudicial (ver págs 702 a 704 de esta Revista, año 1951).

LA ESCRITURA DE RATIFICACIÓN DE OTRA DE CESIÓN EN PAGO, QUE
FUÉ OTORGADA SIN PODER BASTANTE DE UNO DE LOS CESIONARIOS,
¿TIENE EFICACIA RETROACTIVA SUFICIENTE PARA PRIVAR DE EFECTOS

A LA ANOTACIÓN DE EMBARGO DECRETADA EN UN JUICIO EJECUTIVO SEGUIDO CONTRA EL CEDENTE QUE, EN EL INTERVALO, SE HABÍA REFLEJADO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD MEDIANTE UNA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE SUSPENSIÓN?

Resolución de 3 de marzo de 1953 («B. O.» de 7 de julio).

Si bien los hechos que motivaron la Resolución que nos ocupa están perfectamente reducidos y encuadrados en el primero de los considerandos de la misma —que acabamos de estampar como preliminar—, vamos a reproducirlos tal como figuran en el *Boletín*, dada la trascendencia e interés de la doctrina que de ellos se deriva.

Por escritura autorizada por el Notario de Madrid don Benedito Blázquez Jiménez el 16 de noviembre de 1949, don José María Pérez Arechavala, en pago de un crédito hipotecario de 1.800.000 pesetas, cedió los siete pisos hipotecados de una casa sita en Madrid a los acreedores don Juan y don Félix Serrano Serrano, quienes los adquirieron por mitad y proindiviso. Por parte de los cesionarios sólo compareció don Juan Serrano, quien manifestó ostentar la representación de su hermano don Félix, que la escritura de poder se acompañaría a la de cesión, y solicitó se hiciera constar en el Registro «la confusión de los derechos de acreedor hipotecario y dueño de los inmuebles». El 18 de dicho mes fué presentada en el Registro una primera copia de la escritura de cesión y retirada para el pago del impuesto, después de extendido el asiento de presentación. Siete días más tarde se presentó en el Registro un mandamiento de embargo de los pisos cedidos a los señores Serrano para responder de 151.000 pesetas, derivado de juicio ejecutivo seguido contra el señor Pérez Arechavala, que fué también retirado para el pago del impuesto. En plazo de vigencia de su asiento de presentación fué devuelta al Registro la escritura de cesión acompañada de la de poder, otorgado el 13 de noviembre de 1943, por don Félix Serrano, a favor de su hermano don Juan, ante el Notario de Oviedo don Rafael Azpitarte, en que faculta al apoderado para «dar dinero a préstamo por el capital, plazo, interés y demás condiciones que estime oportunas y las garantías hipotecarias o de otro orden que le pareciere conveniente exigir, conceda prórrogas, perciba capitales, intereses y otras accesorias, practique novaciones y subrogaciones, ejercite los derechos y acciones derivados de los contratos, singular-

mente en los procedimientos judiciales o notariales, para la efectividad de las hipotecas, y las modifique y, llegado el caso, las cancele total o parcialmente.» «Otorgue las escrituras, inste las actas y suscriba los documentos privados que requiera el mejor ejercicio de las anteriores facultades, con los datos descriptivos, agrupaciones, segregaciones, determinación de cargas y título y pactos de uso o especiales que estime convenientes...» El Registrador inscribió el título respecto a la mitad de las fincas cedidas a don Juan Serrano, y suspendió la inscripción en cuanto a la mitad correspondiente a don Félix Serrano, «por no resultar del poder que se acompaña... facultades suficientes para el contrato», y extendió anotación preventiva a solicitud del presentante.

Don Félix Serrano, el 30 de enero siguiente, otorgó ante el Notario de Avilés don Carlos Herrán Pozas, escritura de ratificación de la compraventa y confirmación de mandato, en la que el compareciente, «a fin de que el contrato de compraventa expresado quede perfeccionado en todos sus extremos y pueda ser inscrito sin impedimento alguno en el Registro de la Propiedad, lo ratifica en todos sus extremos, declarando que la representación que ostentó en dicho acto su hermano el mandatario don Juan Serrano Serrano está acreditada por la mencionada escritura de mandato ante el señor Azpitarte, cuyas facultades confirma y ratifica el compareciente, manifestando que las mismas se extienden para realizar la repetida adquisición, o sea la de comprar y vender las fincas que figuren hipotecadas a favor del adquirente poderdante compareciente don Félix Serrano Serrano y, estipular cualesquiera condiciones en los respectivos contratos, todo con las más amplias atribuciones y sin reserva alguna. Tal escritura de ratificación fué presentada en el Registro el día 13 de febrero de 1950.

Y en vista de ella, la calificación del Registrador respecto de los documentos presentados fué: «Denegada la conversión en inscripciones de las anotaciones preventivas a que alude la precedente nota, porque a causa de la interposición de tercero hipotecario, y contra la práctica jurídica usual, admisible por su intrascendencia mientras no se desborda la órbita jurídica de los contratantes, se hace preciso aquilatar los efectos íntegros, y muy especialmente los cronológicos, del contenido de la escritura de 30 de enero último, que ha sido presentada, mediante la que el cesionario ratifica la cesión

(aunque la denomina venta) y dice aclarar y confirmar, pero amplía el poder, y de su examen resulta :

1) Que no sólo subsiste el defecto específico que motivó tales anotaciones (defecto consistente en que no se acreditaba la existencia, en el momento de la primitiva escritura, del apoderamiento que se dijo estar concedido por el cesionario), sino que se ha transformado en insubsanable su naturaleza, puesto que la escritura aludida, en que la ratificación consta, implícitamente reconoce la inexistencia de aquel apoderamiento.

2) Que además, y aunque desde su propia fecha convalidó el contrato, en ninguno de los dos aspectos que la escritura ofrece de pretendida aclaración de un poder y de ratificación de la cesión, tiene posibilidad física, por referirse a un hecho pretérito, para producir la específica subsanación, de índole externa y formal, del aludido defecto, ni tampoco virtualidad jurídica, que la Ley no le otorga, y la doctrina y la jurisprudencia le niegan, para convalidar desde la fecha de la primitiva escritura la cesión, con el consiguiente y pleno efecto retroactivo respecto a tercero hipotecario y eficacia jurídica para destruir un *jus ad rem*, que, como antes se ha indicado, en el presente caso existe, interpuesto con anotación preventiva de suspensión de embargo contra el cedente, derivada de asiento de presentación algo posterior al de la primitiva escritura, pero muy anterior a la fecha de la ratificación. Y aunque es inscribible la cesión, con efectos hipotecarios referidos al asiento de presentación de la escritura de ratificación, no se practica tal inscripción por haber pedido el presentante bien la conversión o bien la calificación sobre ésta, calificación que ha sido reglamentariamente confirmada por el cotitular del Registro don Aurelio Esteban Ruiz.»

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura de cesión, la Dirección ratifica el excelente auto del Presidente de la Audiencia, confirmatorio de la nota del Registrador, mediante la ponderada y brillante doctrina siguiente :

Que la «ratificación» de un contrato autorizado sin poder de representación o con extralimitación del poder, prevista en los artículos 1.259 y 1.727, párrafos segundos, del Código civil, tiene, como la «confirmación» de los contratos anulables a que se refieren los artículos 1.309 y 1.310 del mismo Cuerpo legal, remotos precedentes en la «*ratihabito*» romana, y su concepto ha sido elaborado por

la doctrina y desenvuelto por la jurisprudencia a partir de la Sentencia de 7 de mayo de 1897 con notas peculiares que deslindan ambas instituciones y señalan sus características, si bien reconocen la analogía de algunos de sus efectos.

Que la «ratificación» produce, en general, efectos «ex tunc» entre las partes contratantes que antes de ella no estuvieron unidas por vínculo obligatorio y constituye por sí misma una declaración unilateral de voluntad recepticia referida al negocio jurídico que no es propiamente inexistente, sino que se halla en estado de suspensión, sometido a una «conditio iuris», y que tales efectos, si bien no hay precepto expreso que los determine, deben inferirse del contexto del artículo 1.259 del citado Código, como ha puesto de relieve la jurisprudencia, entre otras, en las Sentencias de 12 de diciembre de 1940, 7 de junio de 1944 y 16 de abril de 1952.

Que los efectos retroactivos del negocio jurídico bilateral ratificado han de entenderse sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos en el interin por terceros, como declaran la Sentencia de 25 de junio y la Resolución de 29 de octubre de 1946, reconocen gran parte de los comentaristas, se deduce también del artículo 184 del Código civil alemán y prescribe el artículo 1.399 del vigente Código italiano, acordes con la naturaleza y el juego propio de la institución.

Que la escritura de cesión, otorgada sin que a la sazón constara en documento público el poder de representación de uno de los cesionarios, según lo dispuesto en los artículos 1.280, número quinto del Código civil y tercero de la Ley Hipotecaria, no puede perjudicar, a efectos registrales, al anotante por embargo que obtuvo la protección señalada en el artículo 44 de dicha Ley, porque aquel documento careció en su origen de plena eficacia jurídica, como aparece de la primera calificación, y porque cuando la escritura de ratificación fué presentada en el Registro y se solicitó la conversión de la anotación preventiva con efectos referidos al primitivo asiento de presentación, quedó de manifiesto la falta de poder con que se otorgó la primera escritura y, en su consecuencia, había conseguido prioridad la anotación del embargo decretado en juicio ejecutivo contra el cedente.

Que conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario y constante jurisprudencia de este Centro directivo, la calificación registral

se entiende limitada a los efectos de extender, suspender o denegar la operación solicitada, pero no impide ni prejuzga los resultados de un litigio ante los Tribunales de Justicia, puesto que el recurso gubernativo no equivale a un debate judicial con intervención de los interesados y amplitud de procedimiento.

Una explanación de la doctrina de nuestro más Alto Tribunal, tan llevada y traída según sus distintos puntos de vista por ambos ilustres contendientes, Notario y Registrador, y tan magistralmente interpretada por nuestro Organismo rector, entendemos sea la mejor apostilla que podamos hacer a la Resolución precedente.

Dijo aquél, en efecto, que en la figura de la *ratificación* del artículo 1.259 del Código civil —*que es de inexistencia del contrato*, por falta del concurso del consentimiento, hasta tanto que la misma ratificación no aporta el de la persona a cuyo nombre se contrató—, la parte que contrata en su propio nombre tiene la posibilidad de separarse del convenio, revocando su consentimiento antes de que se produzca la ratificación, por lo que, hasta ese instante, al no haberse producido la concurrencia de las dos voluntades, no existe vínculo obligatorio alguno. Síguese de aquí que en la *ratificación*, sobre no existir precepto en que explícitamente se señale su *retroactividad* —aunque implícitamente deba ésta inferirse de los términos en que está concebido el artículo 1.259—, *cade que el interés de tercero, por derechos adquiridos en el interim impida tal retroacción.* (Sentencia 25 de junio de 1946.)

¿Se halla en pugna lo expuesto con la moderna doctrina de la representación voluntaria sin poder de representación o con extenuación de poder, tan brillantemente recogida por el Tribunal Supremo en Sentencia anterior de 7 de julio de 1944, al expresar «que la ratificación imprime un carácter especial al negocio, haciendo de él no un acto propiamente inexistente, sino un negocio jurídico en estado de suspensión subordinada a una *conditio juris*, de tal modo, que, en definitiva, si la ratificación se da, se considera el negocio como válido y eficaz desde el principio, a favor y en contra del representado, y, por el contrario, si la ratificación no se produce, será el negocio nulo e ineficaz para él?»

Comentando ésta Sentencia y tras de exponer las teorías sobre

la naturaleza de la relación que se constituye entre el tercer contratante y el gestor que ha contratado en nombre del *dominus* antes que éste haya ratificado, dice el docto profesor Bonet Ramón «que cuando ha sido dada la ratificación, se entiende que el contrato ratificado ha sido originariamente concluido, fundado en un mandato; y como en tales hipótesis éste habría producido todos sus efectos para el mandante desde el momento mismo de la conclusión, así debe de admitirse que sucede también en el caso de la ratificación. La ratificación, en otras palabras, retrotrae al momento de la conclusión del contrato ratificado. La falta de ratificación tiene por efecto hacer imposible la gestión representativa». (*Revista de Derecho Privado*, págs. 796 y 797, año 1944.)

Pero, claro es, todo esto debe entenderse, como dice ahora la Dirección, con las mismas palabras subrayadas de la Sentencia de 1946: *sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos en el interin por terceros* (1), máxime cuando éstos tienen la protección del artículo 44 de la Ley, y esa *conditio iuris* que lleva consigo el negocio ratificable, según la citada Sentencia de 1944, no es de aquellos derechos que se atribuyen a una persona por su cualidad de titular de un inmueble determinado, como excepción unánimemente reconocida y declarada por el artículo 37 de la Ley Hipotecaria en su número tercero. (Puede verse Resolución del 29 de octubre de 1946 y nuestra nota a la misma en pág. 107 y siguientes de esta Revista, año 1947.)

□ ♦ □

No queremos terminar sin recordar antes la alusión que al caso planteado hizo en esta Revista (diciembre de 1952) Francisco Ruiz Martínez en su notable estudio sobre «El principio de prioridad», del que nos hicimos eco en estas páginas también —375 y siguientes del año en curso de 1953— por lo que respecta, particularmente, a sus afirmaciones «de que los efectos de la prioridad de un documento anteriormente presentado, otorgado por persona no legitimada registralmente, quedan sin vigencia», expresando —por nuestra

(1) Ver artículos 1.398 y 1.399 del vigente Código italiano —16 de marzo 1942—: «representación sin poder o con extralimitación de facultades y ratificación».

También puede consultarse el trabajo de Martín-Retortillo: «Responsabilidad del mandatario por no ajustarse a las instrucciones del mandante», en *Revista de Derecho Privado*, septiembre 1953.

cuenta— que de las palabras que transcribíamos de la Resolución comentada parecía deducirse lo contrario (pág. 377).

Contra esta teoría —razonada y original— de Ruiz Martínez, rompe lanzas otro culto compañero —Manuel Villares, julio-agosto de 1953, *Revista Crítica*, pág. 504 y siguientes—, para el cual y de acuerdo con su tradicional postura sobre los modos de adquirir en nuestro derecho, «la eficacia de la prioridad no se apoya en la inscripción del transferente, sino en la inscripción del adquirente, como modo de adquirir» (pág. 513).

Sin ánimo de polémica e interpretación alguna, hemos de recordar tan sólo las prudentes palabras de Ruiz Martínez de que este principio de prioridad es arma de dos filos y debe de ser manejado con singular cuidado, incluso para no provocar cierres indefinidos y arbitrarios del Registro. Ejemplo de ello lo tenemos en la Resolución que comentamos, en la que, con loable cautela, soslaya nuestro Ilustre Centro toda fricción al respecto.

GINÉS CÁNOVAS

Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL

SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1933.—*En «no uso» del local arrendado*

Para que los contratos de arrendamientos urbanos sean exclusivos de la Ley especial que los regula y queden sometidos a las disposiciones civiles y procesales comunes, es necesario, según el artículo 2.º de dicha Ley, que se refieran a fincas situadas en lugares en que el arrendatario no tenga su residencia habitual, y se limiten a la temporada de verano o cualquier otra y éstos términos literalmente interpretados no consienten que se declare que basta para que se dé la hipótesis legal en ellos contenida que el arrendatario no tenga su residencia habitual en el lugar donde radica la finca, sino que conjuntamente con esta circunstancia ha de concurrir la de que el contrato se haya celebrado limitando su duración a la temporada de verano o a otra cualquiera y como en el caso debatido se da la primera de las circunstancias señaladas y no concurre la segunda, hay que concluir que conforme a la interpretación literal del mencionado artículo el contrato de arrendamiento que se discute no está excluido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y está regido por las disposiciones de la misma.

Que los principios fundamentales de nuestro Derecho respecto a la propiedad y a la libertad de contratación consagrados por el Código civil en sus artículos 348 y 1.255, han sufrido limitaciones esenciales por la legislación especial de arrendamientos urbanos ante la necesidad social de mantener al inquilino en el goce y uso de su vivienda como elemento necesario para su vida, pero si tal necesidad justifica que se limiten las facultades del propietario que constituyen la esencia del derecho de propiedad, tal limitación no se halla del mismo modo justificada cuando lo que se trata de proteger no es la morada, vivienda o habitación donde un individuo o una familia tienen habitualmente su asiento, sino aquellas otras residencias ocupadas por el inquilino por razones de comodidad o conveniencia, o, como dice el preámbulo de la Ley de Arrendamientos Urbanos, aquellos contratos de arrendamiento celebrados para finalidades distintas y complejas en las

que no hay razón para cohibir la libre voluntad de las partes en su otorgamiento, pero no obstante lo lógico de tal razonamiento, es lo cierto que el legislador no ha querido deducir del principio fundamental en que la legislación de arrendamientos urbanos se inspira, todas sus consecuencias, y por eso, ni en las varias disposiciones que precedieron a la Ley de Arrendamientos Urbanos ni en esta Ley, se hacen declaraciones que serían la consecuencia natural de tal principio, a saber: que los locales arrendados que no constituyeran la morada o vivienda habitual de un inquilino y fueran dedicados por él a otra finalidad, quedarán excluidos de la legislación especial y sometidos a la común, porque tal declaración hubiera afectado a numerosas situaciones arrendaticias establecidas y mantenidas muchas de ellas durante largo tiempo, produciendo desahucios numerosos con la perturbación consiguiente y no solamente no se ha hecho nunca tal declaración de una manera expresa, sino que hay preceptos en la Ley de Arrendamientos Urbanos, como son el artículo 79 y su disposición transitoria número 23, que prevén la existencia de viviendas arrendadas no ocupadas por el arrendatario y habitualmente deshabitadas, las que dicha Ley no excluye de su ámbito, antes al contrario, resuelve las situaciones producidas por la existencia de tales viviendas con arreglo a las disposiciones de la misma, y por todas estas consideraciones no cabe admitir que sea errónea la interpretación dada por la Sala sentenciadora al artículo 2.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1953.—*Ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos.*

Conforme a lo estatuido en la Ley de Arrendamientos Urbanos, se hallan en ella regulados el de viviendas o inquilinato y el de locales de negocio, refiriéndose esta última denominación a los contratos de arriendo que recaigan sobre aquellas otras edificaciones habitables cuyo destino primordial no sea la vivienda, sino el de ejercerse en ellas, con establecimiento abierto, una actividad de industria, de comercio o de enseñanza, con fin lucrativo.

Conforme a esta doctrina, la nota esencial de dichos arrendamientos no es la configuración de los edificios o locales arrendados, sino el destino convenido; de modo tal, que si un piso apto para vivienda se arrienda para ejercer en él cualquiera de las actividades expresadas y se cumplen las condiciones prevenidas en dicha norma, esto es, con establecimiento abierto al público y fines lucrativos, el arriendo deberá calificarse como de local de negocio, y revestirá asimismo tal carácter, el de otro local destinado al mismo fin, y con iguales condiciones, siquiera no sea apto por su estructura, para morada del arrendatario, por lo mismo que el destino principal para que éste lo arrendó fué el de establecerse en él, cualquiera de las actividades referidas.

Esto supuesto, la Sala sentenciadora ha incidido en las infracciones que se alegan en el recurso, al estimar que el contrato litigioso está excluido del ámbito de la legislación especial y debe ser regulado por las leyes comu-

nes, por no tratarse de un local de negocio, puesto que, aun desconociendo la Sentencia recurrida, que el local objeto de desahucio es una nave de ladrillo, cubierta con techo de uralita y destinada desde hace varios años a la fabricación de muebles, entiende que no es edificación habitable —siquiera sea adecuada al fin industrial para que se arrendó—, por la sola consideración de no ser apta para morada del arrendatario, tesis ésta que de prosperar dejaría fuera del ámbito de la Ley especial la casi totalidad de los arrendamientos de esta clase, desvirtuando así la voluntad del legislador, que expresamente incluye en aquélla y protege hasta las edificaciones provisionales, como barracones, casetas y chozas.

SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 1953.—*Legitimación de coherederos.*

Los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos los derechos y obligaciones, conforme el artículo 661 del Código civil y este patrimonio constituye una especie de comunidad de bienes mientras permanece indiviso, la cual cesa al efectuarse la partición que confiere a los herederos la propiedad exclusiva de los bienes que se les hayan adjudicado (art. 1.068 del Código civil) y si no ofrece duda que la herencia de doña M. A. está indivisa; que el actor es uno de sus herederos y que la finca que se pretende retraer linda con la que se expresa de la herencia, forzoso es llegar a la conclusión de que la comunidad de bienes y la herencia proindivisa se rigen en materia de retracto por reglas análogas, según reconoce la Sentencia de este Tribunal de 16 de noviembre de 1930, al expresar que no era incompatible la invocación de ambos derechos (el de coherederos y el de comuneros) por no haber diferencia sustancial entre ellos.

Los artículos 394 y 397 del Código civil, relativos a la comunidad de bienes, facultan a cada parte servirse de las cosas comunes siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad ni impida a los coparticipes utilizarlas según su derecho, y le prohíbe, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común. aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos; e interpretando estos preceptos la Sala de 6 de abril de 1895, 5 de junio de 1918 y 17 de junio de 1927, admiten que cualquier condómino puede promover acción reivindicatoria en beneficio de todos y, en general, reconoce la jurisprudencia que éste puede comparecer en juicio en asuntos que afectan a los derechos de la comunidad, ya para ejercitarlos, ya para defenderlos, y la Sentencia dictada en su favor aprovechará a sus compañeros, sin que le perjudique la contraria.

SENTENCIA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1953.—*Fuerza mayor.*

En interpretación y aplicación del artículo 1.105 del Código civil, esta Sala ha declarado, en Sentencia de 16 de mayo de 1941, entre otras, que

la fuerza mayor en materia de obligaciones por ella afectadas, opera unas veces en forma definitiva, extruguiendo la prestación del deudor, y otras veces actúa en forma transitoria, retardando el cumplimiento de la obligación, la cual generalmente revive al cesar los efectos de la fuerza mayor, salvo que el contrato haya perdido su valor por haberse estipulado un término fijo de cumplimiento inexcusable, transcurrido el cual ya no es posible conseguir la finalidad perseguida por las partes, y en correcta aplicación de esta doctrina, la Sala sentenciadora, ante el hecho probado en la instancia y no discutido en casación, de que por virtud de restricciones eléctricas el demandado sólo pudo fabricar durante el plazo comprendido y convenido el 30 por 100 de cajas de madera que se había obligado a suministrar al demandante, estimo que la fuerza mayor derivada de las restricciones eléctricas actuaba en forma suspensiva, eximiendo al demandado de la obligación de entregar las cajas-envases en cuanto excediesen del 30 por 100 de la cantidad convenida mientras se mantuvieran las restricciones, reviviendo el cumplimiento de la entrega de las cajas restantes una vez cesadas aquéllas y como es también hecho indiscutido que mientras estuviesen en vigor el demandado dejó totalmente incumplida su obligación, y después sólo entregó una parte de los envases convenidos, estimó el juzgador de instancia que debía efectuar la entrega de la parte restante

LA REDACCIÓN

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 15 de enero de 1952.

EL MATRIMONIO CONTRAÍDO EN TARRAGONA SIN CELEBRAR CAPITULACIONES MATRIMONIALES, SE RIGE POR EL SISTEMA DE SEPARACIÓN DE BIENES

Antecedentes: El causante, vecino de Tarragona, falleció bajo testamento, en el que legó el usufructo vitalicio de sus bienes a su esposa e instituyó universal heredero a un hijo de ambos.

La Abogacía del Estado giró las correspondientes liquidaciones, dando por inexistente la sociedad de gananciales, las cuales fueron objeto de recurso con fundamento en que en el campo de Tarragona existe como régimen legal del matrimonio, sin necesidad de pacto, el de asociación de compras y mejoras, cuya opinión es mantenida por varios jurisconsultos y está recogida en distintas Sentencias de la Audiencia de Cataluña y refrendadas por la costumbre, fuente de derecho en el ordenamiento jurídico positivo catalán.

En el escrito de alegaciones se reforzó la argumentación diciendo que el pacto, para que exista la asociación de compras y mejoras, sólo es necesario cuando a ella concurren otras personas además de los esposos.

El Abogado del Estado liquidador informó diciendo que no puede dejarse a merced de los contrayentes el que en las transmisiones hereditarias se liquiden o no los Derechos reales según sus particulares conveniencias, y que es criterio de la Dirección General de

lo Contencioso el de entender establecida la asociación de compras y mejoras únicamente en el caso de pacto expreso, como más conforme con la libertad de contratación; de manera que al no existir aquél, el matrimonio ha de regirse por el sistema de separación de bienes.

El Tribunal Provincial, con apoyo en la opinión del tratadista Durán y Bas, que dice que no hay unanimidad en los juriconsultos, si bien la mayoría de ellos sostiene la necesidad del pacto como más conforme con la libertad de contratación, desestimó el recurso y confirmó las liquidaciones.

El Central mantiene el acuerdo del inferior, y se apoya en que la generalidad de los autores, de los que cita tres, afirma la necesidad de que la asociación tenga que ser pactada, y por ello el silencio de los contrayentes no puede dar motivo a la posterior interpretación, por su parte, de la forma que mejor sirva a sus intereses y más perjudique al Fisco. «Tal situación de incertidumbre, añade, no es admisible que pueda producirse, y a ello se refiere el jurista señor Alonso Martínez, citado por Manresa, cuando dice que el conflicto entre el derecho común y la legislación particular de una gran parte de Cataluña se resuelve por el criterio de libertad en el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales... que opte el catalán por el sistema que quiera, en la seguridad de que el Gobierno y los Tribunales han de respetar su voluntad, pero si no quiere utilizar este derecho de opción e invitado a hablar, calle, es menester que sepa a qué régimen han de estar sometidos los bienes de la nueva familia que se crea, pues no han de quedar en lo incierto sus obligaciones y derechos».

Por último, continúa el Tribunal, tal criterio mayoritario de la doctrina es el que se desprende de la Dirección de los Registros en Resolución de 30 de junio de 1892 y del Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de febrero de 1915, al decir que «se puede afirmar que el matrimonio que se contraiga en Tarragona sin celebrar capitulaciones matrimoniales se rige por el sistema de separación de bienes».

Por nuestra parte y dada la claridad de los antecedentes expuestos, nada hemos de añadir al caso.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 29 de enero de 1952.

Reitera la consabida doctrina de que los contratos verbales cuya cuantía exceda de 1.500 pesetas no están exentos, pero hay en esta Resolución una particularidad que merece ser destacada, y es la siguiente:

Se trataba de un importante suministro hecho a un Departamento ministerial por la Central de Fabricantes de Papel, siendo encomendado el servicio por su carácter de urgencia «verbalmente, sin sujeción a precio y sin concurso ni previo presupuesto para su realización».

La factura estaba adicionada con varios conceptos, y entre ellos el recargo de 0,10 pesetas por kilogramo y el importe del Impuesto de Usos y Consumos, ascendente al 12 por 100, y la Abogacía del Estado tomó como base de la liquidación el importe del papel suministrado adicionado con esos otros conceptos.

Fué entablado recurso, y en él se alegó la exención del contrato, por ser puramente verbal, y además la improcedencia de adicionar a la base o cuantía propiamente dicha del contrato dichos dos conceptos.

De los razonamientos respecto al primer extremo, tanto de la entidad recurrente como del Tribunal, prescindimos porque no son sino repetición de los que reiteradamente aparecen en múltiples Resoluciones de aquél acotadas en esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO e interpretativas del alcance que ha de darse al número 5.º del artículo 6.º sobre la exención de los contratos verbales.

En cuanto a las dos figuras contributivas, la recurrente alegó, en cuanto al 12 por 100 referente al impuesto de Usos y Consumos, que éste es de cargo del comprador de la mercancía, en este caso el Estado, y que el fabricante vendedor opera como recaudador de esas cantidades, con la obligación de ingresarlas en el Tesoro, para lo cual figuran separadamente en factura; y en cuanto al recargo de diez céntimos en kilogramo para la compensación del precio del papel editorial, tampoco es una retribución de los bienes vendidos, sino un canon o recargo que recaudan las fábricas papeleras para ingresarlo en una Caja de Compensación a fines determinados. Sobre ello dice la Resolución que «si bien el fabricante o productor, en la venta de papel cartón o cartulina, carga a su factura el importe del 12 por

100 por contribución de Usos y Consumos, por repercusión al Estado comprador, viene en cambio obligado a ingresar en el Tesoro esa misma cantidad, por lo cual no puede ésta ser estimada como mayor precio de venta, y debe por ello rebajarse de la base de liquidación»; y en cuanto al aludido recargo de 0,10 pesetas kilogramo, añade que «por no formar parte dicha partida del precio que recibe la entidad reclamante por el papel vendido, debe ser excluida de la base liquidable».

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 29 de enero de 1952.

LA VENTA DE SEIS SÉPTIMAS PORCIONES INDIVISAS DE UN BUQUE A DISTINTOS COMPRADORES, DE TAL MANERA QUE LA PROPIEDAD DEL MISMO QUEDA VINCULADA A SIETE PARTÍCIPES, PRODUCE EL ACTO DE LIQUIDACIÓN DE COMPRAVENTA DE MUEBLES Y EL DE CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD.

Antecedentes: El propietario de un buque vendió seis séptimas partes del mismo a otros tantos compradores por el precio de 100.000 pesetas cada una, o sea por el total de 600.000 pesetas, siendo de notar que el barco estaba gravado con una hipoteca de 511.080 pesetas, según expresa la escritura de venta, sin que en ella aparezca si esa suma está en todo o en parte al descubierto.

La Oficina Liquidadora giró la liquidación por el concepto de muebles y otra por el concepto sociedades, la primera sobre la base de las 600.000 pesetas, adicionada con la parte de hipoteca correspondiente a las seis séptimas partes transmitidas, y la segunda sobre el total valor del barco, más las 511.080 pesetas garantizadas con la hipoteca.

Ambas liquidaciones fueron recurridas, la de muebles por la razón de ser impropia practicarla simultáneamente con la girada por el concepto sociedades, y ésta por estimar excesiva la base tomada al sumar al precio convenido la totalidad de la deuda hipotecaria, desde el momento en que ésta se hallaba satisfecha en parte al realizar la venta, pidiendo en definitiva la anulación de la primera y la reducción de la base en la segunda.

Al mismo tiempo se pidió el recibimiento a prueba, el cual fué concedido, resultando de su práctica que, efectivamente, el capital garantizado con la hipoteca había quedado reducido a 388.740,74 pesetas.

El Tribunal Provincial estimó compatibles las dos liquidaciones impugnadas, y en cuanto a la pretendida rebaja de parte de la deuda garantizada con la hipoteca, dijo que no era procedente la reducción, porque la hipoteca, según la Ley de Hipoteca Naval, subsiste íntegramente hasta el completo pago de la deuda que asegure.

Ante el Tribunal Central se insistió en que el acto liquidable era solamente el específico de sociedad, derivado de la copropiedad del buque al ser adquirido por varias personas, y en que existía error en la base de liquidación, nacida de incluir en ella la parte de deuda ya cancelada.

El Tribunal dice que si bien el artículo 43 del Reglamento dice que a una sola convención no puede exigirse más pago que el de un solo derecho, también dice que cuando en un mismo documento o contrato se comprenden varias convenciones sujetas separadamente al Impuesto, se exigirá el derecho señalado a cada una de ellas, salvo los casos en que el mismo Reglamento determine otra cosa; y esto supuesto, en el caso, sigue diciendo, nacen los dos actos, porque «la compraventa de las seis séptimas partes del buque es por sí sola una convención perfecta que origina el primer acto liquidable; y como consecuencia de la particularidad que la venta ofrece, o sea que lo vendido son seis séptimas partes indivisas del vapor a varias personas, queda éste como propiedad común de todos por séptimas partes, naciendo así de la voluntad de los interesados y de la presunción legal del Código de Comercio en su artículo 589, que da a esta situación jurídica de comunidad de un barco el alcance de un acto constitutivo de sociedad, esto es, una Compañía mercantil sujeta al Impuesto por el artículo 19, apartado 27, del Reglamento»; o sea, en definitiva, que se engendran el acto de la transmisión de dominio a los compradores y el de aportación por éstos a la sociedad así constituida de las aludidas participaciones.

En cuanto al otro extremo de la reclamación, el Tribunal dice que desconociendo la Oficina Liquidadora, al adicionar al valor declarado la totalidad de la hipoteca, que ésta había sido satisfecha en parte, liquidó acertadamente; pero acreditada en el expediente la porción satisfecha, debe ser rebajada la base en la misma cuantía

por aplicación del artículo 100 del mencionado Reglamento, al disponer que en las transmisiones onerosas se adicionará al precio el importe de las hipotecas en la parte en que hayan de quedar subsistentes, a menos que los contratantes estipulen expresamente la deducción de las cargas, o que el adquirente se reserve parte del precio para satisfacerlas.

Comentarios: No se puede negar la dureza reglamentaria que resulta de la aplicación del artículo 43 del Reglamento, conjugado en este caso con el artículo 589 del Código de Comercio, que terminantemente establece que «si dos o más personas fueren partícipes en la propiedad de un buque mercante, se presumirá constituida una Compañía por los copropietarios»; pero no obstante esa dureza, no se puede negar tampoco en buenos principios jurídicos y de acuerdo con el derecho positivo, que en el documento que se analiza existen claramente los dos actos de compraventa y de constitución de una comunidad en la propiedad del buque, siquiera el segundo surja a la vida del derecho como consecuencia del primero. Y siendo ello así, la aplicación del artículo 43 del Reglamento es inexcusable, sin que exista posibilidad reglamentaria, como se pretendió en el recurso, de que el acto de compraventa quede involucrado y como absorbido por el de sociedad, sobre todo si se tiene en cuenta que éste, aunque es pura consecuencia del primero, tiene plena sustantividad con arreglo al Código de Comercio.

El tema, por otra parte, podría acaso ser objeto de discusión en el terreno académico y constituyente; pero dentro del actual Reglamento no, ya que en él es donde el legislador ha incluido tales actos de copropiedad de un buque como liquidables por el concepto de «sociedades» por primera vez. Los anteriores textos legales nada decían, y por eso la cuestión era muy discutible, como lo fue en esta misma REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO, habiéndose sostenido ella que dicha comunidad engendraba un acto liquidable por el concepto aludido.

El otro punto, o sea el referente a la hipoteca y a su deducción o no deducción, la cosa es más sencilla y mucho menos discutible. Desde el momento en que la hipoteca estaba en parte subsistente, es claro que, en cuanto a esa parte, sigue el barco respondiendo de ella, y también, como es natural, los adquirentes de él; y por consiguiente si ahora entregan al vendedor como precio las 600.000 pe-

setas y el día que cancelen tienen que entregar la cantidad de la parte de hipoteca subsistente al comprar, es incuestionable que las partes del buque adquiridas tenían un valor equivalente a la suma de ambas cantidades.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 12 de febrero de 1952.

LA ESCRITURA POR MEDIO DE LA QUE SE MODIFICA UNA SOCIEDAD QUE SE TITULA LIMITADA, SUPRIENDO LAS ACCIONES REPRESENTATIVAS DEL CAPITAL SOCIAL Y FIJANDO LA PARTICIPACIÓN DE CADA SOCIO EN UN TANTO POR CIENTO DEL CAPITAL SOCIAL, ENCIERRA EL ACTO LIQUIDABLE DE TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDAD.

Antecedentes: En escritura pública, autorizada en 1926, se constituyó por tres socios una Sociedad de responsabilidad limitada, por tiempo indefinido, que se denominó P. V. G. con el objeto que la escritura expresa, y con un capital, entre otras condiciones, detalles y circunstancias que no son del caso, a los efectos de esta reseña, de 600.000 pesetas, representado por 1.200 acciones de 500 pesetas completamente liberadas, con la particularidad de ser nominativas y transferibles, si bien con derecho de tanteo por los demás accionistas. Años después, en 1947, se otorgó otra escritura, aumentando en el capital social en otras 600 000 pesetas, representado también por 1.200 acciones totalmente liberadas, y acordando que «por entender más conforme a las leyes, a la jurisprudencia y a la doctrina legal que el capital de las Compañías de responsabilidad limitada no se halle representado por acciones», convocar junta general extraordinaria, celebrada la cual se tomó el acuerdo de suprimir las acciones, fijando en un tanto por ciento del capital y en pesetas el haber de cada socio. En definitiva, se suprimieron aquéllas, se dejaron sin efecto los artículos de los estatutos que hacían referencia a las mismas y el concepto de accionista fué sustituido por el de socio.

Tal escritura fué liquidada por el concepto transformación de sociedad número 58 de la Tarifa, al 1 por 100 sobre el haber líquido.

La liquidación fué recurrida argumentando que la supresión de acciones de una Sociedad de responsabilidad limitada no supone modificación o transformación alguna de la Entidad que la realiza, que examinados los casos que el Reglamento admite sobre transformación de sociedad, se observa que no son aplicables al caso, puesto que no ha habido cambio de naturaleza, ni ha cambiado su objeto, ni de forma, ya que en todo momento ha sido y es de las llamadas de responsabilidad limitada, y que los caracteres distintivos de las Sociedades limitadas son la limitación de la responsabilidad de los socios a sus aportaciones, restricción en el derecho de transferir las participaciones y carácter personal de las mismas.

El Tribunal Provincial desestimó la reclamación por entender que la supresión de las acciones en una Sociedad equivale a modificar una de sus condiciones esenciales, o sea a una novación de contrato con arreglo al artículo 1.203 del Código civil, que entraña el concepto transformación, previsto en el artículo 19, apartado 14 del Reglamento; que la afinidad entre la limitada y la anónima consiste únicamente en la limitación de la responsabilidad de sus socios, vinculándose por lo demás a la colectiva; que en las anónimas la mera transmisión del título representativo opera por sí mismo la de la participación social, mientras que en las Sociedades limitadas, como en las colectivas, se exige otros modos de transmisión, y que la reclamante aparece constituida con normas afines a las de las anónimas, sin que en la transmisión de acciones tuviese otra restricción que la de un derecho de tanteo a favor de los socios, frecuentemente consignado en las anónimas.

El Central confirma el acuerdo del inferior, abunda en consideraciones análogas con diversas citas jurisprudenciales y dice que la característica sobresaliente de las anónimas es la división del capital en acciones, el ser éstas como el título que legitima la condición de socio y el ser transmisibles y negociables sin previo consentimiento de la Sociedad o de los demás socios, a diferencia de aquellas otras Sociedades en las cuales el capital está dividido en participaciones no incorporadas o representadas por un título negociable, con el aditamento de que la cualidad de socio, precisamente a causa del carácter personalista de ellas, no es libremente transmisible mediante el título sin el acuerdo de la mayoría de los socios, y no es negociable en Bolsa sino en documento judicial o notarial.

Comentarios: La cuestión que esta Resolución plantea se reduce en puridad a determinar en el caso concreto si la Sociedad debía ser clasificada entre las anónimas o entre las de responsabilidad limitada, tarea no fácil ciertamente, dada la carencia de ordenamiento jurídico positivo en la materia, en la fecha en que la Resolución se dictó. Hoy, después de publicada la Ley de 17 de julio de 1953, reguladora del régimen jurídico de las Sociedades de responsabilidad limitada, la solución de la cuestión se hubiera facilitado en gran manera, o al menos se hubieran tenido unos elementos de juicio de los que entonces se carecía.

De todos modos y situando el problema en su momento, o sea antes de la vigencia de la aludida Ley, creemos, con todos los respetos que el Tribunal Central nos merece, que no es tarea fácil encuadrar el caso en el apartado 14 del artículo 19 del Reglamento del Impuesto y calificar el acto como de «transformación» de Sociedad, estimando que en la nueva escritura se ha operado un cambio de naturaleza o de forma, convirtiendo en limitada la que primitivamente era de forma o naturaleza anónima. Y la razón fundamental de esta duda nuestra está en esa dificultad, existente antes de la publicación de la nueva Ley, de señalar con precisión los linderos entre una y otra clase de Sociedades. La Resolución recurrida hace hincapié en la división del capital en acciones establecida en la primitiva escritura de constitución, y estima que ésta es nota característica suficiente, unida a la libre transmisibilidad de las mismas, para cualificar de anónima a una Sociedad, característica, dice, que no se da en las limitadas.

De todos modos, el argumento no parece del todo convincente, por cuanto no existía, en realidad, en la fecha en que se dictó la Resolución ninguna norma legal o siquiera uniformemente admitida para diferenciar una y otra clase de Sociedades, como lo reconoce, por ejemplo, la Resolución de la Dirección de Registros de 3 de junio de 1948, diciendo que «la carencia en nuestro Derecho de una regulación específica de las Sociedades de responsabilidad limitada, así como el hecho de su reconocimiento como Compañías de tipo intermedio entre las personalistas y las de capitales ha permitido que la práctica notarial recoja principios propios de ambas clases de Sociedades, para configurar aquéllas, con mayor o menor predominio de una u otra tendencia, pero sin adscribirlas a ninguno de los dos grupos, según reiteradamente ha declarado este Centro directivo».

Por consiguiente, si la realidad es que hay carencia de esas normas diferenciales y que la práctica notarial baraja principios de una y otra clase de sociedades, no será concluyente el tomar alguno de ellos como norma de clasificación y fundamento de un concepto tributario como el de transformación en este caso.

LA REDACCIÓN

FE DE ERRATAS

En el pasado número de esta Revista, correspondiente al mes de septiembre, y en esta Sección de la *Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales*, aparecen dos erratas que, aunque el buen juicio de los lectores las habrá salvado, queremos subsanar: Las dos últimas Resoluciones reseñadas se dice que son de 27 de noviembre y 4 de diciembre de 1953, siendo así que corresponden a esos mismos meses de 1951, o sea del mismo año que la reseñada en primer lugar en esa misma Sección.

V A R I A

DERECHO CIVIL. PARTE GENERAL, por *Luwig Enneccerus*.—Traducción de la 39.^a edición alemana, con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas, por *Blas Pérez González* y *José Alguer*, Catedráticos de Derecho civil.—Volumen primero: Introducción. Derecho objetivo. Derechos subjetivos. Sujeto del Derecho. Objeto del Derecho.—Segunda edición al cuidado de *José Puig Brutau*, Abogado del Ilustre Colegio de Barcelona.—Bosch, Casa Editorial Barcelona, 1953.

Desde 1934 a 1953 han pasado muchas cosas: una, la más principal, diecinueve años; otra, limitada por razones de lugar y de campo de acción, el prestigio del Enneccerus y de las notas de sus traductores. Las citas que se han hecho de esta obra en trabajos jurídicos equivaldría a contar las haches que tiene el *Quijote*. Por estar agotada, nace la segunda edición al cuidado de un experto y ya muy conocido jurista: Puig Brutau. El trabajo realizado por éste, aparte de la minuciosa revisión del texto original con el antiguo para evitar erratas y errores, se limita a poner al día en las notas la legislación vigente actualmente en España, que ha sufrido hondas modificaciones desde 1936, tanto en la correspondiente al Derecho público como en la relativa al Derecho privado (organización del Estado, Fuero de los Españoles, Leyes de ausencia, Sociedades anónimas, etc.). Asimismo ha incluido la jurisprudencia de mayor importancia, como la relativa al concepto de la Empresa, y al pasar las páginas se tiene la impresión de que se han reprimido casi irresistibles descos de ampliación o de comentarios donde no existían notas. Ha hecho bien, a nuestro juicio, en respetar íntegramente la sustancia, fondo y forma de la primera edición.

Cuanto dije al dar cuenta de la impresión y publicación de otros tomos de esta obra monumental (véanse las páginas 477 del núme-

ro 277 de junio de 1951, y 392 del número 288 de mayo de 1952, de esta Revista), habría que repetirlo ahora. Pero como los libros buenos, inmejorables y conocidos se alaban por sí solos, hay que limitarse a ser pregonero de la aparición de este nuevo volumen.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS EN ESPAÑA (Compilación de disposiciones vigentes y jurisprudencia.), por *Antonio Maseda Bouso*, Abogado del Ilustre Colegio de Madrid, Registrador de la Propiedad y Mercantil.—Instituto Editorial Reus. Madrid, 1953.

La propaganda gráfica, en el más puro estilo que damos en llamar norteamericano, sería muy fácil para los dos volúmenes que componen la obra. Un despacho con estanterías repletas de libros, mesa central, sillones, sillas y un señor bastante despeinado con un libro abierto en cada mano, apoyado sobre otros libros que cubren la superficie de la mesa, apilados y desordenados, de los muchos esparcidos por doquier en el mobiliario e incluso en el suelo, mientras las estanterías, con huellas de zarpazos nerviosos muestran huecos semejantes a una dentadura en vías de ser sustituida por la postiza; volúmenes caídos o mal colocados por la extracción violenta de los anteriormente bien alineados y demás signos reveladores de una busca frenética, urgente, de imprescindible exactitud. Al fondo, una puerta abierta, donde aparece una figura de mujer con cara de asombro, que con estupefacción exclama: «¡Jesús, María!, ¿qué haces?»

Apresurémonos a añadir que no se trata de la fotografía de una casa de locos, sino de algo mucho más corriente y muy vulgar: de un profesional que ha sido consultado acerca de la vigencia de ciertas normas aplicables a una Sociedad anónima que trata de constituir un cliente y que para cerciorarse de cuáles son los textos legales de última hora, sencillamente busca aquellos que no han sido derogados entre el cúmulo de leyes, decretos, órdenes, reglamentos y circulares dictados, muchas veces en aluvión, sin gran fundamento y sólo por razones políticas, fiscales o sociales.

Al pie del recuadro habría que figurar la siguiente frase, con fines publicitarios: «Esta escena puede evitarse comprando la obra...»

En el Preliminar del volumen primero, el autor, que conoce y

vive el problema desde un puesto de caza y sabe de los sudores, de las víctimas equivocaciones de buena y mala fe y conflictos entre los deseos particulares y los obstáculos oficiales, justifica en buen castellano el objeto de su trabajo, después de explicar los motivos que dieron lugar a la promulgación de la Ley de 17 de julio de 1951.

El objeto es llenar un vacío y compilar literalmente, en la parte indispensable, los textos legales en vigor, total o parcialmente. Para ello, sistematiza las disposiciones en siete grupos: El primero comprende la Ley de 17 de julio de 1951 y las disposiciones posteriores, aclaratorias, complementarias o modificativas de la misma. El segundo, la legislación común aplicable. El tercero, las incompatibilidades. El cuarto, las disposiciones vigentes en virtud de la excepción del artículo 3.º de la Ley citada. El quinto, la legislación especial de Hacienda. El sexto, las disposiciones no comprendidas en cualquiera de los grupos anteriores; y el séptimo, la jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado posterior a la Ley.

Por último, se añaden: Las disposiciones publicadas durante la impresión de los Índices, sistemático y cronológico, y un Repertorio alfabético.

La omisión de comentarios ha sido deliberada, porque sólo se pretende «que cuantos utilicen nuestra obra encuentren en ella un instrumento de trabajo y un auxiliar que les evite la ímproba labor de buscar varios centenares de disposiciones que por fuerza se hallan dispersas; de manejar a la vez decenas de volúmenes para un solo proyecto de modificación o adaptación o dictamen, y les proporcione textos legales, que en algunos casos no es fácil encontrar...»

El volumen primero comprende totalmente tres de los cuatro grupos antes indicados y parte del cuarto, además del Índice sistemático del volumen. El segundo se integra por los demás, el Apéndice, los Índices y el Repertorio.

· Cuando en el preámbulo del Decreto de 14 de diciembre de 1951 se confiesa que la discriminación de las disposiciones que declara vigentes sólo autoriza para calificarla de suficiente, pero no de «exhaustiva y cerrada», se reconoce a la vez la necesidad de una obra como la presente, que complete lo que fué omitido y que ofrezca al consultante en dos volúmenes de fácil manejo el rápido examen de la legislación aplicable.

En suma, un acierto de un profesional de indudable competencia,

que además me dedica la obra con frases inmerecidas, sólo explicables por el afecto de largos años de convivencia en quehaceres análogos, y que de ningún modo influyen en que concluya afirmando que para evitar escenas posibles de ser reproducidas gráficamente, debe comprarse inmediatamente la obra comentada.

TRATADO DE LA LEGISLACIÓN BANCARIA ESPAÑOLA (Legislación y jurisprudencia comercial, civil y fiscal y comentarios), por R. Gay de Montellá, Abogado del Ilustre Colegio de Barcelona.—Tercera edición, corregida y aumentada, en dos tomos. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1953.

Aun cuando es muy conocida y divulgada esta obra por las dos ediciones antecedentes, nunca está de más referirse a su contenido, que es un magnífico exponente y un valioso resumen de las instituciones bancarias y de su funcionamiento, fines, servicios y regulación.

Del concepto, carácter y clasificación de la Banca, se pasa a la síntesis histórica de la institución en la antigüedad, Edad Media y Edad Moderna, para desembocar en el estudio de la organización bancaria de los principales países europeos y americanos y en el ámbito internacional.

Luego se nos muestra el régimen español de la Banca privilegiada (Banco de España, Hipotecario, de Crédito Industrial, Exterior de España y de Crédito Local), se fijan los caracteres y requisitos legales para el ejercicio del comercio de la Banca privada y se entra en la exposición de las teorías acerca de la moneda y del cambio, para terminar en el volumen I con la política monetaria de España en todas sus manifestaciones.

En el tomo II se trata de operaciones concretas: cuenta y depósitos bancarios, contrato de cuenta corriente, operaciones bancarias a base de efectos de comercio (letra de cambio, libranzas, vales, pagarés a la orden, cheques y cartas de crédito), operaciones de crédito bancario, contrato de crédito documentario, garantías de los contratos de apertura de crédito, contrato de caja de seguridad, del descuento no cambiario, operaciones sobre títulos y de depósito regular.

El solo nombre de Gay de Montellá en materia mercantil es garantía de experiencia, competencia y dominio sobre los problemas y cuestiones en que fija su atención. Su obra es un *Tratado*, en el que se reúnen la teoría, la práctica, la legislación y la jurisprudencia, en comentarios breves y claros. El entrecruzamiento de la legislación civil, comercial, fiscal y administrativa produce fenómenos asombrosos: algunos contradictorios, otros de simple defensa, que dan fisonomía distinta a contratos bien definidos (eterna pugna entre el Derecho privado y la intervención estatal, bien por motivos fiscales, bien por motivos de coyunturas económicas o de políticas directrices) y que ocasionan una deformación en las características más acusadas y mejor comprendidas. Por otra parte, la complejidad de la vida comercial moderna contribuye a nuevos usos y a introducir en viejos contratos, que se han ido perfilando poco a poco, modalidades especiales, que a veces les hacen desdoblarse o que les desvirtúan en sus peculiares efectos. Todo ello aparece en la obra que comentamos ligeramente, para conocimiento de los no iniciados, o sea la mayoría de los clientes, que si es cierto que conocen la mecánica de las operaciones, ignoran muchas veces sus consecuencias jurídicas. Por último, las ventajas de las compilaciones, al proporcionar sistematizada toda la materia que va a estudiarse. Por curiosidad o por necesidad se encuentran reflejadas en el libro, y será uno de los beneficios que han de apreciar más los adquirentes y los consultantes.

La promesa bilateral de compraventa, por el Ilmo. Sr. D. Eduardo Molero Massa.—Publicaciones de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación. Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Cuaderno número 38.

Este folleto o cuaderno contiene el discurso leído por el autor en el acto de su recepción como académico de número en la citada Academia, además de la contestación de don Baltasar Rull y de la Memoria reglamentaria del Secretario accidental, don Augusto Vicente Almela.

El distinguido abogado valenciano aborda el tema con valentía, a pesar de ser muy confusos sus caracteres, que la doctrina, la realidad y la jurisprudencia trabajosamente van fijando, no sin grandes dudas y vacilaciones y algún que otro paso atrás. Recordemos el pre-

contrato, la opción como contrato o como derecho, la promesa unilateral y la bilateral, y obtendremos un cuadro de fantasmas reales, valga el contrasentido.

- El precontrato: Rull, muy acertadamente resume; Alguer opina que no es nada o es un contrato definitivo; Roca, que es una ley de bases; el Supremo, que es un contrato distinto del posterior, con efectos indeninizatorios y otros, que es una mera gestión previa, que en algún caso puede tener efectos jurídicos.

- La opción: Derecho de opción (núm. 13 del art. 9º del Reglamento del Impuesto de Derechos reales de 1947, y arts. 373 a 376 del Código de obligaciones y contratos de la Zona del Protectorado de Marruecos) y contrato de opción (art. 14 del Reglamento hipotecario y doctrinalmente varios autores). Otros, como Mengual y Mezquita, le consideran como Derecho y como contrato. Legalmente, en los textos citados, está referido sólo a la compra. Si le examinamos como limitación de disponer, derecho de preferencia o nudo pacto, con los distintos efectos jurídicos, y le añadimos como diferenciación de la promesa la exigencia de precio especial entregado para conseguir la opción, complicamos más el problema.

- La promesa, unilateral o bilateral, para el Supremo es un precontrato. Como la unilateral no es objeto de la conferencia, Molero decididamente examina la bilateral, primero en el Derecho comparado (art. 1.589 del Código francés, 1.548 del portugués, 1.589 del belga, 182 del soviético), después en los tratadistas españoles, luego en la jurisprudencia, a través de las Sentencias de 11 de noviembre de 1943, 15 de marzo de 1945, 26 de octubre de 1946 y 1 de julio de 1950, la tres primeras acordes, y la última, que a primera vista parece una rectificación de aquéllas, sin embargo en el fondo mantiene la misma tesis. Por último, estudia la eficacia de la promesa, la voluntad e imposición de cumplimiento, la cláusula penitencial e indemnización y la singularidad de dicha promesa, que a su vez sólo es aconsejable en circunstancias singulares.

Un solo pero a una magnífica lección. Se observa la falta de conclusiones numeradas, concretas y claras, que muy fácilmente pudieran haberse añadido por quien es maestro en dibujar con trazos firmes la silueta imprecisa de un fantasma.

PEDRO CABELLO.

Registrador de la Propiedad.